

Università degli Studi di Napoli Federico II

LA SOLIDARIETÀ FONDAMENTALE

Liber amicorum Giuseppe Acocella

a cura di Carmela Capolupo e Vincenzo Rapone



Federico II University Press



fedOA Press



Università degli Studi di Napoli Federico II



La solidarietà fondamentale.
Liber amicorum Giuseppe Acocella

a cura di Carmela Capolupo e Vincenzo Rapone

Federico II University Press



fedOA Press

La solidarietà fondamentale : Liber amicorum Giuseppe Acocella /
a cura di Carmela Capolupo e Vincenzo Rapone. –
Napoli : FedOAPress, 2019. – 336 p. ; 24 cm.

Accesso alla versione elettronica:
<http://www.fedoabooks.unina.it>

ISBN: 978-88-6887-063-8
DOI: 10.6093/978-88-6887-063-8

Volume pubblicato con un contributo del Dipartimento di Scienze politiche dell'Università degli Studi di Napoli Federico II.

© 2019 FedOAPress – Federico II University Press

Università degli Studi di Napoli Federico II
Centro di Ateneo per le Biblioteche “Roberto Pettorino”
Piazza Bellini 59-60
80138 Napoli, Italy
<http://www.fedoapress.unina.it/>
Published in Italy
Prima edizione: dicembre 2019
Gli E-Book di FedOAPress sono pubblicati con licenza
Creative Commons Attribution 4.0 International

Indice

Fulvio Tessitore, <i>Introduzione</i>	7
Giuseppe Amarelli, <i>Legalità costituzionale, legalità convenzionale e diritto giurisprudenziale</i>	11
Vittorio Amato, <i>Le Zone Economiche Speciali. Spunti di analisi e riflessione</i>	35
Carlo Amatucci, <i>Concordato preventivo e (dis)continuità del management. Tra Chapter 11, Administration e Disqualification</i>	47
Carmela Capolupo, <i>Il rifiuto dei trattamenti sanitari per motivi religiosi dopo la legge 22 dicembre 2017 n. 219</i>	91
Germana Carobene, <i>Simboli, difesa dell'identità, principio di laicità. Il caso del velo islamico</i>	113
Giacomo Di Gennaro, <i>Stato sociale e principio di legalità nel pensiero etico-politico di Acocella</i>	127
Gianluca Dioni, <i>Adempimento del dovere e libertà di peccare nel giusnaturalismo di Christian Thomasius</i>	153
Vanda Fiorillo, <i>Sulla riscoperta di una concezione etica del diritto nella Germania del secondo dopoguerra. Hans Welzel, interprete di Pufendorf</i>	173
Maurizio Griffo, <i>Aldo Moro e l'ordito della politica</i>	189
Raffaele Manfrellotti, <i>La problematica della causa del contratto nella prospettiva dell'art. 41 Cost.</i>	201

Vincenzo Rapone, <i>Dato e costruito nel diritto: l'apporto di François Géný</i>	225
Teodoro Tagliaferri, <i>Perché non possiamo non dirci eurocentrici: una nota sull'approccio alla World History della Scuola di Cambridge</i>	247
Pasquale Troncone, <i>La legalità contemporanea alla prova dell'intersezione degli ordinamenti. Prove di etica della legalità</i>	271
Paolo Varvaro, <i>La pena di morte nell'Italia liberale</i>	293
Roberto P. Violi, <i>Sulle origini della Dc nel Mezzogiorno</i>	317
<i>Poscritto</i> , di Paolo De Nardis	335

Introduzione

FULVIO TESSITORE

Scrivere fosse pure una sola pagina, dinanzi al bel volume di scritti volti a onorare Giuseppe Acocella, non è facile operazione anche per un ‘pennarulo’ come me; non lo è per la lunga pratica di una conoscenza, cresciuta negli anni, arricchitasi e mai scemata, divenuta amicizia. Amicizia di quelle tanto salde, che si raccolgono (attenzione, non si chiudono) nell’intimità dei sentimenti, e quasi non hanno più bisogno di esprimersi formalmente perché costituiscono, ormai, sempre più, una parte di sé. Quel qualcosa che, insieme ai valori essenziali, alle credenze più forti, ai comportamenti più rigorosi dà sicurezza di sé, e insieme, è fattore di verifica del vivere, del ben vivere e del buon vivere.

Questo ‘*incipit*’ del mio breve scritto non ha nulla del convenzionale. Ho, infatti, conosciuto Acocella già prima che conseguisse nel 1971 la laurea in “Filosofia del diritto” nell’Università “Federico II” di Napoli, da dove io provenivo, ed ero allora ordinario a Salerno (la città di Acocella) di “Storia delle dottrine politiche”, dopo essere stato libero docente in Filosofia del diritto “per meriti eccezionali”, espressione che riferisco non per incontrollabile presunzione, bensì perché tale suona il titolo di chi conseguisse la “libera docenza” prima del compimento dei cinque anni dalla laurea: una delle tante cose scomparse dall’Università italiana, grazie a una effervescenza sindacalistica, che, ignorando di che si parla, ha danneggiato non ‘riformato’ l’Università italiana, che di riforma aveva, come ancora ha, bisogno.

Acocella si laureava in Filosofia del diritto, come avevo fatto io, ai miei tempi, perché tale insegnamento non si trovava nei piani di studio delle Facoltà di Lettere, dove, dunque, non poteva trovarlo chi, come Acocella, fin da giovanissimo fosse interessato ad una particolare flessione dell’eticità, l’“etica pubblica”, che esige rigorosa cognizione del diritto, del *diritto come azione*. Una concezione che pone in primo piano la socialità ed eticità del diritto da studiare non in astratto, o non solo in astratto negli intervenuti processi di concettualizzazione, bensì nella ricognizione storica degli organismi etici collettivi, che pongono, in primo piano, problemi quali quelli della responsabilità soggettiva e della responsabilità colletti-

va. Dunque dell'eticità del diritto, anche e specialmente del diritto pubblico, che è tutt'altra cosa dello "Stato etico", che ingloba e metabolizza la responsabilità individuale, dei soggetti personali e collettivi, anziché rispettarli, riconoscerli, ordinarli quali attori del diritto, perché consegua "l'effettività", che dà al diritto il requisito della storicità, dell'etica della storia.

Sono questi i principi, qui riassunti fino a impoverirli, della filosofia del diritto quale "analisi dell'esperienza comune" di Giuseppe Capograssi e della filosofia del diritto quale criterio storico e storicizzante del "principio di effettività" di Pietro Piovani. Sono i principi della filosofia dei miei Maestri, della scuola alla quale Giuseppe Acocella ritenne di aderire e dentro la quale ha sviluppato la propria ricerca. Di questa qui non posso sottolineare altro che il rigore, che non ha mai sofferto di illegittima confusione tra "libertà della ricerca" e "attività politica militante", che Acocella ha esperito specialmente in campo sindacale, in qualche modo e misura ragionando lo jehringiano principio del "diritto come attività", da lui conosciuto nella lettura capograsiana e piovaniana, che gli è pervenuta attraverso la mia ricerca e la mia attività didattica.

Devo concludere e non passo farlo altrimenti che ringraziando Giuseppe Acocella per la collaborazione che mi ha dato sempre, per la "fedeltà ai maestri", che ha sempre praticato anche con me, sapendo che essa è senso di rispetto degli altri e di sé, non è servilismo strumentale, quello che sanno praticare gli ipocriti infedeli ai maestri, perché strumentalizzatori, veri spregiatori e falsari del principio della maestria, la quale è la pratica difficile di dare agli altri ciò che si è ricevuto.

Ad multos annos, carissimo Pino.

Napoli, 25 marzo 2019

La solidarietà fondamentale.
Liber amicorum Giuseppe Acocella

Legalità costituzionale, legalità convenzionale e diritto giurisprudenziale*

GIUSEPPE AMARELLI

The increasing relevance of case-law in criminal trials through art. 7 ECHR put several issues in civil law systems, that are primally founded on statutory laws according to their constitutional traditions. Notwithstanding the influence of European Court of Human Rights did not equate statutory law with judge-made law in such systems of law, relevance of case-law in criminal trials cannot be denied. Otherwise, irretroactivity and lex mitior retroactivity principles would be thwarted. As a result, judge-made law and statutory law still remain unequated when case-law is not well-established, but they should be considered equal in extraordinary cases, such as absolutely unforeseeable overruling in malam partem and overruling in bonam partem by united chambers of Supreme Court of Cassation.

principio di legalità penale; art. 25, comma 2 Cost.; art. 7 CEDU; legalità costituzionale; legalità convenzionale; analogie e differenze

1. La legalità costituzionale e la riserva di legge

Come ha ben messo in luce Giuseppe Acocella in molti dei suoi scritti che ruotano sull'argomento¹, nella tradizione costituzionale degli Stati europei di *civil law* il principio di legalità dei reati e delle pene, icasticamente sintetizzato nel brocardo latino *nullum crimen, nulla poena sine lege*, rappresenta l'architrave su cui si regge e si sviluppa l'intero diritto penale.

Nonostante siano state individuate nel tempo una pluralità di articolazioni in cui deve essere suddiviso, la sua pietra angolare – sin dalla sua primigenia formulazione ai tempi dell'Illuminismo giuridico e del magistrale insegnamento di Cesare Beccaria – è ravvisata nel principio della riserva di legge. Si è sempre reputato che solo tramite l'attribuzione del monopolio delle scelte politico-crimi-

* L'articolo riproduce in maniera ampliata ed integrata con riferimenti bibliografici essenziali la relazione tenuta al seminario italo-spagnolo *Principi costituzionali e diritto penale europeo* tenutosi l'11 ottobre 2018 presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II.

¹ Si pensi per tutti ai contributi di G. Acocella, e degli altri Autori da Lui coordinati, nel progetto dei *Materiali per la legalità*, edito dalla Giappichelli, Torino, e giunti già alla quinta edizione.

nali all'unico organo costituzionale democraticamente eletto e rappresentativo di tutte le forze politiche, il Parlamento, si potessero preservare i consociati da possibili torsioni arbitrarie o liberticide della potestà punitiva statale, vale a dire di quella forma del potere pubblico che intercetta, inevitabilmente, un bene indisponibile come la libertà personale dei singoli².

Nei moderni Stati costituzionali di diritto la legalità c.d. 'legicentrica'³, imperniata cioè sulla *lex scripta parlamentaria* – o su atti ad essa equiparati –, è così assurta a nucleo centrale ed indefettibile di ogni discorso in materia penale per molteplici ma complementari ragioni, talune politico-istituzionali e tal'altre individual-garantistiche.

Sotto il primo versante, la riserva di legge ha rappresentato la proiezione 'fisiologica' del principio della separazione dei poteri di matrice illuministica, essendo strumentale ad escludere possibili abusi da parte tanto del potere esecutivo, quanto del potere giudiziario⁴. Tramite tale principio, infatti, il Governo viene privato di potestà legislativa in ambito criminale ed il giudice penale viene degradato dal rango di creatore di diritto a quello subalterno di soggetto sottoposto alla legge con compiti di mero custode ed esecutore della "volontà generale" compendiate nel comando legale definito dal popolo sovrano⁵.

Sotto il secondo profilo, quello della tutela dei diritti individuali fondamentali, la legalità legislativa incentrata sulla *lex parlamentaria* è stata considerata il mezzo per assicurare la 'eteronomia' delle opzioni politico-criminali che incidono sulla libertà personale, contribuendo a individuare *ab externo* i reati e le pene, nonché a preservare la democraticità di queste stesse decisioni, permettendo così che ogni scelta che abbia a che fare con la libertà personale sia sempre adottata nel circuito dialettico delle assemblee parlamentari in cui si confrontano tutte le forze politiche.

Essa, inoltre, è servita a garantire anche un altro dato imprescindibile nell'ottica di un diritto penale moderno di impronta liberale: l'immediata ed agevole conoscibilità da parte del cittadino dei fatti penalmente rilevanti e l'entità e la

² C. CUPELLI, *La legalità delegata*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012; C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità europea*, Giuffrè, Milano, 2010.

³ M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IX, Giuffrè, Milano, 2013, pag. 373.

⁴ R. GUASTINI, voce *Legalità (principio di)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Utet, Torino, 1994.

⁵ M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, cit., pagg. 378 ss.

tipologia delle relative sanzioni, rendendoli più facilmente accessibili rispetto alle altre fonti⁶.

Infine, in tempi più recenti, si è rivelata piattaforma primaria ed irrinunciabile per una concezione della pena teleologicamente orientata alla rieducazione del reo, quale quella condivisa dall'art. 27, comma 3 Cost.: solo una sanzione criminale predeterminata dalla legge per un fatto da questa chiaramente preveduto come reato può tendere alla risocializzazione del reo.

Così concepita la legalità penale, quale principio di carattere formale concernente il momento genetico delle norme incriminatrici generali ed astratte, è progressivamente e stabilmente assunta al rango di vera e propria mitologia giuridica della modernità⁷, costituendo un volano straordinario per la fuoriuscita del diritto penale dalle ombre cupe dell'età pre-moderna in cui imperava lo splendore dei supplizi e l'*arbitrium principis* e per il suo successivo transito verso la contemporanea dimensione di *Magna Charta Libertatum* del reo.

2. La relativizzazione del valore garantista del principio di riserva di legge

Tuttavia, la legalità legicentrica, dopo essere stata idealizzata per un lunghissimo periodo nonostante l'antico monito di Antigone, è stata recentemente messa in discussione da alcuni acuti storici del diritto, che ne hanno svelato profili sovente trascurati e, dunque, relativizzato la portata di garanzia assoluta per i consociati⁸.

È stato così rivelato il suo sottostimato valore conservatore e, soprattutto, il suo rischioso volto relativo.

La riserva di legge, infatti, soprattutto quando è stata esaltata – come avveniva in passato – nella sua dimensione politico-istituzionale, si è dimostrata un formidabile *instrumentum regni*⁹ nelle mani dei detentori del potere legislativo, nonché un principio non sempre oggettivamente garantista.

Nel XX Secolo, durante l'imperio del positivismo giuridico acritico, la legalità ha esibito un volto inatteso, venendo ridotta a mero simulacro svuotato

⁶ F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale*, in *La crisi della legalità nel "sistema vivente" delle fonti penali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, pag. 237.

⁷ P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2007.

⁸ P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

⁹ *Ivi*, pag. 50.

delle sue prerogative¹⁰: nelle dittature totalitarie di quel frangente storico, in cui – tramite la legge – sono state realizzate o giustificate anche sul versante penale condotte lesive di diritti fondamentali dell'uomo, è stato bloccato «il moto pendolare» del suo costante movimento tra *favor societatis* e *favor libertatis* «sul polo dell'autorità, anziché su quello della garanzia»¹¹.

La 'cattiva' legislazione penale del ventennio italiano (il discorso per la Germania è differente, in ragione di un esplicito e totale commiato dalla legalità formale ivi realizzatosi con il nazismo con l'introduzione del *Führerprinzip* nel § 2 *BGGStB*¹²), confutando definitivamente l'utopia del legislatore saggio e incorruttibile, distante dai fatti e dai particolarismi ed attento a esprimere la volontà generale sempre buona e giusta, ha consegnato alla storia successiva l'immagine di un diritto che, secondo il c.d. "volontarismo giuridico", dipendeva esclusivamente dalle intenzioni di chi deteneva il potere politico, rappresentando uno strumento di autorità che poteva prescindere dalla giustizia e dalla legittimità dei suoi contenuti che si auto-legittimavano con l'autorità del soggetto da cui promanavano, secondo il brocardo *auctoritas facit legem*.

In tempi ancora più recenti, non in Italia ma in un Paese giuridicamente a noi molto vicino per tradizione come la Germania, si è avuta un'altra dimostrazione della potenziale capacità antidemocratica della legalità con la *Grenzesetz* vigente nella ex DDR sino alla fine degli anni Ottanta del secolo scorso che autorizzava le uccisioni o i ferimenti delle persone che provavano a oltrepassare il Muro di Berlino da parte delle guardie di frontiera.

Sembra allora incontestabile l'osservazione di Calamandrei, richiamata da Palazzo in un recente scritto¹³, secondo cui la legalità piegata dai totalitarismi

¹⁰ Un'acuta lettura critica della sostanziale elusione del principio di legalità in epoca fascista, determinata dall'assetto politico-istituzionale dello Stato che aveva affidato le decisioni in materia di reati e pene non ad un Parlamento democraticamente eletto e rappresentativo di tutte le forze politiche, bensì ad una Camera dei fasci e delle corporazioni composta dai soli esponenti 'designati' del partito unico fascista, è condotta da G. NEPPI MODONA, *Principio di legalità e diritto penale nel periodo fascista*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico», XXXVI, 2007, pagg. 983 ss.

¹¹ Così P. COSTA, *Pagina introduttiva. Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico», XXXVI, 2007, pag. 16.

¹² Evidenza le eversioni della legalità realizzate in epoca nazista P. TRONCONE, *Controllo penale e teoria del doppio Stato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, pagg. 91 ss.

¹³ F. PALAZZO, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in www.legislazionepenale.eu, 29 gennaio 2016, pagg. 1 ss.

contemporanei ha dimostrato di non essere un dato incondizionatamente positivo 'in sé', potendo subire torsioni liberticide antitetiche al suo stesso spirito garantista, in quanto "nello stampo della legalità si può colare oro o piombo", come hanno dimostrato, rispettivamente, la legalità costituzionale e la legalità fascista.

Ciò significa, che, *re melius perpensa*, la legalità penale non deve essere concepita come valore da tutelare in quanto tale, ma solo nella sua prospettiva di scopo, vale a dire alla luce della sua *ratio* garantista di evitare arbitri esecutivi e giudiziari e rispondere ad istanze di *favor libertatis*.

In linea teorica, dunque, sue curvature o flessibilizzazioni possono anche essere ammesse, purché condividano la sua stessa tensione teleologica e consentano, quindi, di approdare ad esiti più garantisti; mai invece in casi contrari.

E questo, lo si anticipa sin d'ora, è l'assunto metodologico con cui si proverà a risolvere il problema della interazione tra la legalità nazionale ed europea sul fronte specifico del riconoscimento del diritto giurisprudenziale quale fonte del diritto penale.

3. La legalità convenzionale ed il commiato dalla riserva di legge

Ed infatti, in tempi più recenti, il principio di legalità è divenuto un cardine portante della materia penale anche nella Carta EDU in cui è espressamente enunciato nell'art. 7 CEDU, oltre che in altre fonti sovranazionali come la Carta di Nizza.

Tuttavia, nella dimensione convenzionale il principio ha assunto contenuti leggermente diversi rispetto a quelli che storicamente ha mostrato nella analoga versione costituzionale, presentando molteplici elementi differenziali significativi che, nella maggior parte delle occasioni, hanno contribuito a determinare un innalzamento delle garanzie penali negli ordinamenti giuridici degli Stati membri.

La legalità convenzionale, così come co-definita dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo che con le sue pronunce contribuisce a delineare il significato delle disposizioni della CEDU, presenta, infatti, un *quid pluris* rispetto alla legalità costituzionale, arricchendosi di venature inesistenti sul terreno nazionale e, quindi, producendo un effetto tendenzialmente espansivo delle garanzie dei singoli sotto tanti versanti.

In particolare, essa riguarda non solo i fatti formalmente qualificati come reato e le relative pene, ma anche quelli che assumono natura penale solo nella sostanza alla stregua dei c.d. *Engel criteria* elaborati dalla Corte EDU. Inoltre,

comprende il principio della retroattività della *lex mitior* secondo il *dictum* della sentenza Scoppola c. Italia della Corte EDU del 2009, che, invece, nel diritto interno viene collocato all'interno del più generalista principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.; nonché il principio della prevedibilità delle decisioni giudiziarie che, a sua volta, presuppone quelli della accessibilità dei comandi legali e della prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie penali che nel nostro sistema penale costituzionale trovano dimora nel principio di colpevolezza e, quindi, non sul versante della legge penale generale ed astratta, bensì su quello concreto e particolare del rimprovero nei confronti del singolo reo.

Tuttavia, la stessa legalità convenzionale si differenzia da quella nazionale anche per un *quid minoris*, dal momento che non contempla al suo interno quell'elemento che, invece, come si è visto, costituisce la piattaforma dell'omologo principio enunciato nelle Costituzioni di molti Stati membri: la riserva di legge.

La CEDU e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, difatti, hanno statuito la piena assimilazione del diritto parlamentare al diritto giurisprudenziale dal momento che l'art. 7 CEDU non enuncia il principio di legalità facendo leva sul lemma 'legge', bensì su quello decisamente più ampio ed elastico di *droit*, potenzialmente comprensivo anche del diritto giurisprudenziale. Ciò che conta nell'ottica europea non è tanto la fonte formale dei reati e delle pene e l'organo tenuto ad approvarli, ma un aspetto sostanziale: che il comando recante disposizioni penali sia accessibile e la sanzione ad esso correlata sia preventivabile. Il dato cruciale non è, dunque, il tipo di contenitore che reca il comando penale, ma la qualità di quel comando.

Nella legalità convenzionale, statuendosi che nessuno può essere punito se non in forza del 'diritto' previgente alla commissione di un fatto, la pietra angolare della legalità interna viene dunque ignorata, a tutto vantaggio delle altre proiezioni della legalità e, su tutte, quelle della accessibilità delle fattispecie e della prevedibilità delle sanzioni.

4. *Le ragioni della differenza*

Le ragioni di tale differenza sono molteplici e devono essere ravvisate nel carattere fortemente diverso che assume il principio di legalità a livello europeo e a livello nazionale per ragioni politico-istituzionali e funzional-teleologiche. La legalità europea, infatti, è duttile e prescinde dalla legge parlamentare riferendosi genericamente al *droit* in quanto concepita per adattarsi e valere indistintamente

in tutti gli ordinamenti giuridici degli Stati membri della grande Europa, sia quelli di *civil law* che quelli di *common law*¹⁴.

È effettuale perché pensata in chiave funzionale rispetto alla tutela dei diritti individuali dei singoli, per garantire, cioè, l'accessibilità della base legale dei fatti penalmente rilevanti e la prevedibilità delle relative sanzioni: essa, infatti, si disinteressa del piano formale, generale ed astratto delle fonti dei reati e delle pene, focalizzandosi sulla tutela della libertà personale individuale rispetto a tutti i provvedimenti che possano comprimerla, siano essi, indifferentemente, legislativi o giurisprudenziali. Com'è stato ben rilevato, «nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo non ha rilievo la prospettiva 'genetica' delle norme astratte, cioè non conta come le norme nell'ordinamento siano (debbano essere) approvate, né conseguentemente interessano primariamente le questioni di legittimazione della fonte dal punto di vista dell'ordinamento interno. Ciò che conta è che l'atto normativo produca un effetto sul diritto previsto dalla Convenzione: la legalità convenzionale è parametro di controllo sugli effetti prodotti dalla scelta nazionale sui diritti tutelati dalla stessa Convenzione. [...] Sono gli effetti di pregiudizio che contano, e precisamente per questo la Corte non si può accontentare di considerare le forme, ma deve sindacare la sostanza dell'attività ordinamentale»¹⁵.

È sostanziale poiché, proprio perché legata al piano particolaristico e individuale dei diritti soggettivi del singolo in una vicenda concreta, anche in presenza di una fonte legislativa non si arresta davanti al dato nominalistico in essa espresso, ma scende in profondità indagando quello concreto e valutando se le misure eventualmente applicate nei confronti di un cittadino di uno degli Stati membri siano effettivamente penali in ragione della loro afflittività e finalità.

È a-statuale in quanto, nascendo dal basso, dai diritti soggettivi individuali, e non dall'alto, dal piano politico-istituzionale di uno Stato, non può riguardare le fonti, perché la CEDU non attribuisce all'Europa alcuna potestà normativa, ma semplicemente si limita a giudicare casi concreti in cui un diritto fondamentale da essa riconosciuto, quale la libertà personale, sia stato compresso da una disposizione interna di uno Stato membro; ciò implica anche la conseguenza non

¹⁴ In argomento, cfr. da ultimo R. SICURELLA-M. COSTA, *Legality*, in R. SICURELLA-V. MITSILEGAS-R. PARIZOT-A. LUCIFORA, *General principles for a common criminal law frame work in the EU*, Giuffrè, Milano, 2017, pagg. 3 ss.

¹⁵ Così A. DI MARTINO, *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, in «Criminalia», 2014, pag. 93, cui si rinvia per altri interessanti considerazioni sul tema.

indifferente che una condanna della Corte EDU non incide in alcun modo sulla legittimità della norma nazionale da cui è scaturita, che potrà in futuro essere applicata nuovamente dando vita ad altre eventuali condanne. Com'è stato rilevato, «la legalità europea della CEDU è del tutto insensibile al riparto del potere normativo penale tra diversi organi costituzionali (cui provvede invece la nostra riserva di legge): ed invero è facile comprendere che sia così, attenendo l'organizzazione del potere all'architettura costituzionale dei singoli Stati. La legalità europea esalta invece, quale sua componente essenziale, il fondamentale diritto all'autodeterminazione dell'individuo»¹⁶. Senza trascurare il fatto che opera in un contesto dove la produzione del diritto anche primario dei Trattati non è mai affidata ad organi democratici neanche in materia penale, in ragione del ruolo secondario del Parlamento europeo e, dunque, le istanze di tale tipo sono poco avvertite.

È vigilata dalla Corte EDU, vale a dire da un giudice che non verifica la legittimità delle fonti recanti, a livello generale ed astratto, i reati e le pene, bensì la violazione di singoli diritti fondamentali.

Da ciò discende che il contenuto chiave del *nullum crimen, nulla poena sine lege*, ex art. 7 CEDU è il diritto del singolo alla prevedibilità della condanna e dell'inflizione della pena sulla base di dati normativi certi, chiari ed accessibili; diritto che, come è stato chiarito dalla Corte EDU nel caso Del Rio Prada, concerne anche l'esecuzione concreta della pena¹⁷.

Al contrario, la legalità penale nazionale è rigida, in quanto ancorata alla nostra forma di Stato nazionale e alla tripartizione dei poteri interni, perseguendo sul piano politico-istituzionale la imprescindibile funzione di riservare il monopolio legislativo in materia penale al solo organo costituzionale democraticamente eletto, il Parlamento, e di marginalizzare il contributo creativo del potere esecutivo e di quello giudiziario. In quest'ottica si suole dire che «il principio di riserva di legge nazionale, quale norma sulla fonte, ha la funzione di definire il soggetto che per l'ordinamento interno è deputato istituzionalmente ad operare la selezione primaria fra lecito ed illecito;

¹⁶ F. PALAZZO, *Il principio di legalità*, cit., pag. 8.

¹⁷ Cfr. Corte EDU, Grande Camera, Del Rio Prada c. Spagna, 21 ottobre 2013, in cui, pur ribadendosi che l'esecuzione penale non rientra nel concetto di materia penale e quindi nell'orbita garantista del principio di irretroattività di cui all'art. 7 CEDU, si è ammesso, però, che vi debba essere ascritta una modifica peggiorativa dell'orientamento consolidato della giurisprudenza sui termini per accedere ai benefici penitenziari.

ad effettuare, dunque, scelte di criminalizzazione e definizione dei criteri di imputazione penale»¹⁸.

È genetica poiché si interessa del piano generale ed astratto nelle norme incriminatrici, esigendo che siano prodotte dal solo Parlamento attraverso un attento vaglio dialettico ed effettivamente democratico, concentrando cioè lo sguardo sul rapporto tra poteri e valorizzando «soprattutto la relazione tra legislatore e giudice, tra fonte astratta e interpretazione»¹⁹.

È formale, dal momento che, muovendo da questo diverso angolo prospettico, è strettamente ed inevitabilmente connessa alle fonti di produzione del diritto penale, individuando nella sola legge statutale parlamentare un valido baluardo garantista per i consociati avverso possibili usi liberticidi del diritto penale.

È vigilata dalla Corte costituzionale che giudica la legittimità delle leggi ordinarie espungendole dall'ordinamento con efficacia *ex tunc* ed *erga omnes* e, quindi, eliminando in radice la possibilità che possano produrre ulteriori effetti giuridici in altre future situazioni analoghe.

Dal confronto, risulta che nella legalità europea l'idea del rafforzamento dei diritti fondamentali finisce con il prevalere sull'esigenza avvertita in quella nazionale di controllo democratico parlamentare, favorendo un pieno riconoscimento anche della giurisprudenza quale fonte del diritto penale²⁰.

Davanti ad un simile scenario la scienza del diritto penale si è sentita disorientata, trovandosi al cospetto di una dicotomia apparentemente insanabile tra una legalità costituzionale caratterizzata dalla riserva di legge e dal principio democratico e una legalità convenzionale che da questi prescinde.

5. Il diritto giurisprudenziale è diventato fonte del diritto penale?

Il dubbio che si è posto è se la legalità nazionale si sia definitivamente disgregata e dalla 'legolatria' illuminista si sia passati alla post-legalità²¹, in cui il diritto

¹⁸ A. DI MARTINO, *Una legalità per due?*, cit., pag. 117.

¹⁹ R. BARTOLI, *Legalità europea versus legalità nazionale? Un tentativo di possibile integrazione*, in AA.VV., *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, pag. 8.

²⁰ F. PALAZZO, *Il principio di legalità*, cit., pag. 8.

²¹ Sul punto sia consentito rinviare al nostro *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 2018, pag. 1 ss. dell'estratto.

penale è governato indifferentemente tanto dal diritto legale, quanto dal diritto giurisprudenziale²² ed il *nullum crimen sine lege* sia stato soppiantato dal *nullum crimen sine iure*.

La risposta è sicuramente negativa.

Lo sganciamento della legalità convenzionale dal principio di riserva di legge non può significare per gli ordinamenti degli Stati membri che, invece, si incentrano su tale principio un passo indietro, una riduzione degli standard di tutela previsti *in criminalibus* per i consociati.

L'apertura europea del diritto penale al diritto giurisprudenziale, come si proverà ad argomentare, può incidere sulla tradizionale legalità penale legicentrica solo a determinate e peculiarissime condizioni, vale a dire quando possa produrre un miglioramento dei livelli delle tutele riconosciute negli Stati membri ancorati alla riserva di legge.

Come, cioè, sono crollate le resistenze manifestate nei confronti della concezione sostanziale della *matière pénale* propugnata da Strasburgo, contrastante con il dato nominalistico delle leggi nazionali, così debbono essere messe da parte posizioni aprioristiche di netta chiusura della materia penale alla *judge made law*, partendo dal punto di vista di fondo che la CEDU integra solo *in melius* il nostro e gli altri ordinamenti degli Stati aderenti, non certamente *in peius*, per cui, se a livello locale esistono principi e regole che rispondono a standard più elevati, *nulla quaestio* sulla loro prevalenza.

Ed allora, nonostante l'art. 7 CEDU prescinda dalla legge per la definizione dei reati e delle pene, accontentandosi di qualsiasi comando accessibile e chiaro

²² In argomento, *ex multis*, si vedano: G. FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008; F. GIUNTA, *Al capezzale del diritto penale moderno (e nella culla, ancora vuota, del suo erede)*, in «Criminalia», 2015, pagg. 383 ss.; G. INSOLERA, *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell'«epoca dei giudici»*, in «Criminalia», 2012, pagg. 285 ss.; V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, Dike Giuridica Editrice, Roma, 2012; D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 2015, pagg. 29 ss.; F. PALAZZO, *La legalità fra law in the books e law in action*, in «Dir. pen. cont.», 2016, pagg. 4 ss.; M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in «Dir. pen. Cont.», 2016, pagg. 13 ss.; A. CADOPPI, voce *Giurisprudenza e diritto penale*, in *Dig. pen.*, Agg., Utet, Torino, 2016, pagg. 407 ss.; ID., *Presentazione*, in ID., a cura di, *Cassazione e legalità penale*, Dike Giuridica Editrice, Roma, 2017, pag. 19; A. MANNA, *Aspetti problematici della vincolatività del precedente giurisprudenziale in materia penale in rapporto a talune norme costituzionali*, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, Giappichelli, Torino, 2017, pagg. 184 ss.

di provenienza parlamentare o giurisprudenziale, quest'ultimo non può essere considerato *tout court* fonte del diritto penale, in quanto il nostro art. 25, co. 2 Cost. non lo consente, riservando, come si è detto, il monopolio delle scelte politico-criminali alla legge in senso stretto.

Tuttavia, il diritto giurisprudenziale può essere equiparato al formante legale quando ragionando diversamente si rischierebbe, paradossalmente, di ridurre il novero delle garanzie per i consociati, come nei casi di mutamento giurisprudenziale favorevole a cui non sarebbe estesa la regola della retroattività della *lex mitior* e di mutamento giurisprudenziale sfavorevole a cui non sarebbe estesa la regola opposta dell'irretroattività della legge penale.

La nuova legalità europea, proprio in ragione della diversità funzionale appena descritta, non va allora concepita come alternativa alla nazionale; non si impone su di essa travalicandola e snaturandone la fisionomia al punto da determinare il superamento del principio di riserva di legge. Semplicemente vi si affianca in chiave di reciproca complementarietà teleologica, contribuendo ad implementarne la funzione garantista in tutti quegli ambiti in cui questa non vi riesca da sola in ragione della sua natura legicentrica e formale.

Le forzature della legalità costituzionale derivanti dal diritto sovranazionale possono essere, quindi, accettate unicamente se affondano le basi nella medesima *ratio* sottesa alla stessa legalità in un moderno Stato costituzionale di diritto, il *favor libertatis*; laddove, cioè, si rivelino strumentali alla sua più piena attuazione rispetto a quanto non consentirebbe il formale ossequio della riserva di legge. Ed è per questa ragione che si ritiene condivisibile l'atteggiamento di chiusura mostrato dalla Corte costituzionale nella vicenda Taricco, poiché, brandendo l'arma dei controlimiti pur senza attivarla, impedisce che un'altra legalità ancora, quella europea veicolata dalla CGUE, si possa imporre nel diritto interno producendo effetti *in malam partem* su quella costituzionale.

Come osservato da Viganò, «la Corte EDU non pretende di costringere gli ordinamenti degli Stati parte ad accettare l'idea secondo cui il reato possa essere di creazione puramente giurisprudenziale, né che possa essere la giurisprudenza a stabilire che cosa sia reato e che cosa non lo sia». La logica del diritto internazionale dei diritti umani è sempre quella della massimizzazione delle tutele: come recita a chiare lettere l'art. 53 CEDU «nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciute in base alle leggi di ogni Parte contraente o in base a ogni altro accordo al quale essa partecipi». Se, dunque, l'ordinamento italiano prevede che soltanto la *lex parlamentaria* – o atti

aventi forza equiparata – siano legittimati a porre in essere norme penali, questa garanzia resta impregiudicata dall'art. 7 CEDU, che semplicemente si «aggiunge alle garanzie costituzionali»²³.

Nella medesima direzione si è mossa di recente anche la Corte costituzionale quando, nell'ordinanza 24/2017 relativa sempre alla vicenda Taricco, ha ribadito che le intersezioni tra i due livelli ordinamentali, nazionale ed europeo, sono intersezioni tese a produrre una somma di diritti, non una loro sottrazione²⁴.

La riserva tendenzialmente assoluta di legge parlamentare di cui all'art. 25, co. 2, Cost. – consentendo di sottoporre tutti gli interventi in ambito penale e, quindi, tutte le scelte politiche che incidono sulla libertà personale, ad un controllo dialettico e democratico all'interno del Parlamento – costituisce, allora, – anche in ragione del collegamento che ha con il principio democratico di cui all'art. 1 Cost. – un principio identitario indeformabile della nostra Costituzione che non può essere negato neanche dal diritto convenzionale, non esistendo alcun equivalente funzionale in termini di garanzie²⁵ e, soprattutto, ostando a ciò lo stesso già citato art. 53 CEDU, nonché, gli artt. 4.2 e 6.3 TUE e 67.1 TFUE.

Non sembra, cioè, revocato in dubbio che tra i diritti fondamentali da rispettare anche da parte della giurisprudenza che interpreta la CEDU vi sia tuttora in Italia quello che conferisce il monopolio delle scelte di incriminazione alla legge e non al giudice, sicché è impossibile concludere che in seguito alla interpolazione della legalità nazionale con quella europea sia stata legittimata la teoria della giurisprudenza-fonte²⁶.

Una equiparazione della *judicial law* alla *statutory law* può essere ammessa solo in casi residuali, quando, cioè, consenta di aumentare gli *standard* di tutela dei diritti fondamentali rispetto a sanzioni dal contenuto autenticamente afflittivo, come quando si tratti di estendere al diritto giurisprudenziale penale i corollari della legalità della irretroattività o della retroattività più favorevole.

²³ F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità*, cit., pag. 216.

²⁴ Sul principio della massimizzazione della tutela v. G. SILVESTRI, *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009, pag. 13.

²⁵ Sulla possibilità di sostituire la riserva di legge si vedano i contributi raccolti in *Verso un equivalente funzionale della riserva di legge?*, in «Criminalia», 2011, pagg. 77 ss.; nonché T. PADOVANI, *Jus non scriptum e crisi della legalità nel diritto penale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, pagg. 14 ss. e D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 2015, pagg. 29 ss.

²⁶ A. DI MARTINO, *Una legalità per due?*, cit., pag. 119.

A ragionare diversamente, e a restare legati all'idea che solo il Parlamento possa garantire la tutela della libertà personale, si rischia di registrare l'effetto opposto e di ridurre la componente individual-garantista su cui poggia il principio di legalità penale e di frustrare le istanze di *favor libertatis*²⁷.

6. *La temperata apertura al diritto giurisprudenziale in materia penale*

Ma quando e a quali condizioni il formante giurisprudenziale può ragionevolmente essere equiparato al formante legislativo beneficiando delle stesse garanzie?

Per comprenderlo bisogna partire dal presupposto che il diritto giurisprudenziale si può manifestare nella prassi con tre sembianze sensibilmente diverse: 1) mutamento interpretativo fisiologico in *bonam o malam partem*; 2) *overruling* sfavorevole oggettivamente imprevedibile; 3) *overruling* favorevole operato dalle Sezioni unite.

Muovendo da tale assunto, ben si capisce come il primo tipo di diritto vivente – diversamente da quanto sostenuto da altra parte della dottrina²⁸ – non possa essere parificato al diritto legislativo e godere delle tutele accordate dalla legalità europea, in quanto non incide sulla prevedibilità delle decisioni giudiziarie e sull'uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge, né genera dubbi circa la compressione dei principi di irretroattività nel caso in cui sia sfavorevole o di retroattività in quello opposto.

Nei casi di ordinario contrasto diacronico giurisprudenziale sull'interpretazione più o meno estesa di una fattispecie incriminatrice ci si trova al cospetto, anzi, di momenti ineliminabili di dialettica discorsiva. Momenti che consentono di introdurre nel frangente dinamico-applicativo del diritto *in action* di matri-

²⁷ Ribadisce l'assoluta inderogabilità della riserva di legge C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il controllo della riserva di legge in materia penale*, in A. BERNARDI, a cura di, *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Jovane, Napoli, 2017, pag. 358.

²⁸ M. DONINI, *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, in ID., *Il diritto giurisprudenziale penale, collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 6 giugno 2016, pag. 115, sostiene che «ogni mutamento giurisprudenziale di segno estensivo, che innovi rispetto ad un indirizzo giurisprudenziale *well-established*, debba comunque soggiacere al divieto di retroattività, ancorché la sottofattispecie sia di segno (meramente) 'estensivo' e non 'analogico'».

ce giurisprudenziale gli stilemi tipici di quel modello virtuoso di democrazia deliberativa caro ad Habermas, garantendo così un continuo controllo critico delle decisioni politiche ed impedendo, altresì, una direzione rigida delle statuizioni dell'autorità. Questo processo di contaminazione 'democratica' è, invero, particolarmente utile proprio poiché l'attività giurisdizionale in ambito penale, nei termini in cui la si è sinora considerata, è anch'essa sostanzialmente 'attività politica', concorrendo, al pari di quella legislativa, a "creare diritto" tramite la codefinizione della sostanza dell'incriminazione e a incidere, quindi, sulla libertà personale degli individui²⁹.

Peraltro, riconoscere un minimo di 'gioco' al potere interpretativo dei giudici, ammettendo la possibilità di vedere convivere nell'ordinamento esegesi contrastanti di stesse norme incriminatrici, consente di evitare un effetto collaterale non secondario di un diritto marcatamente legicentrico: la sclerotizzazione degli orientamenti giurisprudenziali anche, eventualmente, non corretti³⁰.

Ciò significa che è allora pacificamente ammessa, senza porre problemi di contrasto con il principio di irretroattività o di retroattività della *lex mitior*, l'evoluzione interpretativa di una fattispecie incriminatrice recante elementi costitutivi dal duplice, ma plausibile e prevedibile, significato.

Si pensi, a titolo esemplificativo, al contrasto esegetico formatosi in ordine alla configurabilità del delitto di concussione rispetto ai casi di c.d. concussione sessuale.

In quella circostanza, infatti, si profilavano davanti al giudice due opzioni ermeneutiche, entrambe possibili, pur non ponendosi problemi di manifesta imprecisione legislativa. L'espressione "altra utilità" con cui l'art. 317 c.p. designa il

²⁹ J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung* (1992), tr. it., *Fatti e norme. Contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2013. Sul punto, seppure in termini differenti, O. DI GIOVINE, *Il ruolo costitutivo della giurisprudenza (con particolare riguardo al precedente europeo)*, in *La crisi della legalità nel "sistema vivente" delle fonti penali*, cit., pagg. 162 ss.

³⁰ F. PALAZZO, *La sentenza Contrada ed i cortocircuiti della legalità*, in «Dir. pen. proc.», 2015, pag. 1063, a tal proposito osserva che «il più che meritorio intento di 'sanzionare' l'incertezza, di garantire l'individuo contro l'incertezza applicativa, si convertirebbe in una paralizzante sclerotizzazione della giurisprudenza. Occorre distinguere l'improvviso e netto *revirement* giurisprudenziale sfavorevole, rispetto al quale un argine, una garanzia è assolutamente necessaria, dalla situazione di 'semplice' incertezza applicativa. Escludere in quest'ultima ipotesi la legalità di una condanna, significherebbe impedire qualunque processo di concretizzazione giurisprudenziale delle disposizioni legislative, in palese contraddizione con l'assunto fondamentale della legalità europea secondo il quale alla produzione del diritto concorrono i due formanti, legislativo e giurisprudenziale».

corrispettivo promesso o pagato dal privato al pubblico funzionario poteva tanto essere interpretata alla luce della nozione che la precede, vale a dire il denaro, e quindi letta in chiave selettiva prettamente economica come sinonimo di ogni altro utile economicamente apprezzabile ottenuto dal concussore; tanto separatamente da tale nozione, come locuzione tesa ad indicare in chiave avversativa ogni altro vantaggio tratto dal soggetto attivo, anche non patrimoniale. Ciò significa che quando la Cassazione ha sostenuto tale seconda alternativa ermeneutica non si sono ragionevolmente posti problemi per la mancata estensione a questo *overruling* sfavorevole del principio di irretroattività, non essendo assolutamente assimilabile tale situazione a quella della introduzione per mano legislativa di una nuova fattispecie incriminatrice.

In ogni caso, nelle ipotesi di mutamento interpretativo *contra reum*, si potrà ritenere non punibile l'autore della vicenda storica da cui è originata la decisione giudiziaria all'esito di una valutazione individualizzante ed in concreto circa l'eventuale ignoranza inevitabile della legge penale ai sensi dell'art. 5 c.p. così come riscritto dalla notissima sentenza C. cost. n. 364/1988.

A livello oggettivo, infatti, in entrambe le ipotesi (contrasto diacronico ancora irrisolto e contrasto diacronico risolto sfavorevolmente dalle S.U.), la base legale dell'incriminazione codefinita dall'interpretazione datane dalla giurisprudenza sino a quel momento sarebbe comunque in grado di lasciar prevedere la soluzione interpretativa *in malam partem*, alimentando un contesto di 'incertezza' e non di assoluta 'imprevedibilità'; l'unica possibilità per il reo sarebbe ragionevolmente quella di motivare sul piano soggettivo la non rimproverabilità della propria condotta, a causa dell'impossibilità di essere effettivamente orientato tramite le norme, restituendo così margini applicativi a una causa di non punibilità davvero poco valorizzata come l'art. 5 c.p.

7. (Segue...) *Overruling sfavorevole oggettivamente imprevedibile*

Cosa ben diversa, invece, sono le altre due tipologie di diritto giurisprudenziale, quelle dell'*overruling in malam partem* assolutamente imprevedibile e dell'*overruling* favorevole delle Sezioni unite, che per il loro eccezionale rilievo fanno apparire opportuna e ragionevole l'estensione nei loro confronti dei corollari della irretroattività, retroattività della *lex mitior* e prevedibilità delle decisioni giudiziarie.

In particolare, come chiarito anche dalle sentenze della Corte EDU Del Rio Prada c. Spagna del 2013 e Contrada c. Italia 2015, il principio di irretroattività

deve estendersi al solo ristrettissimo caso di mutamento interpretativo sfavorevole assolutamente e oggettivamente imprevedibile rispetto alla consolidata giurisprudenza di segno opposto (ma pur sempre plausibile in ragione del testo legislativo), secondo il modello già vigente nei paesi di *common law*³¹ del *prospective overruling*, che consente al giudice di modificare l'interpretazione consolidata soltanto per il futuro e non anche per il passato³², con la conseguenza che al caso *sub iudice* si continua ad applicare la pregressa *regula iuris*, mentre ai casi commessi dopo la nuova sentenza sfavorevole si potrà applicare la nuova regola³³.

Ad avviso di alcuni Autori, tale regola sarebbe già oggi direttamente azionabile anche nel nostro ordinamento, pur in assenza di un'esplicita indicazione normativa, sia per il rischio che il suo mancato ossequio determini nuove condanne da Strasburgo per l'Italia analoghe a quella del caso Contrada per violazione dell'art. 7 CEDU, sia, soprattutto, per un implicito riconoscimento in un *obiter dictum* del § 7 della sentenza n. 230/2012 e, segnatamente, per il richiamo ivi contenuto, in termini apparentemente adesivi, alla giurisprudenza della Corte EDU a quel momento esistente e relativa alla estensibilità del principio di irretroattività al mutamento giurisprudenziale imprevedibile³⁴. Laddove non si condividesse tale soluzione interpretativa convenzionalmente conforme, non ritenendo possibile risemantizzare il lemma legge contenuto nell'art. 2 c.p., l'altra alternativa più semplice sarebbe ancora una volta rappresentata dall'errore inevitabile *ex art. 5 c.p.*

Questo punto di vista apertamente ribadito dalla Corte EDU a più riprese, ha trovato una recente ed importante conferma nella menzionata sentenza Contrada in cui si è ribadito che il principio di irretroattività vale nei confronti del mutamento giurisprudenziale sfavorevole unicamente quando questo sia assolutamente ed incondizionatamente imprevedibile come nel caso appunto del concorso esterno nel diritto penale italiano³⁵.

³¹ Sul punto si rinvia al lavoro 'avanguardista' di A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, Torino, 1999, pagg. 314 ss.; nonché, ID., voce *Giurisprudenza e diritto penale*, cit., pagg. 407 ss.; ID., *Presentazione*, cit., pag. 19.

³² In queste situazioni sembra propendere, nelle more di un'esplicita riforma del nostro ordinamento che regolarizzi il *prospective overruling* per l'impiego dell'art. 5 c.p., F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità*, cit., pag. 242.

³³ V. MANES, *Commonlaw-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in «Cass. pen.», 2017, pag. 969.

³⁴ R. BARTOLI, *Legalità europea*, cit., pag. 296.

³⁵ V. MAIELLO, *Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*,

A tale ultimo riguardo deve essere, però, espressa qualche riserva, non perché sia errato il principio di diritto enunciato nella sentenza Contrada, ma perché questo è stato applicato ad una situazione che non coincideva con quella indicata dalla stessa Corte di Strasburgo, riguardando un mero e fisiologico contrasto interpretativo sincronico e non un *overruling* improvviso ed oggettivamente imprevedibile della giurisprudenza.

Nel caso Contrada, infatti, la condanna inflitta per il reato di concorso esterno di cui agli artt. 110 e 416 *bis* c.p. era una soluzione giurisprudenziale prevedibile al tempo della commissione dei fatti contestati all'imputato, vale a dire il periodo compreso tra il 1979 e il 1988: non solo in quel frangente storico già esisteva un orientamento che riconosceva il reato di concorso esterno, ma addirittura ne esisteva un altro ancor più rigoroso che riteneva qualificabili quegli stessi fatti come partecipazione in associazione mafiosa *ex art. 416 bis* c.p.³⁶.

La stessa 'base legale' definita dal tenore letterale delle due norme che in combinato disposto danno vita alla figura delittuosa del c.d. concorso esterno era in grado di lasciar prevedere tale esito giudiziario sfavorevole ancor più facilmente che dopo il 1994 – data in cui per la Corte di Strasburgo con la prima pronuncia delle Sezioni unite viene definito in modo chiaro lo statuto di tipicità di questo delitto –, dal momento che sulla scorta della loro 'normale' e 'naturale' combinazione il comportamento incriminato dalla fattispecie plurisoggettiva eventuale poteva essere integrato da qualsiasi tipo di condotta di un non affiliato che avesse addotto un mero contributo agevolativo alla condotta di partecipazione in associazione mafiosa.

Con l'intervento delle S.U. 1994 non si è, *ex abrupto*, confutato un orientamento favorevole consolidato, creando un reato "prima inesistente", bensì si è eliminata solamente ogni incertezza circa l'*an* del concorso esterno e sono state fornite importanti precisazioni sul *quomodo*, definendo il suo statuto di tipicità

in *Dir. pen. proc.*, 2015, pag. 1019; D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13 luglio 2015; M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità dello Stato per la carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva a formazione giudiziaria*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 2016, pag. 346; G. FORNASARI, *Un altro passo nella 'riscrittura' della legalità? Appunti sulla sentenza Contrada*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica*, a cura di A. CAVALIERE-C. LONGOBARDO-V. MASARONE-F. SCHIAFFO-A. SESSA, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, pagg. 447 ss.

³⁶ F. VIGANÒ, *Strasburgo ha deciso, la causa è finita: la Corte di Cassazione chiude il Caso Contrada*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 27 settembre 2017.

in difformità dal dato letterale degli artt. 110 e 416 *bis* c.p., ma nella sostanza in maniera più rispettosa dei principi di offensività e di proporzionalità della pena, ammettendo l'equiparazione sanzionatoria del concorrente esterno al partecipe solo in presenza di un contributo *ex post* rivelatosi causa *but for* del rafforzamento/mantenimento in vita dell'associazione.

Come è stato osservato, il giudice italiano che non condividesse, oggi, lo *specifico* principio di diritto enunciato in *Contrada* dalla Corte EDU – l'inidoneità della base legale rappresentata dal combinato disposto degli artt. 416 *bis* e 110 c.p. a legittimare una condanna, al metro dell'art. 7 CEDU, per fatti commessi prima della sentenza *Demistry* del 1994 – «potrebbe argomentare distesamente il proprio dissenso, lavorando sullo stesso terreno del diritto convenzionale; mostrando, se possibile, come la sentenza *Contrada* sia anomala nello stesso panorama della giurisprudenza di Strasburgo, e meriti pertanto un ripensamento da parte degli stessi giudici europei, magari nel contesto di una pronuncia resa dalla Grande Camera. Nella chiara consapevolezza che tali argomenti saranno poi presi in considerazione e vagliati dalla Corte europea, in risposta al – prevedibilissimo – ricorso che sarà proposto dal condannato contro una simile sentenza»³⁷.

Da ultimo, un interessante banco di prova per saggiare l'estensione dell'irretroattività al diritto giurisprudenziale è rappresentato dalla attesa decisione delle Sezioni unite relativa al delitto di produzione di materiale pedopornografico di cui all'art. 600 *ter* c.p.³⁸.

Dal dispositivo, infatti, si evince che la Corte – ribaltando un granitico orientamento ermeneutico opposto – ha ritenuto configurato tale reato anche nel caso di produzione per uso personale senza pericolo di diffusione. Si dovrà allora vedere se, nelle motivazioni, tale principio di diritto sarà applicato alla vicenda oggetto di giudizio, integrando così un'ipotesi di retroattività occulta, oppure sarà considerato valido solo *pro futuro* in ragione della sua oggettiva ed assoluta imprevedibilità, comportando, al contrario, la qualificazione del fatto pregresso a titolo del diverso e meno grave delitto di detenzione di materiale pedopornografico di cui all'art. 600 *quater* c.p.

7.1. (Segue...) Overruling *favorevole* operato dalle Sezioni unite

D'altro canto, il principio di retroattività della *lex mitior* deve estendersi al

³⁷ F. VIGANÒ, *Strasburgo ha deciso*, cit.

³⁸ Cass., Sez. un., 31 maggio 2018, D.M.

mutamento interpretativo favorevole unicamente quando questo sia intervenuto con una decisione delle Sezioni unite, vale a dire con un provvedimento giudiziario che abbia proprio la funzione nomofilattica di chiarire quale sia la lettura corretta di una fattispecie incriminatrice. Non ogni sentenza che si discosti da un'altra di segno antagonistico sfavorevole può determinare effetti rilevanti quale la retroazione favorevole; ma solo quella adottata dalla Cassazione nella sua più autorevole composizione, dal momento che esprime una mutata e stabile percezione del disvalore del fatto commesso tale da rendere irragionevole e discriminatoria la prosecuzione anche dell'esecuzione delle pene già inflitte: come possono dirsi rispettati i principi della funzione rieducativa e della proporzionalità della pena di cui agli artt. 27, co. 3, e 3 Cost. nei confronti di quel reo che continui ad espriare la pena inflittagli per un comportamento divenuto successivamente lecito secondo il massimo organo nomofilattico?

Si pensi, a titolo esemplificativo, alla decisione delle Sezioni unite 2017, Paternò relativa al reato di cui all'art. 75, d.lgs. n. 159/2011, *Violazione degli obblighi nella sorveglianza speciale*, con cui, ribaltando il diverso orientamento del passato, si è proceduto ad una abrogazione giurisprudenziale della fattispecie in questione arrivando a ritenere che il "fatto non sussiste" quando ad essere violate siano le c.d. prescrizioni generaliste del vivere onestamente e rispettare le leggi di cui all'art. 8 dello stesso testo di legge.

Se si condividesse tale decisione (come a noi non pare corretto fare), sarebbe del tutto irragionevole non estenderne gli esiti di favore anche ai casi pregressi già giudicati, come invece avverrebbe ai sensi degli artt. 2, co. 2, c.p. e 673 c.p.p. in caso di abrogazione legislativa o declaratoria della Corte costituzionale. Si giungerebbe, infatti, per tale via, all'assurdo di assistere, nei casi in cui già si è formato il giudicato, all'esecuzione di pene irrogate per un fatto che non è più considerato reato da tutta la giurisprudenza successiva.

8. *La riforma dell'art. 618 c.p.p.: verso un'equiparazione delle decisioni favorevoli delle S.U. al mutamento legislativo? Conclusioni*

Tuttavia, la possibilità di travolgere addirittura il giudicato in presenza di un *revirement* favorevole delle Sezioni Unite in attuazione del principio di retroattività della *lex mitior* sembra preclusa a causa della drastica decisione di sbarramento n. 230/2012 con cui la Corte costituzionale, rigettando la questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p., ha stigmatizzato le differenze incolmabili

intercorrenti tra il diritto penale giurisprudenziale e quello di origine legislativa.

Non di meno, spiragli interessanti per un ripensamento di tale orientamento potrebbero provenire tanto dalla relativizzazione del ‘mito’ dell’intangibilità del giudicato operata da alcune recenti decisioni delle S.U., quanto, e soprattutto, da una delle tante modifiche normative apportate al sistema penale dalla recente riforma Orlando del 2017.

A flettere la rigidità del ragionamento della Corte costituzionale, contribuiscono infatti già le due pronunce delle S.U. 2014, Ercolano e Gatto, che hanno ammesso la revocabilità del giudicato da parte del giudice dell’esecuzione anche in presenza di declaratorie di illegittimità costituzionale di norme diverse da quelle incriminatrici e, quindi, al di fuori dell’unico caso tassativamente elencato dall’art. 673 c.p.p., facendo leva sull’art. 30, co. 4, della legge n. 87 del 1953 istitutiva della Consulta³⁹.

Ruolo decisivo, però, può essere ascritto alla riforma dell’art. 618 c.p.p., nella parte in cui, nel nuovo comma 1 *bis*, prevede l’obbligo, per la Sezione della Corte di Cassazione che intenda discostarsi da un principio di diritto enunciato in precedenza dalle Sezioni unite, di rimettere la questione a queste ultime.

Tale innovazione legislativa può segnalare una scelta tanto implicita, quanto forte, a favore della ‘stabilizzazione’ della ‘giurisprudenza-fonte’ e dell’attribuzione alla stessa di quella efficacia *erga omnes* che nel recente passato le era stata ragionevolmente negata sulla base della precedente disciplina, ritenendo che tutte le volte in cui ci sia stata una decisione delle S.U. questa si presume vincolante per il futuro⁴⁰.

Anzi, se si riflette bene, si arriva alla conclusione che la cristallizzazione del principio di diritto enunciato in una decisione del massimo organo nomofilattico assume un valore ‘definitivo’ assimilabile a quello di una modifica normativa,

³⁹ Sez. un., 24 ottobre 2013, n. 18821, Ercolano, con nota di F. VIGANÒ, in *www.penalecontemporaneo.it*, 12 maggio 2014; Sez. un., 14 ottobre 2014, n. 42858, Gatto, con nota di G. ROMEO, *ivi*, 17 ottobre 2014.

⁴⁰ Tale modifica sembra accogliere le richieste avanzate da A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., pagg. 318 ss.; ID., voce *Giurisprudenza e diritto penale*, cit., 422, quando segnalava che «non è accettabile che il giudice più periferico possa impunemente dipartirsi da un importante precedente della Corte Suprema di Cassazione, specie se a Sezioni Unite. Né è accettabile che le stesse Sezioni semplici possano superare un precedente delle Sezioni unite». Sul punto, v. M. DONINI, *Disposizione e norma*, cit., pagg. 92 ss.; ID., *Il diritto penale giurisprudenziale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 6 giugno 2016, pag. 36; G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in «Cass. Pen.», 2005, pagg. 1722 ss.

dal momento che un eventuale cambiamento necessiterà di tempo, dovendo provenire dalle stesse S.U. Non solo si dovrà attendere il tempo tecnico inevitabile perché una Sezione semplice si decida ad investirla nuovamente di una medesima questione, ma probabilmente anche un lasso cronologico molto più dilatato: risulta difficile pensare che – nell'eventualità in cui sia adito – il medesimo collegio che ha statuito una *regula iuris* muti repentinamente orientamento, rivedendo il principio di diritto; è più probabile, invece, che si debbano attendere lunghi anni prima che ciò avvenga, probabilmente almeno quelli necessari ad un rinnovamento dei suoi componenti.

L'efficacia *erga omnes* di una decisione giudiziaria di questo tipo finirebbe allora con l'essere non così dissimile da quella di un intervento legislativo o della Corte costituzionale. D'altra parte, la recente esperienza ha mostrato cambi di rotta repentini sia sul primo fronte che sul secondo, come nel caso della disciplina della colpa medica riscritta nel giro di appena cinque anni, o di quella dell'oltraggio al pubblico ufficiale oggetto di una duplice riforma in meno di un decennio, o ancora di quella degli stupefacenti oggetto di una sentenza della Consulta e di un immediato intervento 'ripristinatorio' del legislatore.

Pur rischiando, allora, di alimentare la sclerotizzazione di orientamenti giurisprudenziali sbagliati a cui si è accennato in precedenza, questa disciplina assicura una fermezza decisamente maggiore al *dictum* delle S.U. rispetto al passato, facendo venire meno quelle differenze sostanziali che avevano portato la Consulta con la menzionata sentenza n. 230/2012 a ritenere ragionevole l'esclusione dalle ipotesi tassative di revoca del giudicato di cui all'art. 673 c.p.p. di quella della pronuncia giurisprudenziale più favorevole delle S.U., in quanto fenomeno giuridico diverso rispetto all'abrogazione legislativa e alla declaratoria di illegittimità costituzionale⁴¹.

Un primo banco di prova per saggiare la tenuta di questa ipotesi poteva es-

⁴¹ Sulla possibile elusione del nuovo vincolo introdotto dalla riforma Orlando si veda, con specifico riferimento alla materia della partecipazione associativa, I. GIUGNI, *La nozione di partecipazione penalmente rilevante fra perduranti disorientamenti ermeneutici e problemi di legalità penale*, in «Arch. Pen.», 2018, pag. 21. Per delle considerazioni critiche su tale riforma si veda anche L. LUDOVICI, *Il giudizio in Cassazione dopo la riforma Orlando*, in G. BACCARI, C. BONZANO, K. LA REGINA, E. MANCUSO (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale*, Cedam, Padova, 2017, pag. 444; nonché C. COLUCCI, *Nomofilachia "espressa" e nomofilachia "occulta": meccanismi di stabilizzazione della giurisprudenza nella recente evoluzione del diritto penale italiano*, in «Criminalia», 2018, pagg. 1 ss. del dattiloscritto.

sere rappresentato da una questione di legittimità costituzionale sollevata da un giudice dell'esecuzione in relazione alle possibili richieste di revoca del giudicato pervenutegli per casi simili a quelli affrontati dalle già menzionate Sezioni Unite 2017 Paternò relativamente al delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione *ex art. 75 d.lgs. n. 159/2011*.

Tuttavia, la recente questione di legittimità costituzionale sollevata a pochissimi mesi di distanza dalla Seconda Sezione della Suprema Corte⁴², che non ha ritenuto soddisfacente il principio di diritto della sentenza Paternò in quanto abusivamente sostitutivo di una valutazione di compatibilità costituzionale di pertinenza esclusiva della Consulta⁴³, ha reso impossibile percorrere questa strada.

Affidando la questione in parola al controllo accentrato della Corte costituzionale e alla eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale, viene meno il problema della revocabilità del giudicato dal momento che, trovandosi al cospetto di una situazione espressamente contemplata dall'art. 673 c.p.p., sarebbe pacificamente ammessa.

Si dovranno, dunque, attendere nuove situazioni analoghe per verificare la plausibilità di un ripensamento da parte della Consulta della sua posizione circa il mutamento giurisprudenziale favorevole delle Sezioni unite.

Alla luce di quanto detto, si può ritenere che il diritto giurisprudenziale non possa ancora oggi essere considerato una fonte del diritto penale nonostante l'art. 7 CEDU lasci aperta tale possibilità, ostando ad un simile cambiamento la diversa caratura della legalità costituzionale incentrata sul principio di riserva di legge.

La giurisprudenza può essere equiparata al diritto di produzione legislativa unicamente quando, pur in assenza di controllo democratico, essa sia in grado di produrre effetti significativi e imprevedibili, oppure stabili e duraturi analoghi a quelli che, di norma, può produrre solo la legge scritta di provenienza legislativa.

In tali casi limite, non assimilare la giurisprudenza alle fonti di origine parlamentare significherebbe comprimere i diritti fondamentali dei consociati che, nel primo caso, quello di *outrage* oggettivamente imprevedibile della Cassazione, si vedrebbero puniti per un fatto che al momento della sua commissione non

⁴² Cass., Sez. II, ord. 11 ottobre 2017 (dep. 26 ottobre 2017), n. 49194.

⁴³ V. MAIELLO, *La violazione degli obblighi di "vivere onestamente" e "rispettare le leggi" tra abilitio giurisprudenziale e giustizia costituzionale: la vicenda Paternò*, in «Dir. pen. Proc.», 2018, pagg. 777 ss.; F. VIGANÒ, *Ancora sull'indeterminatezza delle prescrizioni inerenti alle misure di prevenzione: la seconda sezione della Cassazione chiama in causa la Corte costituzionale*, in www.penalecontemporaneo.it, 31 ottobre 2017.

costituiva reato, e nel secondo caso, quello dell'*overruling* favorevole delle Sezioni unite che definisce l'irrelevanza penale di un certo comportamento, si vedrebbero puniti per fatti non più considerati penalmente rilevanti.

Diversamente da quanto talvolta si teme, non sono ancora maturi i tempi, né lo saranno mai in uno Stato costituzionale di diritto, per sostituire la *riserva di legge*, pietra angolare della legalità penale *ex art. 25, co. 2, Cost.*, con un concetto *flo* di "*riserva di diritto*" indifferentemente legislativo e giurisprudenziale; anche perché non è quello che vuole l'Europa.

L'Europa, anche sul versante della legalità, si propone solo di innalzare gli *standard* di tutela interni riconosciuti dalle Costituzioni degli Stati membri, per cui non pretenderà mai di affermare la legittimità della creazione di norme incriminatrici tramite il formante giurisprudenziale in quegli ordinamenti incentrati sulla legalità formale.

Molto più semplicemente, offrirà al singolo la possibilità di veder espandere le sue garanzie sul terreno penale potendo, in casi particolari, beneficiare della copertura dei principi di irretroattività e di retroattività della legge penale più favorevole anche rispetto a decisioni giurisprudenziali, oltre che a statuizioni legislative.

Le Zone Economiche Speciali. Spunti di analisi e riflessione

VITTORIO AMATO

The term Economic Zones includes a wide range of related types, including free trade zones, free ports, export processing zones, special economic zones (SEZ), areas of economic and trade cooperation, processing zones, economic and free zones. Despite the numerous variations of name and form, all these typologies recall the idea of demarcated geographical areas, placed within the national borders of a country, in which the rules of the economic and business environment are different from those prevailing in the national territory. This set of differential rules generally concerns, as a matter of priority, the investment conditions, customs, taxation and the regulatory context. In the area, an environment is granted for the economic activities that choose it as a localization that appears to be more liberal and generally, more efficient from an administrative point of view than that found in the rest of the national territory. Considering all this, the paper intends to analyze the size of the SEZ phenomenon with particular regard to the EU member States and to Southern Italy, its diffusion and the different choices of governance, as well as any barriers to development and the ability to become attractors of foreign direct investment.

Special Economic Zones, development, Mezzogiorno, Southern Italy

1. Introduzione

Le Zone Economiche Speciali (ZES) rappresentano, oggi, l'ultima frontiera della riflessione sulle politiche istituzionali per lo sviluppo del Mezzogiorno e delle città metropolitane. Tale politica tende a concentrarsi sui porti, nei quali si intendono valorizzare gli insediamenti imprenditoriali e i progetti di investimento capaci di rendere trainanti i settori di punta dell'economia italiana e meridionale, come l'agroalimentare, l'aeronautica, l'*automotive* e il sistema del *Made in Italy* in generale.

Dopo anni di dibattito, un'accelerazione alla realizzazione delle ZES viene da un decreto legge del 2017 in cui alcuni articoli sono appunto dedicati alla istituzione di tali zone¹.

¹ Decreto Legge 20 giugno 2017 n. 91: *Disposizioni urgenti per la crescita economica nel Mezzo-*

L'istituzione di una ZES, come sottolineato nel Decreto, comporta, come principale conseguenza, la possibilità per le imprese di utilizzare importanti agevolazioni fiscali e di beneficiare di rilevanti semplificazioni di carattere amministrativo e burocratico.

Si specifica che per “Zona Economica Speciale” si intende una zona:

- 1) geograficamente delimitata e identificata, all'interno dei confini statali;
- 2) composta anche da aree territoriali non direttamente adiacenti, purché abbiano un nesso economico funzionale con il porto;
- 3) che comprende un'area portuale, collegata alla rete trans-europea dei trasporti (TEN – T). Quanto alla richiesta di istituzione delle singole Zone Economiche Speciali, si prevede che siano le regioni meno sviluppate e in transizione, così come individuate dalla normativa europea, ammissibili alle deroghe previste dall'art. 107 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, a presentare domanda per l'istituzione. La proposta deve, poi, essere accompagnata da un piano di sviluppo strategico, nel rispetto delle modalità e dei criteri individuati dal regolamento di attuazione approvato. La Regione formula la proposta specificando le caratteristiche dell'area identificata.

In Italia sono regioni meno sviluppate (con PIL pro capite inferiore al 75% della media europea): Sicilia, Calabria, Basilicata, Puglia e Campania. Rientrano tra le regioni in transizione (con PIL pro capite tra il 75% e il 90% della media europea) le regioni Sardegna, Abruzzo e Molise.

In tale quadro sinteticamente delineato, che rende, quindi, attuale anche in Italia il tema delle ZES come volano di sviluppo, il presente contributo tenta di ricostruire alcuni tratti dell'esperienza internazionale individuando le peculiari caratteristiche di questo strumento visto come sostegno alla politica di sviluppo territoriale.

2. I caratteri salienti delle ZES

L'espressione zone economiche comprende un'ampia gamma di tipologie correlate, tra cui è possibile annoverare zone di libero scambio, porti franchi, zone di trasformazione delle esportazioni, zone economiche speciali, zone di cooperazione

giorno (pubblicato in G.U. del 20/6/2017 n. 141), convertito con modificazioni dalla Legge 3 agosto 2017 n. 123 (pubblicata in G.U. del 12/8/2017 n. 188).

economica e commerciale, zone di trasformazione economica e zone libere. Nonostante le numerose varianti di nome e forma, tutte queste tipologie richiamano l'idea di aree geografiche delimitate, poste all'interno dei confini nazionali di un paese in cui le regole dell'ambiente economico ed imprenditoriale sono diverse da quelle prevalenti nel territorio nazionale. Questo insieme di norme differenziali riguardano generalmente, in via prioritaria, le condizioni di investimento, le dogane, la fiscalità e il contesto normativo. Alla zona, in sostanza, viene concesso un ambiente per le attività economiche che la scelgono come localizzazione che risulta essere più liberale e complessivamente, di norma, più efficiente dal punto di vista amministrativo rispetto a quello presente nel resto del territorio nazionale.

Anche questa sintetica descrizione, tuttavia, fa solo parzialmente giustizia della realtà, giacché alcuni paesi non fanno distinzioni riguardo alla tassazione nelle loro zone, e altri hanno, in alcuni casi eliminato la componente della delimitata spazialità geografica rendendo le zone uno spazio puramente legale vigente in tutto il territorio nazionale o in sue ampie porzioni. Non sorprende quindi che vi sia poca coerenza nella denominazione e nella classificazione di questo strumento economico-territoriale.

La molteplicità di denominazioni delle zone economiche è il risultato di diversi fattori, tra cui innanzitutto la necessità di distinguere tra tipologie che mostrano differenze tangibili nella forma e nella funzione ma, in certa misura, deriva anche da differenze nella terminologia economica dei vari paesi. A ciò va aggiunto il desiderio dei promotori delle varie zone di differenziare i loro "prodotti" da quelli della concorrenza. Le definizioni variano quindi secondo i paesi e le istituzioni e si evolvono continuamente man mano che vengono sviluppati nuovi tipi di zone e quelli più vecchi scompaiono o vengono adattati. Qualsiasi tentativo di definizione esaustiva delle zone economiche deve quindi essere sufficientemente ampio da comprendere la innumerevole serie di tipologie passate, presenti e future, e, al tempo stesso, sufficientemente preciso da escludere quelle che non mostrano le caratteristiche strutturali essenziali.

Alla luce della disamina della casistica riportata in letteratura – fondamentalmente riconducibile a FIAS² (2008) e World Bank³ (2011) – le principali carat-

² FOREIGN INVESTMENT ADVISORY SERVICE (FIAS), *Special Economic Zones. Performance, Lessons Learned, and Implications for Zone Development*, DC, World Bank, Washington, 2008.

³ WORLD BANK, *Special Economic Zones in Africa. Comparing Performance and Learning from Global Experiences*, World Bank, DC, Washington, 2011.

teristiche strutturali delle zone risulterebbero le seguenti: in primo luogo, parti del territorio nazionale formalmente delimitate e, in secondo luogo, spazi legali dotati di una serie di norme relative a investimenti, commercio e operatività che sono più liberali ed amministrativamente efficienti di quelle prevalenti nel resto del territorio nazionale. Le zone sono quindi definite da uno specifico regime normativo che può essere contenuto in una o più leggi dedicate o in una serie di misure contenute in differenti testi legislativi.

L'amministrazione di solito richiede una struttura di *governance* dedicata. Gli attributi di questa struttura variano a seconda della natura del regime di zona, della cultura amministrativa prevalente, del numero di zone esistenti, del ruolo del settore privato e di molti altri fattori. L'obiettivo di questa struttura è quello di garantire una gestione efficiente del regime e assicurare che gli investitori beneficino delle sue disposizioni.

Sono solitamente dotate di infrastrutture fisiche a supporto delle attività delle imprese e dei soggetti economici che operano al loro interno e comprendono, di solito, immobili, strade, elettricità, acqua e telecomunicazioni. L'area è sovente composta da parchi per attività industriali o ad uso misto e infrastrutture di trasporto che collegano la zona alle sue fonti di approvvigionamento, ai mercati e all'hinterland economico. Anche nei paesi in cui le zone sono solo degli spazi legali, di norma, esistono parchi industriali o a uso misto per ospitare le imprese.

Queste caratteristiche sono attributi necessari delle zone e, sebbene non tutti i tipi di zone li presentino contemporaneamente, le zone prototipiche (ad es. le *export processing zones*) tendono a includerle tutte. La caratteristica strutturale determinante di una zona è quindi che essa beneficia di un regime normativo diverso da quello del resto dell'economia, mentre le funzioni di *governance* e i caratteri spaziali e infrastrutturali risultano essere relativamente meno importanti.

Un ulteriore importante attributo delle zone è la volontà politica che informa la loro creazione giacché esse esistono in virtù della ragion d'essere politica che ne è alla base e che può esplicitarsi nei valori sociali o nel complessivo sviluppo locale e nazionale che dovrebbero generare. Le zone, infatti, vengono create per generare una trasformazione economica dei paesi ospitanti in modo più rapido o più efficace di quanto accadrebbe in loro assenza; in altri termini vengono sviluppate per fungere da catalizzatori della crescita. Ciò non impedisce, però, che esse possano variare significativamente da un paese all'altro e che si siano notevolmente evolute negli ultimi 30 anni al variare dei contesti economici. Secondo il rapporto FIAS del 2008, le zone vengono create con alcuni specifici obiettivi politici. Al primo posto vi è certamente quello di attrarre investimenti diretti

esteri e la maggior parte dei nuovi programmi ZES, in particolare in alcune regioni, come il Medio Oriente, nascono con questo intento.

Di particolare rilevanza è anche la loro funzione di “valvole di pressione” per alleviare la disoccupazione su larga scala. I programmi ZES della Tunisia e della Repubblica Dominicana, in particolare, sono spesso citati come esempi di programmi che non hanno prodotto significative modificazione strutturali ma che si sono dimostrati, in ogni caso, solide occasioni per la creazione di posti di lavoro.

Ulteriore e non secondario obiettivo è quello di sostenere una più ampia strategia di riforma economica poiché le zone possono esser viste come laboratori sperimentali per l'applicazione di nuove politiche e approcci⁴. Le ZES ad ampio raggio della Cina sono esempi classici, luoghi dove le politiche finanziarie, legali, del lavoro e persino di *pricing* sono state introdotte e testate e poi estese al resto dell'economia del paese⁵.

In termini di meta-denominazione, l'espressione Zona Economica Speciale è il più ampio e il più preciso per descrivere le zone di cui si è sinora fatto cenno. Questa espressione è anche particolarmente utile sia dal punto di vista definitorio sia nella prospettiva di disegnare particolari politiche di sviluppo poiché i termini che la compongono sono tutti sufficientemente ampi ma al tempo stesso precisi: a) *Zona* si riferisce allo “spazio economico”, fisicamente o legalmente delimitato, che ricade nel territorio nazionale; b) *Economica* si riferisce al più ampio tipo di attività, senza pregiudizio per la loro natura e concentrazione; c) *Speciale* si riferisce al regime regolatorio differenziale che distingue la zona dal contesto economico prevalente.

3. *Le prime esperienze di rilievo*

Le zone economiche speciali non sono il prodotto di un'elaborazione recente. Fin da quando le prime società organizzate si sono impegnate nei commerci con l'estero, vi è stata necessità di aree sicure nei porti o in posizioni strategiche lungo le rotte commerciali dove le merci potessero essere immagazzinate o scambiate⁶.

⁴ L. MOBERG, *The political economy of special economic zones*, in «Journal of Institutional Economics», n. 11 (1), 2015, pagg. 167 – 190.

⁵ Y. YUAN, (a cura di), *Studies on China's Special Economic Zones*, Springer, Singapore, 2017.

⁶ B. BRUNDU, *Zone franche: sviluppi e orientamenti geoeconomici. La Sardegna al centro del Mediterraneo*, Franco Angeli, Milano, 2017.

Si può tuttavia ritenere che l'operazione *Bootstrap* del 1948⁷, nel Commonwealth di Puerto Rico, sia stato un momento chiave nello sviluppo delle ZES. L'obiettivo del programma era, infatti, di attirare le imprese statunitensi per avviare attività produttive che servissero il mercato nordamericano. Questa strategia orientata all'esportazione tentava di generare occupazione evitando l'ancoraggio dell'economia portoricana alle sole piantagioni monoculturali. La premessa centrale del progetto era che le imprese statunitensi operanti in settori a costo del lavoro crescente avessero bisogno di una localizzazione alternativa con costi più competitivi. Il programma si fondava su tre pilastri. In primo luogo, il suo quadro di incentivi si basava principalmente sulle esenzioni fiscali giacché per le compagnie americane l'isola era di fatto una zona franca, in quanto parte del territorio doganale degli Stati Uniti, e, pertanto, non si trovava ad affrontare dazi all'importazione o all'esportazione di merci scambiate con la terraferma. In secondo luogo, il *Departamento de Fomento* si concentrò sulla promozione degli investimenti negli Stati Uniti, investendo 10 milioni di dollari l'anno nel processo e creando uffici di rappresentanza. In terzo luogo, la *Industrial Development Company* finanziò la costruzione di edifici industriali modulari che gli investitori potevano prendere in affitto.

Il successivo momento chiave nell'evoluzione delle ZES è stata la zona franca di Shannon in Irlanda. L'approccio di Shannon era originale perché univa gli attributi della zona di libero scambio con quelli del parco industriale in un unico strumento integrato di investimento, industria e commercio. Shannon arrivò a rappresentare il prototipo della *export processing zone*, fornendo il modello per molti sviluppi simili in tutto il mondo nei decenni successivi. Il pacchetto includeva:

- Un regime doganale differenziato
- Un regime di incentivi agli investimenti
- Funzioni di supporto dedicate per facilitare le attività amministrative, dall'investimento al lavoro

⁷ L'operazione Bootstrap (in spagnolo: *Operación Manos a la Obra*) è il nome che venne dato all'ambizioso piano economico per l'industrializzazione di Porto Rico verso la metà del XX secolo. Si ritiene che l'artefice di tale progetto sia stato Teodoro Moscoso, il quale lo avviò nel 1948. L'operazione ebbe un successo incredibile poiché cambiò letteralmente le basi dell'economia portoricana da agricole a manifatturiere. Nacquero numerose fabbriche e gli investimenti stranieri favorirono in particolar modo l'industria petrolchimica e farmaceutica, ed inoltre contribuirono alla crescita della ricerca tecnologica. Il termine in inglese "*Bootstrap*", letteralmente 'calzare le scarpe', spesso usato in molti significati allegorici e tecnico-pratici, può qui essere interpretato come "mettiamoci in azione", o "diamoci da fare".

- Una zona industriale con un'infrastruttura già pronta
- *Co-location* con un importante *hub* di trasporto

Il risultato fu la creazione di un'enclave industriale che scambiava capitali, merci e flussi di lavoro con l'economia circostante.

Il programma messicano delle *maquiladoras*, infine, con il suo massiccio orientamento allo sviluppo regionale, è stato un altro momento chiave del percorso evolutivo delle ZES. Il suo obiettivo generale era quello di compensare la cessazione del "Programma Bracero"⁸ che lasciò il Messico con una grave carenza di opportunità di lavoro al punto che, nelle principali città di confine, la disoccupazione arrivò a toccare il 50%. Il nuovo programma rese disponibili manodopera abbondante e a basso costo alle società di proprietà americana. Lo schema richiedeva una legislazione specifica per incoraggiare le imprese americane ad investire ed operare lungo il confine. Fino ad allora, gli investimenti e le norme commerciali del Messico erano del tipo *import substitution* ma entrambi i paesi apportarono modifiche per facilitare il nuovo programma:

- In Messico, le misure iniziali consentirono l'importazione in franchigia di materie prime, componenti e attrezzature produttive a condizione che il prodotto finito venisse poi esportato e che tali articoli rimanessero viceversa tassati in Messico. Queste operazioni erano consentite solo all'interno di una striscia larga 20 km, in parchi industriali di proprietà privata amministrati dal *Programma Nacional Fronterizo* (PRONAF) dove la proprietà straniera non poteva superare il 49% del capitale sociale.
- Negli Stati Uniti modificazioni alle leggi doganali introdotte tra il 1956 ed il 1963 stabilirono che i prodotti importati contenenti componenti realizzati negli Stati Uniti avrebbero dovuto pagare dazi solo sul valore dei componenti prodotti all'estero e sul valore aggiunto estero.

Inizialmente, il programma *maquiladora* ha avuto un effetto limitato sulla disoccupazione ma il governo messicano nei primi anni '70 approvò una serie di atti legislativi specifici, e il numero di impianti crebbe fino a 455 nel 1974 con una occupazione pari a 76.000 addetti. Oggi queste cifre si sono moltiplicate per più di dieci volte e si può ritenere che il programma sia stata la base che ha portato alla firma del *North American Free Trade Act* del 1994 (NAFTA).

⁸ Il programma Bracero era una serie di leggi e accordi diplomatici, avviati da uno scambio di note diplomatiche del 1942 fra gli Stati Uniti e il Messico, per l'importazione di lavoratori con contratti temporanei provenienti dal Messico negli Stati Uniti.

Viste nel loro insieme, dunque, le innovazioni portoricana, irlandese e messicana tracciano un percorso evolutivo del concetto di zona economica. Il governo di Porto Rico ha, infatti, aperto la strada alla combinazione tra incentivi, promozione ed edifici industriali. Tuttavia, l'isola non ha sviluppato zone industriali specifiche, optando invece per un modello a dispersione. L'Irlanda ha poi sviluppato il modello della *export processing zone* preconfezionata combinando componenti precedentemente tra loro non correlati in un'unica localizzazione geografica strategica, finalizzata a generare un impatto economico concentrato. Il Messico, infine, ha adattato questo approccio alle proprie esigenze introducendo un insieme differenziato di regole per le *maquilas* e limitando gli investimenti alla qualificazione di parchi industriali specializzati in un'area geografica limitata.

In sostanza, queste zone hanno impiegato un sistema di reciproche e complementari preferenze commerciali applicate a livello di paese o di impresa, creando in tal modo guadagni in termini di efficienza che hanno sostenuto investimenti e attività produttive.

4. *Il caso cinese*

Dalla metà degli anni '60 in poi, l'imperativo della crescita in tutto il mondo in via di sviluppo determinò un enorme impegno nell'industrializzazione, principalmente attraverso politiche di sostituzione delle importazioni e strategie industriali cosiddette di *big push*. Ma all'interno di questo quadro generale si svilupparono varianti significative e le *export processing zones* furono un ingrediente utilizzato per soddisfare vari obiettivi politici, sebbene la ricetta abbia, in linea di massima, utilizzato gli stessi attributi strutturali.

Nessun altro programma di Zone Economiche Speciali ha avuto tanto impatto, a livello nazionale e internazionale, quanto il programma cinese che è stato un momento chiave nello sviluppo delle moderne ZES. Le prime zone furono istituite nel 1978 come test per un processo di ristrutturazione controllata dell'intera economia attraverso l'introduzione del capitalismo e degli investimenti stranieri dopo oltre 30 anni di isolamento economico e politico. Deng Xiaoping descrisse questo processo come "*crossing the river by feeling the stones*". Si riferiva all'introduzione di un regime liberale per il commercio e gli investimenti in aree del paese che nei secoli precedenti erano state aperte al commercio ma poi chiuse dopo il 1949. Inizialmente stabilito nelle aree costiere del paese (tre nella provincia del Guangdong e uno nel Fujian), il numero di ZES è aumentato negli

anni '80 e '90 includendo un gran numero di regioni e città, spostandosi anche verso il cuore del paese.

La strategia si è dimostrata vincente giacché in un breve arco di tempo la Cina è diventata il maggiore esportatore mondiale di manufatti e il principale destinatario di investimenti diretti esteri tra le economie emergenti. Le ZES in questo processo hanno svolto un ruolo chiave visto che tra il 1979 e il 1995, il paese ha ricevuto il 40% degli IDE internazionali nei paesi in via di sviluppo. Il 90% è andato alle aree costiere di cui il 40% nella provincia del Guangdong. Le tre zone del Guangdong assorbivano il 50% di quel totale, il che significa che queste tre ZES tra il 1979 e il 1995 hanno ricevuto uno sbalorditivo 7,2% del volume totale di investimenti diretti esteri verso i mercati emergenti e il 18% di tutti gli IDE in Cina.

Oggi la Cina conta più di 200 zone di vari tipi, dimensioni, e concentrazioni settoriali: zone commerciali, zone industriali, zone tecnologiche e così via. Essa rappresenta il punto di riferimento per l'utilizzo di ZES su vasta scala viste come strumento per la crescita economica e sta espandendo il suo modello a livello globale con investimenti in "zone di cooperazione economica" in tutto il mondo⁹.

5. I differenti approcci

Di norma, le ZES degli anni '50, '60 e '70 erano strumenti pubblici. I governi le pianificarono, le finanziarono, promulgarono i regolamenti, amministrarono il regime, condussero la promozione degli investimenti, si interfacciarono con gli investitori e gestirono il lato immobiliare dell'operazione, incluso la costruzione, l'affitto e il mantenimento. Con gli anni '80 e '90 si è assistito ad un radicale cambiamento in questo modello con la massiccia entrata di operatori privati nella creazione e gestione delle ZES.

Sebbene si sia discusso sull'efficacia degli approcci pubblici rispetto a quelli privati, le prove aneddotiche tenderebbero a sostenere l'idea che le ZES private siano più efficaci. Va tuttavia considerato che se una zona privata può essere un'operazione redditizia, viceversa il suo contributo alla crescita economica può risultare marginale o negativo. Al contrario, una zona pubblica può andare in perdita e richiedere sovvenzioni ma fornire rendimenti socio-economici positivi.

⁹ D. BRÄUTIGAM, T. XIAOYANG, *African Shenzhen: China's special economic zones in Africa*, in «The Journal of Modern African Studies», 49 (1), 2011, pagg. 27-54.

Nessuna analisi empirica completa è stata intrapresa per rispondere alla domanda, tuttavia, guardando alle diverse esperienze, la prospettiva generale presenta una casistica variegata.

In Sud America e nei Caraibi, il passaggio alle zone private negli anni '90 è stato un fattore determinante per il successo di molti programmi. Dal canto suo l'Asia orientale fornisce ampie prove del fatto che le zone pubbliche hanno il potenziale per essere ben gestite e fornire significativi ritorni economici. Tuttavia, l'esperienza positiva in Asia orientale non è limitata alle zone pubbliche. Le Filippine, ad esempio, hanno avuto un grande successo (oltre 200 zone, 3 milioni di occupati, 85% delle esportazioni dalle ZES) con un programma completamente privato. In Africa, invece, il continuo ricorso alle zone pubbliche può essere stato un fattore alla base delle prestazioni poco brillanti anche se programmi di zona a guida privata sono egualmente falliti in numerosi casi.

Quale che sia le loro prestazioni, le zone gestite privatamente stanno, però, di fatto, diventando la norma. Secondo FIAS¹⁰ (2008), mentre le zone private rappresentavano solo il 25% del totale mondiale negli anni '80, a metà degli anni 2000 rappresentavano più del 60% del numero, peraltro enormemente aumentato, delle zone.

A partire dagli anni '90, i meccanismi innovativi delle Partnership Pubblico Privato (PPP) hanno offuscato la linea tra strettamente pubblico e strettamente privato¹¹. Le PPP cercano di capitalizzare i reciproci punti di forza di ciascun settore e la cooperazione e la divisione dei compiti, piuttosto che la competizione, sono diventati il modello preferito. In tale prospettiva i governi forniscono la strategia e la formulazione delle politiche, la legislazione, la regolamentazione e l'uso dei beni pubblici fondamentali che il settore privato non può o non deve fornire. Un gran numero di progetti ZES sviluppati sulla base di PPP richiede finanziamenti pubblici significativi che possono includere prezzi dei terreni scontati o terreni gratuiti, infrastrutture esterne e spesso un'infrastruttura di base interna, in particolare per ulteriori progetti di sviluppo. Dal canto suo il settore privato sviluppa e gestisce il progetto della ZES, occupandosi di pianificazione generale, investimenti in infrastrutture immobiliari e servizi di base, costruzione, gestione e promozione.

¹⁰ FOREIGN INVESTMENT ADVISORY SERVICE (FIAS), *Special Economic Zones. Performance, Lessons Learned, and Implications for Zone Development*, DC World Bank, Washington, 2008.

¹¹ E. R. AKHMETSHINA, G. T. GUZELBAEVA, D. K. RAKHMATULLINA, *Special Economic Zone as a Local Area of Public-Private Partnership Implementation*, in «European Research Studies»; Vol. 20, Fasc. 2, 2017, pagg. 346-354.

6. *La dimensione del fenomeno*

La mancanza di consenso sulle definizioni e l'assenza di dati completi e affidabili rendono difficile misurare l'impatto reale delle ZES. Secondo l'International Labour Organization (ILO, Boyenge 2007), il numero di paesi che gestiscono ZES è passato da 25 nel 1975 a oltre 130. Il numero di ZES è esploso, da 79 nel 1975 a oltre 3.500 (comprese le zone in economie sviluppate), con un incremento di oltre il 4.000% in 30 anni, con la maggior parte di questa espansione verificatasi negli ultimi 20 anni. FIAS¹² (2008) fornisce una stima di 2.500 zone attualmente attive nelle economie emergenti e in via di sviluppo; dato che esclude le circa 700 negli Stati Uniti e nell'Europa occidentale.

A seconda delle stime, le ZES impiegano direttamente tra 63 milioni (FIAS) e 68 milioni (ILO) di addetti in tutto il mondo. A ciò va aggiunto l'effetto moltiplicatore sull'occupazione che viene valutato tra 0,25 e 2 a seconda del ricercatore e della regione o del paese di riferimento. Ciò vuol dire che se si utilizza un moltiplicatore medio pari a 1, alle ZES è possibile ascrivere ulteriori 65 milioni di lavori indiretti. Pertanto, in totale, le ZES possono considerarsi alla base di 130 milioni di posti di lavoro in tutto il mondo ovvero circa l'1% dell'occupazione globale totale. La Cina ha la parte del leone, con una occupazione diretta di 40 milioni sebbene l'occupazione nelle ZES stia crescendo più rapidamente nei paesi in via di sviluppo al di fuori della Cina: da 5 milioni nel 1997 a 26 milioni nel 2006, una crescita di cinque volte in meno di 10 anni.

Concentrandosi sulle circa 2.500 zone nelle economie in via di sviluppo ed emergenti censite da FIAS¹³ (2008), risulta che più di 1.000 zone sono state identificate in Asia orientale e meridionale, con un gran numero in India, Cina, Vietnam e Filippine. Il 30% di tutte le zone del mondo si trova in America Latina; la maggior parte di queste in America Centrale, Messico e Caraibi. L'Africa subsahariana rappresenta solo il 4% delle zone; la maggior parte di queste sono singole unità produttive, circa la metà delle quali in Kenya.

Anche i modelli di proprietà tra pubblico e privato mostrano forti caratteri regionali. Le zone latino-americane sono dominate dal settore privato mentre le zone africane e asiatiche sono suddivise tra il pubblico e il settore privato e le zone

¹² FOREIGN INVESTMENT ADVISORY SERVICE (FIAS), *Special Economic Zones. Performance, Lessons Learned, and Implications for Zone Development*, DC World Bank, Washington, 2008.

¹³ *Ibidem*.

del Medio Oriente e del Nord Africa, nonché dell'Europa orientale e dell'Asia centrale sono principalmente controllate dal settore pubblico.

Le stime delle esportazioni originate dalle ZES sono difficili da trovare ma secondo FIAS dalla metà degli anni 2000, le ZES nei paesi emergenti e in via di sviluppo hanno esportato circa 850 miliardi di dollari in beni e servizi ogni anno. Ciò equivarrebbe a circa il 7-8% delle esportazioni globali complessive e poco meno del 20% delle esportazioni dalle economie emergenti e in via di sviluppo. Se questo valore è corretto, risulta estremamente significativo poiché vuol dire che le ZES contribuiscono in modo sproporzionato alle esportazioni in relazione al loro impatto sull'occupazione. In effetti, il rapporto tra il contributo all'esportazione delle ZES e il contributo diretto all'occupazione nei paesi emergenti e in via di sviluppo è di circa 40 a 1. Ciò in certa misura non sorprende, poiché le ZES si concentrano principalmente sui mercati di esportazione, ma l'entità del rapporto ha importanti implicazioni per l'impatto economico. In particolare suggerisce che le ZES possono svolgere un ruolo cruciale nell'incrementare le esportazioni dai paesi emergenti e in via di sviluppo, ma il loro ruolo relativo alla creazione di occupazione risulta essere meno pronunciato.

Gli investimenti nelle ZES sono ancora più difficili da valutare. Esistono due serie fondamentali di dati, nessuno dei quali è molto affidabile. Il primo è il flusso annuale di investimenti in ZES mentre il secondo è lo stock di investimenti. Secondo FIAS i dati disponibili suggeriscono che le ZES sono una destinazione importante di IDE in alcuni paesi. Nelle Filippine, ad esempio, la quota di flussi di IDE verso le ZES del Paese è aumentata dal 30% nel 1997 a oltre l'81% nel 2000¹⁴. In Messico, la quota di FDI annui contabilizzati dalle operazioni nelle *maquiladoras* è aumentata dal 6% nel 1994 al 23% nel 2000 (Sadni-Jallab e Blanco de Armas, 2002). E in Cina, le ZES rappresentano oltre l'80 per cento degli IDE cumulativi. Tuttavia in molti altri paesi le zone hanno avuto un ruolo marginale nell'attrazione degli IDE e la maggior parte degli investimenti è di origine nazionale¹⁵. Ciò porta a concludere che se l'impatto statico complessivo delle ZES sembra essere relativamente modesto esse hanno però un effetto moltiplicativo in termini di investimenti esteri diretti ed esportazioni nonché che il loro peso economico è in costante crescita.

¹⁴ UNCTAD, 2003.

¹⁵ FOREIGN INVESTMENT ADVISORY SERVICE (FIAS), *Special Economic Zones. Performance, Lessons Learned, and Implications for Zone Development*, World Bank, Washington, DC, 2008, pag. 35.

Concordato preventivo e (dis)continuità del management. Tra *Chapter 11, Administration e Disqualification*

CARLO AMATUCCI

Contrary to the common opinion, the main Italian rescue procedure (concordato preventivo) was inspired by US Chapter 11 to a very small degree, and this for two main reasons. Firstly, because of a large reliance on predictive evaluations and future outlooks of the reorganization plan, often unrealistic, rather than on the immediate proof of the debtor's capacity to reorganize its business under the Court supervision. Secondly, for the reason that the regulation never allows the management's removal, letting insolvency practitioners, or other entities, to run the business and draft the plan, especially in cases of fraud or incompetence of the former management. The principles of not rescuing the company "at all costs" and of imposing, in any case, a change of the management, are key features of the UK Administration, a procedure considerably creditor-oriented. The Italian reorganization procedure, as well as the overall Insolvency Law system, even after the most recent "Rordorf reform", proves to be very much debtor-oriented, even for the lack of any tool (variably existing in almost all EU jurisdictions) – given the increasing flaws of the private enforcement – to disqualify those responsible of misfeasance or breach of fiduciary duties, putting them aside of the market for predefined periods of time.

Chapter 11; Administration; Reorganization and rescue procedures; Management survival or removal; Creditor and debtor oriented procedures; Directors' "Disqualification"

1. *Il diritto dell'impresa in crisi e l'onda lunga dell'autonomia negoziale*

È oramai più di un decennio che l'onda lunga dell'autonomia negoziale nel diritto dell'economia – cui è corrisposto una proporzionata notevole riduzione del tasso di imperatività delle regole – ha investito, nell'ordinamento italiano, anche la disciplina della crisi d'impresa¹. Essa ha ispirato interventi normativi ripe-

¹ A. JORIO, *La parabola del concordato preventivo: dieci anni di riforme e controriforme*, in «Giur. Comm.», 2016, I, pag. 15, per il quale «il leit motiv che ha improntato l'indirizzo di fondo della riforma di una legge, quella del '42, fortemente improntata al dirigismo giudiziario, poteva riassumersi in un solo termine: autonomia». Il netto cambio di rotta della disciplina del concordato preventivo è ben ricostruito da S. AMBROSINI, *Il controllo giudiziale su domanda e piano concordatari e i compiti dell'attestatore*, in «Giur. Comm.», 2017, I, pag. 387, che parla di «spostamento del baricentro dall'eterotutela giudiziale dei creditori alla loro autotutela informata».

tuti, emergenziali, troppo spesso scoordinati, che hanno ridisegnato le procedure concorsuali – dando loro struttura, finalità e sembianze profondamente diverse da quelle che le caratterizzavano nella legge del 1942 – rendendo necessario, da ultimo, un riordino sistematico della materia con la legge delega n. 155/2017. Questa ha trovato attuazione nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza che, almeno per la disciplina del concordato preventivo, di cui ci si occuperà nelle pagine che seguono, risulta ancora, in larga misura, ispirata alle idee di fondo messe in atto a partire dalla riforma del 2006.

La tendenza, allora affermatasi, verso la 'privatizzazione' di momenti sempre più rilevanti del diritto concorsuale, verso quella che è stata definita la «valorizzazione del profilo privatistico degli istituti del diritto concorsuale» – e che ha interessato, in modo più accentuato, le soluzioni negoziate della crisi d'impresa rispetto al fallimento – non mi pare che abbia generato, tranne qualche rara eccezione, una riflessione attenta e proporzionata alle dimensioni del cambiamento. Mi riferisco, tra le poche, alle ariose e profonde considerazioni di Guido Rossi che nel «*predominio dell'impresa e nella crisi della giustizia*» individuava «un'ideologia che è stata variamente qualificata: dal *laissez-faire* al neoliberismo, ma che comunque ha via via ritenuto più efficiente sostituire la norma giuridica imperativa, posta anche a vincolo e tutela dei terzi, con l'autonomia privata, cioè col contratto fra le parti»².

Richiamo anche le più recenti e convincenti valutazioni di Giuseppe Terranova, il quale mette in discussione la riconducibilità del concordato «alla categoria del negozio o del contratto»³, paradigma che non terrebbe conto «di come si strutturino i rapporti e le situazioni soggettive che le procedure concorsuali sono chiamate a tutelare»⁴, nonché dell'impossibilità di considerare i creditori come soggetto collettivo «capace di individuare, con piena consapevolezza e unità d'intenti (anche se a maggioranza) la soluzione più conveniente»⁵.

² G. ROSSI, *I diritti dei cittadini fra le crisi dell'impresa e della giustizia*, in «Riv. soc.», 2014, pagg. 146-147.

³ G. TERRANOVA, *Diritti soggettivi e attività d'impresa nelle procedure concorsuali*, «Giur. Comm.», 2017, I, pag. 673.

⁴ Essendo i creditori, da un lato, «razionalmente disinteressati ad assumersi delle responsabilità nella gestione della procedura, perché sanno benissimo che il gioco (soprattutto se le loro pretese sono d'importo modesto) non vale la candela» e, dall'altro, portatori di posizioni troppo differenziate, tali da rendere estremamente difficoltoso il ricorso ad accordi», *ibidem*.

⁵ *Ivi*, pag. 677, nota 5.

L'impressione è che, ritenendosi l'onda lunga dell'autonomia negoziale il portato ineluttabile di una "forza gravitazionale" che ha attraversato (e sta attraversando) il diritto dell'economia degli ordinamenti occidentali e, oramai, di tutto il continente europeo – come confermano gli indirizzi più recenti di cui alla proposta di Direttiva 2016/0359, in materia di risanamento delle imprese in crisi – sia in atto una sorta di supina accettazione dell'interprete, motivata, ragionevolmente, dall'impossibilità di arrestare il cambiamento e l'ideologia politica che lo sorregge.

Non essendo certo questa la sede per intraprendere percorsi così impegnativi, che richiederebbero ben altro spazio e, soprattutto, solidi appigli di teoria generale sulla funzione dell'autonomia negoziale e sul ruolo delle norme imperative nell'ordinamento, ciò che mi preme segnalare con le pagine che seguono è il progressivo innesto nella legge fallimentare italiana – tardivamente apertasi, rispetto ad altri ordinamenti, alla c.d. "*rescue culture*" delle imprese in crisi – ed, in particolare, nella disciplina del concordato preventivo, di regole ed istituti ispirati ad ordinamenti ritenuti modelli di riferimento, vuoi per gli strumenti di recupero e risanamento delle imprese in crisi, vuoi per l'affermazione e la difesa dei principi del liberismo economico. Ossia, di legislazioni improntate ad un'ampia autonomia negoziale nella regolazione dell'impresa e della sua crisi.

Intendo mettere in dubbio la coerenza e la validità del progressivo recepimento, nel diritto italiano della crisi di impresa, di dosi così elevate di autonomia negoziale, in particolar modo nel concordato preventivo, non accompagnate da quegli stessi essenziali presidi e correttivi che esistono negli ordinamenti dai quali si è ritenuto di attingere – il riferimento è, in particolare, ma non solo, alla sorte del *management* dell'impresa che accede al concordato e, più in generale, agli strumenti di '*disqualification*' – ove fungono da bilanciamento e da efficace contraltare. Tali correttivi, se adottati, avrebbero, probabilmente, evitato taluni degli effetti distorsivi (con ricadute su quella stessa economia in crisi che le riforme si proponevano di risollevare) che la prassi ha registrato nella gestione delle procedure di soluzione negoziale della crisi d'impresa. Alludo al frequente abuso dell'autonomia privata⁶, costituito dalla spesso inutile e dispendiosa attività di allestimento di proposte concordatarie effimere, molto spesso velleitarie – accompagnate sovente da defatiganti confronti con i Tribunali – che hanno

⁶ Cfr., da ultimo, A. Rossi, *Le proposte 'indecenti' nel concordato preventivo*, in «Giur. Comm.», 2015, I, pag. 331.

contribuito alla distruzione della ricchezza di molte imprese e che, assai di rado, hanno prodotto risultati di effettivo risanamento e riorganizzazione⁷. Abusi solo lievemente temperati dall'introduzione della soglia minima del 20% di soddisfacimento dei creditori chirografari, dell'eliminazione del silenzio assenso e dalla necessaria indicazione, nella proposta, dell'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile assicurate ai creditori⁸.

Il problema non è stato solo quello di «adottare (scimmiettare), prendere a prestito modelli estranei alla nostra cultura»⁹, quanto e soprattutto l'adottare male e solo in parte, per effetto di un «comparatismo superficiale»¹⁰, di un «malaccorto legislatore» che ha maldestramente tradotto nell'ordinamento italiano istituti che hanno una loro ben precisa logica e struttura in altri contesti normativi e che non si prestano a trapianti parziali. Se, infatti, un clone di tali istituti avrebbe forse avuto qualche *chance* di produrre risultati efficienti – compatibilmente, appunto, con la ben diversa tradizione giuridica italiana – una riproduzione parziale e sovente dozzinale non può che generare guasti, disfunzioni e veri e propri «sconquassi applicativi»¹¹, non contribuendo al superamento della crisi dell'impresa, bensì ad una più generale crisi della giustizia.

La critica alla coerenza e alla validità di tale processo di trapianto normativo avverrà attraverso una breve analisi comparatistica del concordato preventivo con il noto *Chapter 11* del diritto americano¹² – viepiù invocato e ritenuto come il progenitore del concordato preventivo o, perlomeno, come l'istituto dal quale il nostro legislatore si sarebbe lasciato fortemente condizionare – e con la meno nota *Administration* del diritto inglese. Procedure di ristrutturazione delle impre-

⁷ Gli esiti 'scoraggianti' sono recentemente riportati da S. DE MATTEIS, *L'emersione anticipata della crisi d'impresa. Modelli attuali e prospettive di sviluppo*, Giuffrè, Milano, 2017, pag. 140, al quale si rimanda per un'ampia ed accurata ricostruzione della materia.

⁸ P. MONTALENTI, *Diritto dell'impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi: appunti*, «Giur. Comm.», 2018, I, pag. 65, per il quale tali interventi sul concordato con riserva, insieme al precedente costituito dalla possibilità di nomina del commissario giudiziale, hanno comunque rappresentato una «correzione di rotta».

⁹ A. ROSSI, *Le proposte 'indecenti' nel concordato preventivo*, cit., (nt. 3) pag. 145.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ivi*, pag. 150.

¹² E. BRODI, *Tempestiva emersione e gestione della crisi d'impresa. Riflessioni sul disegno di un efficiente "sistema di allerta e composizione"*, in «Questioni di Economia e Finanza, Banca d'Italia», 2018, pag. 8, sottolinea il cambio di prospettiva, a partire dal 2005, «in sintonia con quanto previsto in ordinamenti considerati *benchmark* in termini di efficienza della disciplina concorsuale (U.S. *in primis*)».

se – concepite per occupare, nei rispettivi ordinamenti concorsuali, la funzione e lo spazio che nell’ordinamento italiano occupa il concordato preventivo – le quali, seppur con diversa gradualità, si caratterizzano per l’imposizione di una netta discontinuità nella gestione dell’impresa che accede a quelle procedure e per un ruolo secondario, se non del tutto assente, dell’imprenditore nella formulazione della proposta ai creditori. Tratti essenziali che non caratterizzano la disciplina del concordato preventivo, né prima, né ora, alla luce della riforma del Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza.

Stando ad alcune recenti ricostruzioni¹³, la riforma del 2006 – ed è questo un profilo apicale e controverso che tocca la filosofia ispiratrice di ogni regolamentazione della crisi d’impresa – si sarebbe solo in parte «*emancipata da un’impostazione fortemente ispirata ad una visione pubblicistica delle procedure concorsuali, acquisendo solo con gli interventi normativi più recenti una rinnovata sensibilità verso le esigenze preventive dell’insolvenza, in un’ottica più incline a favorire la tempestiva emersione della crisi patrimoniale dell’impresa e la maggiore efficacia delle soluzioni concordate*». Tale è stata l’effettiva tendenza della legislazione italiana che, tuttavia, contrariamente all’opinione di chi l’ha appena descritta, non va stigmatizzata per la progressività o per la poca risolutezza con la quale è avvenuta, bensì per la ragione che la promozione di soluzioni di negoziazione della crisi d’impresa non dovrebbe implicare la rinuncia ad un certo grado di impronta pubblicistica. Le esperienze degli ordinamenti che hanno, per primi, regolato le soluzioni concordate della crisi, delle quali si sta per riferire, dimostrano l’opposto, non comportando la prevenzione della crisi alcun arretramento del momento pubblicistico; si pensi solo all’*Insolvency Service* nel Regno Unito ed al *Trustee* del Dipartimento di Giustizia americano, agenzie amministrative chiamate a vigilare sulle procedure concorsuali.

La contrazione della “matrice pubblicistica” può essere auspicabile nel fallimento, non altrettanto nelle soluzioni negoziate, laddove occorre evitare che la valorizzazione dell’autonomia negoziale sia a senso unico, nel prevalente interesse dell’impresa in crisi e del suo salvataggio ad ogni costo. Si vedrà come,

¹³ M. GABOARDI, *Spunti sulla legge delega per la riforma organica delle procedure concorsuali: profili processuali*, in «Riv. soc.», 2018, pag. 138. Per F. DI MARZIO, *Dal ceppo della vergogna alle soluzioni concordate della crisi d’impresa. Nota apologetica sul nuovo “diritto fallimentare”*, in *Il Caso.it*, doc. n. 284/2012, si trattava di ammodernare l’“arrugginita” procedura del 1942 ed adeguarla al diritto della crisi d’impresa del terzo millennio al fine di abbandonare definitivamente il “ceppo della vergogna”.

alla luce delle citate esperienze straniere, tale autonomia negoziale vada tutelata anche nell'interesse dei creditori, attraverso un riequilibrio delle loro prerogative, costituito da specifici strumenti di intervento del giudice e da soluzioni normative che, supplendo all'endemica asimmetria informativa che caratterizza il loro rapporto col debitore, attribuiscono ai primi una maggiore centralità nel determinare il destino dell'impresa in crisi, facendosi anch'essi promotori dell'accesso di quest'ultima alle soluzioni negoziate, come era stato opportunamente previsto dall'art. 6, c. 1°, lett. b) della legge delega n. 155/2017, poi inspiegabilmente negletto.

Passando ad un'altra esperienza di genuina valorizzazione dell'autonomia negoziale della crisi d'impresa, cioè l'*Administration*, essa è pressoché ignorata nei riferimenti comparatistici della letteratura italiana, nonostante l'appartenenza ad un ordinamento europeo, come quello britannico, che nella gestione della crisi riconosce ampi spazi all'autonomia negoziale, accompagnati, tuttavia, da efficaci e penetranti strumenti di intervento nella vita delle imprese che chiedono (o i cui creditori chiedono) l'ammissione a procedure di risanamento. Mi riferisco ad istituti che poggiano su alcuni principii fondamentali dell'*Insolvency Law* e della c.d. "rescue culture" di quel sistema, ossia¹⁴: a) la massimizzazione della soddisfazione dei creditori; b) la regolamentazione dei diritti di prelazione e dei criteri di distribuzione tra i creditori; c) l'accertamento rigoroso delle cause della crisi e degli eventuali illeciti di gestione, perseguiti attraverso il diffuso ricorso – vista la modesta effettività, anche in quella prassi, dei rimedi risarcitori – a sanzioni interdittive di natura amministrativa, come la 'disqualification', che prescindono dalla comminazione della sanzione penale e che sono finalizzati all'estromissione dal mercato, per periodi di tempo anche considerevoli, di coloro resisi responsabili di condotte civilmente illecite o abusive della responsabilità limitata.

L'istituto della *disqualification*¹⁵ è presente, seppur variamente regolato, in

¹⁴ Sir R. GOODE, *Principles of corporate insolvency Law*, Sweet & Maxwell, London, 2011, pag. 58.

¹⁵ Per un ampio ed apprezzabile inquadramento dell'istituto, v. M. DAVIS-WHITE, A. WALTERS, *Directors' disqualification & insolvency restrictions*, Sweet & Maxwell, London, 2010, i quali ne sottolineano la *ratio* alla luce sia dell'abuso della responsabilità limitata, sia dell'obiettivo (pagg. 29-30): «to promote and uphold wider notions of probity, competence and commercial morality». Ma v. anche P. L. DAVIES, *Introduction to company law*, Oxford University Press, Oxford, 2010, «the law has long taken the view that certain types of financial behavior ought to disqualify a person from being a director of a company», *ivi*, pag. 90.

tutti gli ordinamenti europei. Nell'ordinamento inglese, al quale più in avanti si farà esclusivo riferimento, vide la luce con l'*Insolvency Act* del 1986, al pari dell'appena ricordato *Insolvency Service*, istituzione chiamata a vigilare – sul modello del nordamericano del *Trustee* del Dipartimento di Giustizia¹⁶ –, assieme all'autorità giudiziaria, sul corretto ed efficiente funzionamento delle procedure concorsuali, secondo una prospettiva che assegna un ruolo tutt'altro che marginale alla sfera pubblica nella gestione della crisi d'impresa.

Per contro, nessuno degli interventi riformatori del diritto italiano della crisi d'impresa – neppure, da ultima, la riforma sistematica di cui al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza¹⁷ – hanno vagamente preso in considerazione l'implementazione di istituti aventi una matrice pubblicistica, lasciando sbilenco il sistema italiano, improntato ad un carattere marcatamente privatistico ed eccessivamente *debtor-oriented*. Rinunciando persino, come si è appena detto, ad attuare quell'art. 6, c. 1°, lett. b) della legge delega che aveva previsto l'attribuzione al terzo della legittimazione a proporre il concordato “nei confronti del debitore che versi in stato di insolvenza”.

Un sistema concorsuale, quello italiano, che continuerà ad essere non temperato da alcun meccanismo correttivo delle disfunzioni che hanno reso insoddisfacente l'impatto applicativo del concordato preventivo – sul punto la valutazione sembra pressoché unanime – nonché deludente il riscontro delle modifiche apportate al fallimento, tuttora incapace di accelerare i propri tempi e di migliorare il tasso insignificante di recupero per i creditori. Il che rende quanto mai viva la curiosità circa l'impatto che potrà avere la nuova disciplina sulla “liquidazione giudiziale”, al di là della (utile?) variazione semantica che l'accompagna.

¹⁶ La cui missione è la promozione dell'integrità e l'efficienza del sistema concorsuale a beneficio dei debitori, dei creditori e del pubblico. Dotato di penetranti poteri conoscitivi e regolamentari, il Dipartimento di Giustizia ha il compito primario di vigilare sulla gestione delle procedure di cui ai *Chapter 7*, pagg. 11, 12 e 13.

¹⁷ Cfr. S. DE MATTEIS, *L'emersione anticipata della crisi d'impresa. Modelli attuali e prospettive di sviluppo*, cit., pag. 140 (nt. 8); G. D'ATTORRE, *Prime riflessioni sulla delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in «Riv. soc.», 2017, pag. 517; M. GABOARDI, *Spunti sulla legge delega per la riforma prganiza delle procedure concorsuali: profili processuali*, cit., pag. 138 (nt. 14).

2. *Crisi economica ed eccessive aspettative nel concordato preventivo*

Il concordato preventivo – in particolare le sue varianti del concordato con riserva ed in continuità – sono figli di una decretazione d’urgenza poco meditata ed eccessivamente fondata sull’equazione di fondo secondo la quale una massiccia iniezione di autonomia privata – non accompagnata da un’altrettanto massiccia iniezione di trasparenza e di responsabilizzazione (sarebbe troppo parlare di moralizzazione) degli imprenditori e degli amministratori di società, né di un rafforzamento delle prerogative dei creditori – potesse contribuire a sollevare le sorti delle imprese e, quindi, dell’economia. Piuttosto, il momento applicativo del riformato istituto non ha, in alcun modo, confermato le iniziali intenzioni, eccessivamente ottimistiche, del legislatore. Il numero modesto di concordati preventivi omologati ed eseguiti dà torto all’auspicio, evidentemente assai poco realista, che accompagnò le prime riforme del 2006, ossia di un concordato preventivo che avrebbe prevalso sul fallimento, diventando la procedura principale dell’impresa in crisi. Una recessione economica, come quella dell’ultimo decennio, ha potuto essere condizionata in misura irrisoria da interventi sulla disciplina della crisi d’impresa, soprattutto se puntualmente estemporanei e tecnicamente inadeguati. Ben altro ci sarebbe voluto per far ripartire le imprese e l’economia del Paese¹⁸. Non diversa la valutazione del sopraggiunto concordato

¹⁸ Anche il concordato con riserva non ha conseguito i risultati sperati, essendo stato l’obiettivo dell’accesso tempestivo alla regolazione della crisi «largamente mancato: i dati dimostrano che la richiesta di accedere al concordato con riserva viene formulata in presenza non già di una crisi superabile in assenza di insolvenza, bensì allorché l’insolvenza è già ben presente e l’unica alternativa è il fallimento», così A. JORIO, *La parabola del concordato preventivo: dieci anni di riforme e controriforme*, cit., pag. 15 (nt. 1). Analoghe le conclusioni di E. RICCIARDIELLO, *Il ruolo del commissario giudiziale nell’era del “fallimento del contrattualismo concorsuale*, in «Giur. Comm.», 2015, pag. 715: «I dati statistici rilevati a poco più di due anni dall’introduzione dell’istituto del concordato con riserva o pre-concordato evidenziano il sostanziale fallimento degli obiettivi prefissati dal legislatore in quanto tale istituto non è servito, come si desiderava, ad anticipare la ristrutturazione delle imprese in crisi (non insolventi) ma a ritardare la declaratoria dello stato di insolvenza di imprese già sottoposte per lo più ad istanze di fallimento il cui stato di decozione appare risalente nel tempo». Seppure relativo ad un campione circoscritto, per quanto significativo come il Tribunale di Milano, si vedano gli interessanti dati riportati – in un’indagine economica tendente a valutare l’efficienza allocativa del concordato preventivo – da A. DANOVÌ, P. RIVA, M. AZZOLA, *Alcune osservazioni empiriche sui concordati preventivi del Tribunale di Milano*, «Giur. Comm.», 2016, I, pag. 837.

in continuità che «*ha dato sovente risultati deludenti*»¹⁹, rispetto ai concordati liquidatori, restati decisamente prevalenti.

Ma a confermarsi una chimera è risultato, in larga parte, anche l'obiettivo per cui il concordato o gli accordi di ristrutturazione dei debiti avrebbero potuto favorire l'emersione tempestiva della crisi d'impresa²⁰. L'analisi empirica esclude per queste procedure un «carattere risolutivo, venendo, alle volte, addirittura adoperate per procrastinare il *redde rationem* finale»²¹.

Le criticità²² del concordato preventivo sono state tante, come è emerso dall'apprezzabile sforzo interpretativo della giurisprudenza e della dottrina – impegnate nel tentativo di risolvere e superare gli innumerevoli dubbi esegetici, le discrasie, le lacune e la diffusa mancanza di coordinamento delle norme – e dalle difficoltà in cui si sono imbattuti quotidianamente gli operatori. Un diritto fallimentare «sempre più complesso e irricognoscibile [...] una tecnica redazionale tutt'altro che soddisfacente, probabilmente non affidata a (giuristi) periti della materia»²³. D'altra parte, tale piega della legislazione concorsuale è la ricaduta di un più vasto ed allarmante fenomeno che affligge, oramai, tutti i settori del diritto dell'economia italiano e dell'ordinamento in generale. Una vera e propria «notte delle regole»²⁴ – come bene si etichettava il profondo scadimento della produzione normativa che ha finito per interessare anche il diritto dell'impresa – la quale genera difficoltà spesso insormontabili per l'interprete, favorendo un'in-

¹⁹ A. JORIO, *La parabola del concordato preventivo: dieci anni di riforme e controriforme*, cit., pag. 17 (nt. 1).

²⁰ E. BRODI, *Tempestiva emersione e gestione della crisi d'impresa. Riflessioni sul disegno di un efficiente "sistema di allerta e composizione"*, cit., pag. 5 (nt. 13), per la quale «*le modifiche elaborate non hanno pienamente conseguito gli esiti attesi*».

²¹ *Ibidem*; A. DANOVÌ, P. RIVA, M. AZZOLA, *Alcune osservazioni empiriche sui concordati preventivi del Tribunale di Milano*, cit., (nt. 19) pag. 853, relativamente al rischio di un utilizzo dilatorio, prendono atto del «numero rilevante di domande senza deposito del piano, non ammesse o non omologate», esprimendo dubbi, soprattutto, sul concordato in bianco.

²² I. RORDORF, *La continuità aziendale tra disciplina di bilancio e diritto della crisi*, in «Società», 2014, pag. 919, proprio a proposito della continuità aziendale nel diritto della crisi, scrive che le «*le scelte operate dal legislatore, su questo delicato terreno, non sempre sono apparse, negli ultimi tempi, sufficientemente chiare ed univoche*. Le ripetute modifiche apportate con cadenza quasi annuale testimoniano di una certa confusione, contribuiscono a generare incertezza ed ostacolano la formazione di orientamenti giurisprudenziali consolidati».

²³ A. ROSSI, *Le proposte 'indecenti' nel concordato preventivo*, cit., pag. 149 (nt. 3).

²⁴ G. D. MOSCO, *La notte delle regole: responsabilità della politica e problemi di tecnica legislativa*, in «AGE», 2/2013, pag. 351.

gente produzione letteraria costretta a confrontarsi, con molto poco costruito – il che è davvero paradossale – su una “materia prima” di assai modesta qualità.

Ma v'è da dire che alle specifiche e numerose criticità dell'impianto normativo del concordato preventivo si aggiungono due vizi di fondo che lo hanno caratterizzato sin dal principio e che, alla luce delle riforma, lo caratterizzeranno per il futuro: uno attinente al metodo, l'altro all'ispirazione.

Un vizio di metodo, per aver la regolamentazione del concordato preventivo dato vita ad un vero e proprio “diritto della prognosi”, di assai dubbia efficacia, che non ha precedenti nell'esperienza e nella tradizione giuridica italiana, né tantomeno nei modelli giuridici dai quali le più recenti riforme hanno inteso trarre orientamenti e criteri direttivi.

Un vizio di ispirazione, per essere stata tale disciplina influenzata dal *Chapter 11* solo in misura trascurabile, avendone mutuato qualche tratto, non avendo colto, nella sua interezza, lo spirito e, soprattutto, i valori che hanno caratterizzato la più antica e collaudata procedura di riorganizzazione dell'impresa esistente e che, per inciso, nell'ordinamento di origine si è confermata vincente rispetto alla procedura liquidatoria del *Chapter 7*, consentendo una conservazione di valori aziendali superiore di circa il 78% rispetto a quest'ultima²⁵. Stupiscono, per l'appunto, i dati che emergono da alcune statistiche sulle percentuali di successo del *Chapter 11*, sui tempi della sua definizione, che meriterebbero ben altra considerazione, anche per comprendere le conclusioni della prevalente dottrina americana²⁶, secondo la quale, nonostante taluni punti deboli, il *Chapter 11* si conferma una procedura efficiente.

3. Il concordato preventivo ed il ‘trionfo’ delle valutazioni predittive

Per quel che attiene al vizio di metodo del concordato preventivo, è di tutta evidenza che troppe disposizioni hanno introdotto elementi, condizioni e pre-

²⁵ E. WARREN, L. WESTBROOK, *The success of Chapter 11: a challenge to the critics*, in «Michigan Law Rev.», 107, 2009, pag. 603.

²⁶ E. WARREN, L. WESTBROOK, *The success of Chapter 11: a challenge to the critics*, cit., (nt. 26) pag. 606. Ma v. già T. EISENBERG, M. LOPUCKI, *Shopping for judges: an empirical analysis of venue choice in large Chapter 11 reorganizations*, in «Cornell Law Rev.», 84, 1999, pag. 967; N. FUQUAY, *Be careful what you wish for, you just might get it: the effect on Chapter 11 case length of the new cap on a debtor's exclusive period to file a plan*, in «Tex. Law Rev.», 85, 2006, pag. 431.

supposti estremamente predittivi, prognostici e congetturali. Norme che assegnano a valutazioni e a previsioni probabilistiche sulle sorti della proposta e del piano, spesso del tutto astratte ed irrealistiche, un peso determinante nell'avvio della procedura. Norme non accompagnate da adeguati ed attendibili strumenti tecnici di conoscenza – che di per sé le scienze economiche, aziendalistiche e probabilistiche non posseggono – né di diagnosi della realtà effettiva dell'impresa e delle dimensioni della sua crisi. Previsioni che non sono riscontrabili con elementi obiettivi, tali da poterle connotare in termini di sicurezza dell'avveramento, e che vanno ben oltre la portata, appunto, delle scienze economico-aziendalistiche e delle scienze probabilistiche.

Mi riferisco agli articoli che rimettono la valutazione di passaggi essenziali per l'apertura del concordato – veridicità dei dati aziendali e fattibilità del piano – a pure congetture, a predizioni valide fino ad un certo grado di approssimazione e, per di più, di provenienza dell'imprenditore e dei suoi professionisti (minore incertezza avrebbe assunto l'attestazione a cura di un professionista nominato dal Tribunale, in molte sedi vanamente invocata). Con tutto quel che ne può derivare in termini di discordanza, sovente sorprendente, dei dati previsionali rispetto alla realtà economico e finanziaria dell'impresa proponente, quando oramai ogni proposito di risanamento, ogni anelito di salvezza sono tardivi e quando ulteriore distruzione di ricchezza si sarà invano consumata. Conseguenze che riforme più attente avrebbero fatto bene a valutare, per non sposare il dogma del salvataggio “a tutti i costi” dell'impresa in crisi, che non appartiene alla tradizione di quegli ordinamenti ai quali il legislatore italiano dichiara di essersi ispirato, come si meglio dirà.

L'eccessivo ricorso allo strumento della prognosi è di particolare evidenza nella disciplina del concordato con continuità aziendale che al professionista designato dal debitore assegna il compito (art. 182-*quinquies*, l. fall.):

- di attestare che i finanziamenti da contrarre siano funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori (1° comma);
- di attestare che il pagamento di crediti anteriori per prestazioni di beni e servizi siano essenziali per la prosecuzione dell'attività d'impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori (4° comma);
- di indicare analiticamente i costi e i ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato (art. 186 bis, 1° c., lett. a);
- di attestare, a proposito della continuazione di contratti pubblici, la loro “*conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento*” (art. 186 bis, 2° comma);

- di attestare, sempre a proposito della partecipazione dell'impresa a procedure di assegnazione di contratti pubblici, la ragionevole capacità di adempimento del contratto (art. 186 bis, 4° c., lett. a).

Un 'superuomo' il professionista voluto dal legislatore, dotato di capacità semi-divinatorie, investito di attestazioni di conformità spesso astratte, congetturali, apodittiche²⁷, rispetto a situazioni che sono, per loro stessa natura, future, incerte, imponderabili. Un concordato, mi riferisco sempre a quello in continuità, che dal suo esordio procedurale poggia, esclusivamente, su ipotesi e predizioni, su numeri e "buone intenzioni", assai poco supportate da concreti elementi circa la serietà degli intenti e, quel che più conta, circa la capacità effettiva di negoziabilità dell'imprenditore con i suoi creditori e circa l'effettiva realizzabilità degli impegni che il medesimo dichiara di assumere, come per contro pretende la legislazione statunitense dall'imprenditore ammesso al *Chapter 11*, di cui si sta per dire. Insomma, la relazione del professionista ex art. 161 l. fall. si appalesa come un documento rappresentativo non di fatti e di valutazioni oggettive, bensì di una prognosi astratta di fattibilità economica, seppur adeguatamente motivata.

Non meno ambizioso il proposito di richiedere, sempre in tema di concordato in continuità, che il professionista, nella relazione di cui all'art. 186-bis, c. 2, lett. b), l. fall., attesti che «*la prosecuzione dell'attività di impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori*», in tal modo imponendosi un vero e proprio pronostico sui risultati futuri dell'attività economica, per definizione soggetta a variabili ed incertezze assolutamente imponderabili. Al punto da poter raffrontare tale previsione con le prospettive immediate per i creditori.

Non diversa la *ratio* che ha ispirato l'art. 182-*quinquies* l. fall., modificato dal d.l. n. 83/2015 che consente l'apporto di finanza prededucibile «anche prima del deposito della documentazione di cui all'art. 161, 2° e 3° comma, legge fall.»,

²⁷ Così G. LO CASCIO, *Crisi delle imprese, attualità normative e tramonto della tutela concorsuale*, in «Fall.», 2012, pag. 5, giudica "confusa ed incerta" la disciplina del concordato con continuità aziendale, affermando che i percorsi messi a disposizione del debitore presentino, inevitabilmente, notevoli incertezze per l'instabilità dei rimedi offerti e la scarsa affidabilità. Anche A. DANОВI, P. RIVA, M. AZZOLA, *Alcune osservazioni empiriche sui concordati preventivi del Tribunale di Milano*, cit., pag. 850 (nt. 19), riferendosi ai giudizi dell'attestatore, parlano di "stime e congetture", di natura probabilistica, poiché espresse con riguardo alla veridicità dei dati aziendali «secondo uno specifico perimetro delle verifiche ed analizzandolo facendo ricorso a tecniche di campionamento», *ivi*, pag. 851.

ossia prima del deposito del piano e dell'attestazione. L'attestatore non dovrà cioè esprimere le sue valutazioni dopo la redazione del piano nella sua completezza ma sarà, ancora una volta, chiamato a farlo sulla base di un giudizio prognostico sul complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa.

L'affermazione della "volontà pura" degli imprenditori, la sublimazione del proposito astratto di formulare una proposta ai creditori – anche la più fantasiosa e velleitaria, che consente di beneficiare di una protezione non secondaria se l'alternativa è l'esecuzione forzata dei creditori o la dichiarazione di fallimento con, sovente, le sue appendici civili e penali – si è realizzata con il concordato in bianco, a fronte di nessun contrappeso, di nessuno meccanismo in grado di condizionare la gestione dell'impresa al di là della nomina del commissario giudiziale. Volontà pura che, diversamente da quanto si riferirà a proposito del *Chapter 11* e dell'*Administration*, il legislatore italiano ha ritenuto meritevole di sdoganamento sulla base del minimo 'obolo' rappresentato dai bilanci degli ultimi tre esercizi, dall'elenco dei creditori e dalla cauzione per il compenso del commissario. Scriveva bene Paolo Montalenti, all'indomani del varo dell'istituto, «vi è il forte rischio di innescare un circolo vizioso: presentazione di istanze di concordati in bianco, non già in assenza di una documentazione completa, bensì di ogni valutazione sulla ragionevolezza di una previsione di recupero dell'impresa, con l'unico scopo di procrastinare la dichiarazione di insolvenza»²⁸.

Un diritto così concepito – che porta alle estreme conseguenze il fenomeno, trattato nelle profonde pagine di Natalino Irti²⁹, della incalcolabilità del diritto, deprecabile per il capitalismo – ha inevitabilmente indotto la giurisprudenza di merito – cui spetterebbe il compito di decidere per fattispecie e non per valori – ad affermare che «nell'ipotesi in cui la proposta di concordato preventivo preveda, come condizione per la riuscita del piano, l'avverarsi di eventi futuri ed incerti, questi dovranno essere compiutamente valutati dall'asseveratore, il qua-

²⁸ P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, («Riv. soc.», 2013, pag. 70): «prassi censurabile che rischia di indurre un atteggiamento prevenuto della magistratura, in particolare in relazione alla scriminante penale (cfr. art. 236 l. fall.)», sottolineando la necessità di una «cultura aziendale e professionale orientata ad un'applicazione corretta di istituti che presuppongono razionalità e rigore anziché corrive e abusive distorsioni delle regole ma anche nell'applicazione equilibrata da parte dei giudici di strumenti che disciplinano una materia complessa».

²⁹ Per N. IRTI (*Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016, pag. 3): «la calcolabilità è un fattore costitutivo del capitalismo».

le dovrà esprimere un giudizio di verosimiglianza in ordine al fatto che quegli eventi possono in futuro realmente realizzarsi»³⁰. Non senza aver mancato di riconoscere che la valutazione del professionista, «pur espressa secondo la propria perizia ed esperienza e pur articolandosi in una congettura, deve tuttavia esprimere una prognosi seria di adempimento»³¹, e che il concordato in continuità «presenta notoriamente un grado di aleatorietà ed un rischio maggiore del concordato liquidatorio, per il carattere tipicamente prognostico delle valutazioni poste a fondamento dell'elaborazione di un business plan, ed il pericolo che le risorse a disposizione dei creditori concorsuali siano erose dalle obbligazioni contratte nell'esercizio dell'impresa»³².

Criticità che la Suprema Corte³³ – anch'essa pienamente consapevole del carattere prognostico e congetturale delle valutazioni che la giurisprudenza è chiamata a formulare sulla fattibilità del piano – ha puntualmente segnalato, quando ha riconosciuto che l'analisi di tale fattibilità «comporta rilievi di carattere prognostico, per loro natura opinabili e suscettibili di errore»³⁴; oppure quando ha preso atto di valutazioni prognostiche fisiologicamente opinabili e comportanti un margine di errore, nel che è insito anche un margine di rischio del quale è ragionevole siano arbitri i soli creditori, in coerenza con l'impian-

³⁰ Trib. Roma, 16.12.2015, in «De Jure».

³¹ Trib. Savona, 25.11.2015, *ibidem*.

³² Trib. Trento, 6.07.17, *ibidem*.

³³ Cass., SS.UU., 23.01.2013, n. 1521, *ibidem*. Ex multis, P. VELLA, *L'affinamento della giurisprudenza di legittimità dopo le Sezioni Unite sulla "causa concreta" del concordato: ha ancora senso la distinzione tra fattibilità giuridica ed economica?*, in «Fallimento», 2015, pag. 438; C. CAVALLINI, *Dalla crisi alla conservazione dell'impresa nelle ultime riforme fallimentari: uno sguardo d'insieme tra novità della legge e statuizioni della Suprema Corte*, in «Riv. soc.», 2013, pag. 762. Ma si veda, recentemente, Cass., 9.03.2018, n. 5825, «Giur. Comm.», II, 2018, pag. 823, per un'opportuna valorizzazione «dell'adeguatezza dell'informazione che viene fornita ai creditori, proprio al fine di consentire a questi ultimi un'espressione libera e consapevole del voto».

³⁴ Cass., 6.11.2013, n. 24970, *ibidem*. La giurisprudenza si sforza di attenuare le componenti prognostiche del dettato normativo e, in taluni casi, come con riferimento all'art. 161, comma 2, lett. e) – secondo il quale il debitore che propone il concordato deve indicare le utilità che si obbliga ad assicurare a ciascun creditore – ha precisato che «il termine 'assicurare', pur non potendo essere inteso nel senso di 'garantire', seppur relativo a valutazioni prognostiche, non si identifica con una mera previsione probabilistica; la disposizione contenuta nel quarto comma del citato articolo 161 deve, pertanto, essere letta nel senso che in ogni caso il debitore deve proporre 'fondatamente' il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari», così, Trib. Pistoia 29.10.2015, in *Il Caso.it*.

to generale prevalentemente contrattualistico dell'istituto del concordato»³⁵. Il controverso distinguo tra fattibilità giuridica del piano concordatario, intesa come incompatibilità del piano con norme inderogabili, e fattibilità economica, intesa come realizzabilità in concreto del medesimo – profili che l'ultimo legislatore ha confermato, attribuendone l'ardua verifica al Tribunale -, non ha, infatti, impedito ai giudici di legittimità di rilevare che «la valutazione della fattibilità economica del piano concordatario è intrisa di valutazioni prognostiche, fisiologicamente opinabili e comportanti un margine di errore, nel che è insito anche un margine di rischio, del quale è ragionevole che siano arbitri i soli creditori»³⁶. «[...] Rimane riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito del detto giudizio, che ha ad oggetto la probabilità di successo economico del piano ed i rischi inerenti»³⁷.

'Aleatorietà', «valutazioni prognostiche fisiologicamente opinabili», “margin di errore”, sono elementi e condizioni che non dovrebbero caratterizzare una procedura di risanamento e ristrutturazione dell'impresa ed appaiono incompatibili con gli interessi che essa è chiamata a regolare. Anziché rendere i creditori o i giudici arbitri di valutazioni prognostiche e fisiologicamente opinabili, il diritto della crisi d'impresa dovrebbe prevedere la predisposizione di piani fondati su una già dimostrata capacità dell'impresa di ristrutturarsi (resa possibile dalla protezione accordata dall'”*automatic stay*”) e di rinegoziare la propria debitoria con quegli stessi creditori, successivamente chiamati ad approvare un percorso di risanamento avviato (il c.d. “*confirmation plan*” del *Chapter 11*) che, dunque, riduca al minimo ogni elemento di incertezza e di rischio.

³⁵ Cass., 6.11.2013, n. 9785, *ibidem*.

³⁶ Cass., 22.05.2014, n. 11423, *ibidem*. Ed, ancora, più recentemente, quando ha affermato che «nel concordato preventivo, soltanto una preventiva indicazione in seno alla proposta concordataria del novero e dell'ammontare dei debiti di massa consente ai creditori ammessi al voto di compiere le necessarie valutazioni sulla sua convenienza e di formulare una ragionevole prognosi sulle possibilità di effettivo adempimento», Cass., 8.02.17, n. 3317; Per Trib. Asti, 29.03.13 «Sono i creditori che devono assumersi i rischi attinenti la concreta realizzazione degli interessi così come prospettata dal debitore, concreta realizzazione che può dipendere da sviluppi imprevedibili del mercato ovvero da errori prognostici sempre possibili, data l'opinabilità delle prospettazioni economicistiche».

³⁷ Cass., 13.03.2015, n. 5107, in *Il Caso.it*. La controversa distinzione tra fattibilità economica e giuridica ed il conseguente dibattito sono ricostruiti da M. SPIOTTA, *I giudici si riappropriano della loro basilare funzione*, nota a Cass., 9.03.2018, n. 5825, (nt. 34).

Questo “diritto della prognosi” ha indotto la dottrina a chiarire che la verifica e l’indicazione, da parte del professionista, del “complessivo fabbisogno finanziario dell’impresa sino all’omologazione” – come richiesto dal citato primo comma dell’art. 182-*quinquies* l. fall. – fa evidentemente riferimento ai costi e ai ricavi attesi dalla prosecuzione dell’attività d’impresa: «Il professionista dovrà quindi verificare le risorse finanziarie necessarie a traghettare l’impresa sino all’omologa e le relative modalità di copertura»³⁸. È evidente che il calcolo dei ricavi attesi da un’impresa in crisi si risolve in un’attività estremamente aleatoria, che deborda nell’azzardo, implicando una verifica finanziaria pressoché impossibile che, dunque, rende inevitabilmente poco affidante il giudizio di funzionalità del finanziamento.

È palese, insomma, che il legislatore di questa lunga stagione di riforme, terminata con il Codice della crisi e dell’insolvenza, collocando il concordato preventivo in una dimensione marcatamente prospettica, diacronica e previsionale – con tutte le ricadute che ciò può avere sull’elevata rischiosità dell’avveramento dei fatti e delle condizioni – senza prevedere adeguati strumenti di intervento sulla gestione dell’impresa né, per i creditori, di alcuna leva di condizionamento dell’avvio della procedura e del suo svolgimento, abbia abdicato ad assolvere alla funzione che ha caratterizzato la formazione dell’ordinamento giuridico dell’economia dal Codice Civile in poi. Ossia la funzione di tutelare, in ossequio al canone della prudenza e della solidarietà, la parte debole – in questo caso sotto il profilo informativo – di una negoziazione; e non c’è dubbio che tali siano i creditori, come opportunamente, solo di recente, ha segnalato la Suprema Corte³⁹ – compiendo, sotto questo profilo, un grande passo avanti rispetto alle citate SS.UU. del 2013 – evidenziando la notevole asimmetria informativa che caratterizza il rapporto col debitore, segnatamente allorché a quest’ultimo è consentito di proporre soluzioni spesso estremamente sofisticate di negoziazione della crisi.

³⁸ G. B. NARDECCHIA, *Sub. art. 182-quinquies*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da G. LO CASCIO, Ipsoa, Milano, 2013, pag. 2224.

³⁹ Cass., 9.03.2018, n. 5825 (nt. 34), al fine di «consentire ai creditori un’autotutela informata», come ha chiosato M. SPIOTTA, *I giudici si riappropriano della loro basilare funzione*, cit., (nt. 34), affidando al giudice non la valutazione del merito della relazione attestatrice ma la «sua comprensibilità ed intelligibilità». Sulla funzione dell’informazione nella tutela dei creditori, cfr. M. BROUWER, *Reorganization in US and European bankruptcy law*, in «European Journal of Law and Economics», 2006, v. 22, pag. 5, per la quale: «*Bankruptcy law would be superfluous, if each creditor would be fully informed on the future financial situation of the debtor at the time the contract was signed*».

Invero, diversamente da quanto storicamente avvenuto in altri settori dell'ordinamento, come nel diritto delle banche e dei mercati finanziari – emblematici sotto questo profilo – dove il livello di imperatività delle norme è andato crescendo proprio in ragione della endemica asimmetria informativa che connota il risparmiatore, l'attuale legislazione della crisi d'impresa, anche alla luce della più recente riforma, si continuerà a connotare:

- a) per non impedire che i creditori siano chiamati ad esprimersi sulla base di valutazioni compiute da professionisti costretti ad effettuare giudizi di verosimiglianza e di prognosi suscettibili di errori, intrisi di valutazioni prognostiche;
- b) per attribuire soltanto all'imprenditore, non anche ai suoi creditori, il potere di provocare l'ingresso del primo nel concordato preventivo;
- c) per non contemplare, neppure nei casi di più eclatante inadeguatezza del *management* della società debitrice, sovente responsabile della crisi, una sia pur parziale discontinuità gestionale.

Le riflessioni della dottrina economica più attenta a considerare gli obiettivi prevalenti che andrebbero perseguiti da ogni legislazione concorsuale segnalano il ruolo tutt'altro che secondario spettante ai creditori nella ristrutturazione dell'impresa in crisi: «*Reorganization preserves value if general creditors, as the main beneficiaries of reorganization, play a crucial role in reorganization proceedings*»⁴⁰. Un diritto della crisi d'impresa che, viceversa, subordina il buon funzionamento di istituti concorsuali ad elementi astratti e ad indici imponderabili della realtà economica ed aziendale – affidandone l'improbabile previsione a professionisti e la valutazione a creditori poco informati (poco cambierà se saranno i giudici) – è, richiamando nuovamente la felice espressione di Irti, un "diritto incalcolabile". Un diritto che, alla stregua di altri settori dell'ordinamento, abdica ai principi della razionalità e della certezza e che, dunque, "sta fuori dalle aspettative di qualsiasi tipo di capitalismo"⁴¹, la cui "razionalità giuridica è [invece] in questa calcolabilità, in questa possibilità di prevedere le *chances* di future decisioni, «al pari del funzionamento di una macchina»⁴².

⁴⁰ M. BROUWER, *Reorganization in US and European bankruptcy law*, cit., pag. 5 (nt. 40).

⁴¹ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile* cit., pag. 53 (nt. 34).

⁴² *Ivi*, pag. 50, richiamando il pensiero di Max Weber.

4. *La falsa ispirazione al Chapter 11*

Il secondo vizio di fondo del concordato preventivo, soprattutto nella sua variante con riserva, si rivela d'ispirazione. Se, infatti, il legislatore italiano ha inteso valorizzare l'autonomia negoziale nella gestione della crisi, prendendo a modello il *Chapter 11*, bisogna ammettere che lo abbia fatto in misura ridottissima e con scarsa perizia. Guardando, infatti, ad alcuni punti cardine del *Chapter 11* – che si caratterizza per essere la più risalente e collaudata disciplina di valorizzazione dell'autonomia privata nella gestione della crisi (introdotta nel 1938 con il *Chandler Act*, modificata nel 1978 dal *Bankruptcy Reform Act*) – si scopre che le poche assonanze svaniscono rispetto alle molte divergenze. Che, contrariamente alla disciplina italiana, la procedura di salvataggio nordamericana – che, per certi versi, presenta maggiori assonanze con gli accordi di ristrutturazione dei debiti, pur restando netta la differenza – si distingue per un equilibrato dosaggio di momenti di autonomia negoziale e di momenti in cui, a prevalere nettamente, sono le disposizioni imperative. A cominciare dall'idea di fondo posta a base della disciplina statunitense – del tutto sfuggita al nostro legislatore che dimostra di non averla, neppure per grandi linee, approfondita – che, come si anticipava, non riposa affatto sul principio del «salvataggio a tutti i costi», dell'organismo produttivo – verso il quale, invece, mostrano una fede dogmatica i ripetuti interventi italiani – bensì su una rigorosa verifica delle obiettive prospettive di salvataggio dell'impresa. Non diversamente da quanto accade in altre legislazioni, attente alla valutazione delle ragioni della crisi, vuoi di mercato, vuoi di colpevole gestione dell'impresa. Distinguo, per esempio, opportunamente fatto proprio dal legislatore fallimentare spagnolo del 2014 che impone al tribunale di stabilire se il 'concurso' sia 'fortuito' o 'culpable', con rilevanti conseguenze, in questo secondo caso, sul piano della responsabilità degli amministratori.

Il *Chapter 11*, come del resto l'*Administration* nel Regno Unito, sono procedure funzionali sia alla conservazione del valore del "going concern" – cioè alla massimizzazione del valore dell'attività, «so that more value is available for the repayment of the creditors»⁴³ -, sia all'esclusione dal mercato di imprese inefficienti che non costituiscono un bene per l'economia, per i lavoratori, per le comunità e per coloro che con esse entrano in rapporti contrattuali. In guisa di vero e

⁴³ J. WARREN, *Chapter 11: reorganizing American business*, Wolters Kluwer, New York, 2008, pagg. 12, 15.

proprio contrappeso, a fianco a strumenti volti a favorire la risoluzione negoziata della crisi, esistono, nel *Chapter 11*, previsioni dirette ad eliminare le imprese «*that cannot – and should not – survive on a going-forward basis*», o i cui costi di ristrutturazione appaiano troppo elevati⁴⁴.

L'obiettivo del salvataggio “a tutti i costi” non caratterizza neppure l'inglese *Administration* se, nella letteratura di quell'ordinamento, con riferimento agli obiettivi assegnati all'*Administrator*, si afferma che quest'ultimo «*is not obliged to rescue the company at all costs*»⁴⁵. Che l'efficienza delle «*rescue procedures*» dipende dalla loro capacità «*to decline to save hopeless companies*» e di consentire al mercato di riallocare rapidamente le risorse verso utilizzi più produttivi⁴⁶.

A risultare profondamente diversa rispetto al concordato italiano è, dunque, l'impostazione di fondo delle due procedure angloamericane⁴⁷ nelle quali, in diversa misura, lo spazio di manovra, di decisione e persino di iniziativa dell'imprenditore, o degli amministratori della società nell'accedere alle stesse (è il caso, in particolare, dell'*Administration*), sono estremamente ridotti, se non assenti. A base di entrambe v'è la convinzione che il salvataggio dell'impresa debba implicare «*drastic actions that will almost inevitably entail changes in the management, financing, staffing or modus operandi of the company*»⁴⁸. Trattasi di procedure che non lasciano il *management* dell'impresa in crisi in una posizione di esclusività, né di predominio, come accade nel concordato preventivo italiano; e ciò con

⁴⁴ «*Leaving inefficient businesses intact is no help to the economy or ultimately to the employees, communities, and partners who do business with them*», *ivi*, pag. 15 (nt. 44). Considerazioni di cui si è mostrata perfettamente consapevole la dottrina italiana quando, a proposito delle eccessive aspettative che si appuntavano attorno alle soluzioni negoziate della crisi, scriveva che: «*il recupero dell'impresa non è garantito; i principi dell'economia di mercato impongono l'espulsione dell'impresa irreversibilmente insolvente*», P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, cit., Cambridge University Press, pag. 72 (nt. 29).

⁴⁵ V. FINCH, *Corporate insolvency law. Perspectives and principles*, Cambridge, 2009, pag. 383.

⁴⁶ K. LIGHTMAN, *Voluntary administration: the new wave or the new waif in insolvency law?*, in «*Ins. Law Journ.*», 1994, pag. 59.

⁴⁷ Sulle affinità e divergenze tra le due procedure, v. l'ampia indagine di G. McCORMACK, *Corporate rescue law. An Anglo-American perspective*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2008, per il quale le seconde si sarebbero andate riducendosi negli ultimi anni, per effetto di un avvicinamento del *Chapter 11* all'*Administration*. Dello stesso Autore v. anche *Apples and oranges? Corporate rescue and functional convergence in the US and UK*, in «*Int. Insolv. Rev.*», 2009, pag. 109.

⁴⁸ V. FINCH, *Corporate insolvency law. Perspectives and principles*, cit., pagg. 243, 244 (nt. 46).

riguardo a tre momenti decisivi: a) la decisione sul “se, quando e a che condizioni” ricorrere a tali procedure, consentendo un ampio spettro di intervento ai creditori; b) la formulazione della proposta e del piano ai creditori; c) la gestione dell’impresa.

Con l’accesso alla procedura di ristrutturazione, infatti – ed è questo l’effetto relevantissimo che accomuna le due procedure di *Common Law* –, ha luogo un cambiamento profondo – variabile nel diritto americano, lineare e netto per il diritto inglese – nella titolarità della gestione dell’impresa in continuità. Una vera e propria discontinuità dell’imprenditore nella continuità dell’impresa che nella legislazione britannica fa sì che, una volta ammesso all’*Administration*, l’imprenditore sia persino privato della scelta tra la riorganizzazione dell’impresa e la liquidazione dei beni e non sia certamente il medesimo a poter formulare la proposta ai creditori.

Insomma, il dato di fondo che nel *Chapter 11* e nella *Administration* reclama adeguata riflessione – e che va rimarcato al fine di far chiarezza sulle presunte radici angloamericane del nostro concordato preventivo – è che l’imprenditore che ad esse accede cessa definitivamente di essere il protagonista della sua impresa, la quale risulterà sempre più attratta nell’orbita di influenza dei creditori (segnatamente di quelli privilegiati nel diritto inglese) e, soprattutto, dei professionisti che assumeranno le leve del comando (esito questo non univoco nel *Chapter 11*), con le quali eserciteranno la gestione ordinaria e straordinaria dell’impresa, adottando decisioni in grado di segnare il destino della “*rescue procedure*”.

5. (Segue): *Il possibile mutamento della gestione dell’impresa nel Chapter 11: la Bankruptcy estate, il Trustee in bankruptcy, l’Examiner.*

Una prima significativa differenza del *Chapter 11* rispetto al concordato preventivo, si riscontra nelle condizioni di apertura della procedura. La legittimazione è attribuita sia all’impresa sia ai suoi creditori attraverso la “*involuntary petition*” di cui alla § 303⁴⁹; in questo secondo caso lo strumento consentendo

⁴⁹ La norma prevede che se l’impresa debitrice ha meno di dodici creditori è sufficiente un solo creditore a provocare l’apertura della procedura, mentre se ne ha di più la legittimazione è raggiunta se la richiesta proviene da almeno tre creditori rappresentanti crediti scaduti per non meno di \$15.775.

una tempestiva emersione dei segnali di crisi.

Nell'ipotesi che sia l'imprenditore a fare istanza di accesso al *Chapter 11*, la disciplina non si limita a richiedere la presentazione, o la prenotazione, di una proposta e di un piano. A tale traguardo l'imprenditore americano giungerà solo dopo il superamento di due fasi cruciali, spesso traumatiche, ignote alla disciplina italiana, e cioè: a) a seguito di un mutamento della natura giuridica dell'impresa, talvolta accompagnato dalla perdita del potere di gestione per gli amministratori⁵⁰ (profilo, quest'ultimo, che caratterizza marcatamente l'*Administration*, come si dirà); b) a seguito di una pervasiva ristrutturazione della sua impresa.

Se, infatti, lo scrutinio di ammissione al *Chapter 11* è pressoché inesistente, affidato ad una ricezione della documentazione da parte della cancelleria della Corte, estremamente rigidi sono, viceversa, i passaggi successivi, concepiti per costituire una remora ed un freno a domande poco serie e poco ponderate o, comunque, fondate su previsioni aleatorie o eccessivamente ottimistiche. Il primo effetto della presentazione della domanda, ricaduta diretta della profonda ristrutturazione che l'impresa si appresta ad affrontare, è la penetrante informativa dei più intimi dati aziendali e contabili dell'impresa che diverranno di dominio pubblico attraverso la loro messa a disposizione del mercato, mediante la veicolazione *online*. Accade poi di sovente che il Tribunale richieda al debitore ulteriori dati ed informazioni che possono riguardare persino le comunicazioni tra il debitore e i suoi professionisti, di regola coperte da assoluta riservatezza. Ciò in ossequio ad un principio cardine di quella legislazione, secondo il quale per l'imprenditore che accede alla procedura protettiva del *Chapter 11* non c'è area di riservatezza che tenga, ed il suo passato aziendale deve essere completamente messo a disposizione del mercato. Primo elemento di notevole distinzione rispetto alla disciplina italiana.

Il secondo effetto dell'accesso al *Chapter 11* sta nella oramai nota "*automatic stay*", cioè nell'ombrello protettivo per l'impresa che si pone al riparo rispetto a qualsiasi azione dei creditori nei confronti dei propri beni. A fronte di tale vantaggio – ed ecco il terzo effetto che segna una sensibile differenza rispetto alla disciplina italiana – si realizza il trasferimento di tutti i diritti e i rapporti dell'impresa a favore di una vera e propria "nuova entità giuridica", rappresentata dalla c.d. "*bankruptcy estate*". Dal momento della presentazione dell'istanza di ammissione, l'impresa in crisi perde la titolarità dei diritti e dei rapporti che

⁵⁰ J. WARREN, *Chapter 11: reorganizing American business*, cit., pag. 25 (nt. 44).

vengono assunti dalla nuova entità. Si realizza un loro “subingresso” nella “protezione del diritto fallimentare federale”. Da quel momento, senza alcun preliminare vaglio giudiziario, tutte le pretese dei creditori diventano pretese verso la “proprietà” della procedura. È un momento cruciale per l’impresa, che segna una netta separazione tra il prima ed il dopo, allorquando tutti i vantaggi e gli oneri della procedura si appunteranno in capo a questa nuova entità giuridica – anche se non sarà nominato un *Trustee in bankruptcy* e l’organo amministrativo conserverà la gestione dell’impresa – la quale avrà il compito di massimizzare il valore dei diritti nell’interesse della collettività dei creditori.

Tale effetto procura una profonda alterazione del rapporto tra il debitore ed i suoi creditori, rappresentata, appunto, dalla creazione di una sorta di “patrimonio destinato” del diritto concorsuale, finalizzato alla preservazione dei beni e dei diritti dell’impresa in crisi e alla loro eventuale valorizzazione, attraverso la prosecuzione dell’attività d’impresa.

Sotto il profilo soggettivo, come si anticipava, la conseguenza più onerosa della “*bankruptcy estate*” per la proprietà e per il *management* dell’impresa – ed è questo uno dei punti che marca il maggior distacco dal concordato italiano – è data dai penetranti limiti imposti alla gestione dell’impresa, il ‘prezzo’ da pagare per conseguire il significativo vantaggio dell’ombrello protettivo rispetto all’aggressione dei creditori. Dal momento, infatti, dell’ingresso nella procedura, il *management* dell’impresa in crisi – se conserva il potere di gestione e non è questa l’unica ipotesi, come si sta per dire – diventa il *management* di un’altra entità, assume le vesti del c.d. *Debtor-in-possession* (DIP) che opera come vero e proprio *trustee* (54), avendone tutti i diritti, gli obblighi e, soprattutto, le responsabilità. Alternativamente, come si sta per dire, il giudice può nominare un *Examiner* “*who can investigate the debtor and the conduct of the debtor’s business affairs*”.

Se, invece, ricorrono circostanze particolari, tutt’altro che infrequenti, su istanza dei creditori che allegano l’esistenza di atti in frode, ma anche di mera negligenza o incompetenza e, comunque, quando lo richieda l’interesse dei creditori, il giudice ha facoltà di sostituire – e si consideri che ciò può accadere in una fase ben anteriore alla predisposizione del piano – l’organo di gestione dell’impresa con il c.d. *Trustee in bankruptcy*⁵¹, ai sensi della §1104. Previsione la quale espressamente dispone tale cambio ai vertici dell’impresa, da parte della Corte, «*for cause, including fraud, dishonesty, incompetence, or gross mismanagement of the*

⁵¹ *Ibidem*.

affairs of the debtor by current management», allorquando tale nomina sia «*in the interests of creditors, any equity security holders, and other interests of the estate*» ed ancora qualora la stessa venga richiesta da creditori disposti a finanziare l'impresa in crisi. Inoltre, la rimozione del DIP può intervenire ogni qual volta la Corte ritenga che la nomina di un *Trustee* corrisponda al migliore interesse dei creditori e dei soci.

È prevista invece la nomina dell'*Examiner*, sempre ai sensi della §1104, nei casi in cui, non ricorrendo i presupposti per la nomina del *Trustee*, la Corte ritenga parimenti utile che la gestione – che in questo caso prosegue a cura del vecchio *management* – sia sottoposta a scrutinio e, soprattutto, che i risultati della pregressa gestione siano investigati di fronte ad «*allegations of fraud, dishonesty, incompetence, misconduct, mismanagement, or irregularity in the management of the affairs of the debtor of or by current or former management of the debtor*» (cfr. §1104, 2. c). Nelle grandi procedure è sufficiente che lo chieda un creditore, nelle piccole se il giudice lo reputi utile nell'interesse dei creditori o dei soci. Tuttavia, anche quando la gestione dell'impresa permanga in capo all'originario organo di gestione si tratterà, pur sempre, di una posizione precaria, potendo i creditori, in ogni momento, chiedere al giudice la nomina del *Trustee in bankruptcy* ed essendo, comunque, gli amministratori soggetti alla vigilanza del *Trustee* governativo, chiamato a svolgere una più generale funzione di supervisione della procedura.

Tratti di disciplina che evidenziano, nitidamente, come l'accesso al *Chapter 11* determini per la proprietà/gestione dell'impresa un forte ridimensionamento del potere di amministrare e di disporre, se non addirittura la perdita di tali poteri e, per i creditori, un'accresciuta capacità di condizionamento del destino dell'impresa⁵².

6. (Segue) Il c.d. “reshaping” dell'impresa e la predisposizione del piano

Al sorgere della nuova entità giuridica (*Debtor in possession*), o al possibile mutamento soggettivo che interviene sul piano della gestione dell'attività d'impresa

⁵² Scrive, infatti, la J. WARREN, *Chapter 11: reorganizing American business*, cit., pag. 4 (nt. 44): «*A board may also consider the very real possibility that it will lose control of the business after a Chapter 11 filing. Creditors' immediate collection rights are sharply limited in bankruptcy, but the creditors' collective ability to direct the fate of the business increases dramatically*».

(*Bankruptcy Trustee*), segue la fase della sua “riconfigurazione” (il c.d. *reshaping*), per la quale il *Chapter 11* prevede ampi spazi di manovra e di intervento sui contratti in corso, ben prima, dunque, che si arrivi al “*confirmation plan*”. Prima di tale approdo, e dunque del voto dei creditori, l'imprenditore affronta la fase più difficile e rischiosa, dovendo operare quelle proposte e quelle negoziazioni con i suoi creditori – sempre sotto la vigilanza degli organi della procedura – che saranno decisive ai fini dell'approvazione, o meno, del piano: «*confirmation is the final settlement of the rights of the parties*»⁵³.

Il *Debtor in possession* o il *Bankruptcy Trustee* possono confermare i contratti in corso di esecuzione, scioglierli, cederli, ed agire rispetto a pagamenti preferenziali o fraudolenti, postergare taluni creditori, sempre sotto la vigilanza e l'autorizzazione del giudice che può negarla, soprattutto di fronte all'opposizione del contraente. Più precisamente, il *Debtor in possession* o il *Bankruptcy Trustee* hanno la facoltà di determinare quali dei contratti in corso diventeranno contratti dell'impresa risanata e saranno regolarmente adempiuti e quali, viceversa, si scioglieranno e le cui pretese residue saranno oggetto di pagamenti percentuali della proposta concordataria. Hanno inoltre facoltà di non riconoscere efficacia ai diritti di prelazione concessi quando l'impresa era in stato di crisi e di impugnare gli eventuali pagamenti effettuati in frode ai creditori. Effetti che possono apparire contraddittori se non si riflette adeguatamente sulla circostanza che l'impresa nel *Chapter 11* è, come si è appena detto, un'impresa diversa da quella che era prima dell'ammissione.

La misura di esercizio di tali poteri del debitore è in relazione alle obbligazioni esistenti e, soprattutto, alla nuova configurazione che egli confida di dare all'impresa, in vista del piano che sarà sottoposto al voto dei creditori. Trattasi di poteri che mettono subito alla prova la volontà e direi, soprattutto, la capacità dell'imprenditore in crisi di ristrutturarsi, ridisegnando i rapporti tra la nuova entità e i creditori.

In tale riconfigurazione dell'impresa rientrano anche le cessioni di rami d'azienda non produttivi, sempre dietro autorizzazione del giudice, al quale compete l'individuazione del giusto equilibrio rispetto a cessioni che rischino di alterare eccessivamente il complesso aziendale, in mancanza di un piano non ancora approvato dai creditori. Una sostanziale riconfigurazione dell'impresa – se si vogliono nutrire speranze di approvazione del piano – sarà sempre, in qualche misura,

⁵³ *Ivi*, pag. 134.

inevitabile. Passando alla predisposizione del piano, esso dovrà essere formulato entro 120/180 gg. Ma il tribunale può estendere questi termini fino a diciotto o venti mesi; arco temporale che dà la misura del tempo che occorre per strutturare qualcosa di adeguato. Ai sensi della sez. 1121, l'impresa, per il tramite del DIP, ha un diritto di esclusiva nella presentazione del piano entro i 120 gg. dall'inizio della procedura. Tuttavia, se la gestione dell'impresa è stata affidata al *Bankruptcy Trustee*, se l'impresa non ha presentato il piano nel suddetto termine o se non ha presentato un piano approvato dai creditori entro 180 gg., il *Trustee*, il comitato dei creditori oppure ciascun creditore hanno facoltà di presentare un loro piano concorrente. Prospettiva solo di recente introdotta nella nostra legislazione⁵⁴.

Per quel che riguarda l'approvazione del piano: a) i creditori sono, nel complesso, piuttosto tutelati: il *quorum* è duplice, di teste e di valore (dunque maggioranza di numero e di due terzi del valore dei crediti, come era per il nostro vecchio concordato); b) ma ciascun creditore – nonostante il noto “*cram-down*” rispetto alla contestazione della convenienza della proposta da parte dei creditori – ha il notevole potere di impedire l'approvazione del piano se questo non soddisfa taluni minimi *standards*, ancorché la maggioranza dei creditori sia favorevole. È quel che prevede la Sez. 1129, regolando il c.d. “*best interest test*”. Regola concepita affinché la riorganizzazione incrementi il valore dell'impresa, non lo diminuisca. Il piano non potrà mai essere approvato se non si presenta nel migliore interesse di ciascun creditore. In altri termini, se il piano non genera un valore pari a quello che si realizzerebbe con la liquidazione fallimentare, anche il singolo creditore dissenziente può impedirne l'approvazione. La regola del “*cramdown*” interviene per tacitare i creditori dissenzienti solo e a condizione che il piano consenta il soddisfacimento di tutti i creditori in misura non deteriore rispetto alla liquidazione e se, naturalmente, si presenta giusto e non discriminatorio⁵⁵.

Diversa, nella nostra legislazione, la previsione di cui al quarto comma dell'art. 180 l. fall., che ha introdotto l'opposizione all'omologazione, per ragioni inerenti alla convenienza della proposta, solo per il creditore appartenente ad una classe dissenziente e per i creditori dissenzienti che rappresentino almeno il 20% dei crediti ammessi al voto. L'opposizione del dissenziente semplice (che non arriva al 20%, né è componente di una classe dissenziente) può avere ad oggetto solo

⁵⁴ V. l'ampia indagine di M. RANIELI, *Prove di contendibilità nel concordato preventivo e fallimentare*, Cedam, Padova, 2017.

⁵⁵ J. WARREN, *Chapter 11: reorganizing American business*, cit., pag. 152.

la fattibilità del piano, non la sua convenienza.

Altra previsione di spiccata tutela dei creditori è costituita dalla c.d. “*absolute priority rule*”⁵⁶ che consente ai creditori chirografari di pretendere il pagamento integrale qualora il piano preveda un residuo rimborso destinato agli azionisti della società debitrice che, dunque, si confermano *residual claimants*.

C'è infine il giudizio di fattibilità che interviene anche nel caso di unanime adesione al piano. Ma è una fattibilità che il giudice americano⁵⁷ – e qui risiede, come si anticipava, la differenza più significativa rispetto al concordato preventivo italiano – è chiamato a valutare non prima dell'accesso alla procedura – sulla base, appunto, della prognosi sulle promesse e sulle buone intenzioni dell'imprenditore (costringendo a dispute defatiganti sulle previsioni e non sui fatti), corredate dall'attestazione di un professionista che certo indipendente non è -, bensì successivamente, sulla base della capacità oggettiva dell'impresa di aver avviato una ristrutturazione, negoziandola con i creditori che l'hanno evidentemente ritenuta idonea al superamento della crisi.

7. *L'attribuzione, nel diritto inglese, della gestione dell'impresa in crisi all'Administrator*

L'eventuale effetto, quasi ‘catartico’ per l'impresa, derivante dal *Debtor in possession* (vecchio *management*) o dall'attribuzione a terzi (*Bankruptcy Trustee* o *Examiner*) della gestione, caratterizza in modo più marcato, anzi ne costituisce il dato più qualificante, l'*Administration* del diritto inglese. Essa, infatti – ritenuta una «*rescue procedure, intended to 'save' a company in trouble, or at least to preserve any going concern value that its business might have*”⁵⁸ – non consente, contrariamente al *Chapter 11*», la continuità della precedente gestione, imponendo sempre il cambio al vertice dell'impresa. Ciò sulla base della premessa che, essendo la crisi sovente imputabile «*to a failure of management*»⁵⁹, responsabile «*for the com-*

⁵⁶ *Ivi*, pag. 156.

⁵⁷ Per un approfondimento del ruolo del giudice nel *Chapter 11* e delle istanze di riforma al riguardo, cfr. JACOBY, *What should judges do in Chapter 11?*, in «Univ. Ill. Law Rev», 2015, pag. 571.

⁵⁸ Così, J. ARMOUR, R. MOKAL, *Reforming the governance of corporate rescue: the Enterprise Act 2002*, in *ESRC Centre for Business Research*, University of Cambridge, Working Paper No. 289, 2004, pag. 6.

⁵⁹ Sir R. GOODE, *Principles of corporate insolvency law*, cit., pag. 394 (nt. 15), sottolienandolo tra

pany's financial difficulties»⁶⁰, il *management* è l'ultimo al quale andrebbe affidata la gestione dell'impresa in crisi, nel tentativo del suo salvataggio o della migliore liquidazione delle sue attività. Anzi, appare piuttosto radicata, in quell'ordinamento, la convinzione che la condizione essenziale per il salvataggio dell'impresa debba passare anche attraverso l'attribuzione ai creditori privilegiati (titolari di *floating charges*⁶¹) del potere di sostituire l'organo di gestione – al di fuori dell'intervento dell'autorità giudiziaria, come si sta per dire – con un “organo della crisi”, che ad essi debba rispondere e non più ai soci e che, soprattutto, consenta l'ingresso nella procedura “*before its financial position has become critical*”⁶².

Fu proprio la Commissione Cork, autrice dell'*Insolvency Act* del 1986, ad introdurre, insieme ad altre novità normative – tra le quali i *Company Voluntary Arrangements* (di cui si farà cenno come possibile sbocco dell'*Administration*) – la procedura di *Administration*, in attuazione di quella allora emergente “*rescue culture*” di cui si accennava, tesa a valorizzare il principio della riorganizzazione dell'impresa, nel tentativo di evitare la sua liquidazione, o di realizzarla, ma come *going concern*. Obiettivi di politica legislativa della crisi d'impresa familiare all'interprete italiano solo da alcuni anni.

Va anche detto che il risalente radicamento della cultura del salvataggio dell'impresa in crisi nel sistema britannico risiede nella diffusa convinzione che esso abbia serie probabilità di successo solo riconoscendo ai creditori un ruolo di primo piano, particolarmente propulsivo ed invasivo, attraverso il loro coinvolgimento diretto nella *governance* dell'impresa in crisi⁶³. Si discute, in quella letteratura, se il tentativo del salvataggio debba spettare, prevalentemente, ai creditori privilegiati o a tutti i creditori in quanto tali, ma certo è che l'idea di un risanamento dell'impresa in crisi che passi attraverso l'attribuzione ai suoi gestori delle leve propositive e decisionali è del tutto estranea al diritto concorsuale inglese. A favore di tale premessa di ordine concettuale depone l'idea che la discesa in

i punti di distinzione rispetto al *Chapter 11*.

⁶⁰ J. ARMOUR, R. MOKAL, *Reforming the governance of corporate rescue*, cit., (nt. 59) pag. 8. Il che, come notano gli Autori, non esclude che l'*Administrator*, in casi di evidente estraneità degli amministratori rispetto alle cause della crisi, possa loro riservare degli spazi di autonomia gestionale.

⁶¹ Sir R. GOODE, *Principles of corporate insolvency law*, cit., pag. 417 (nt. 15).

⁶² *Ivi*, pag. 391 (nt. 15).

⁶³ Per una sintesi dei termini del dibattito, v. J. ARMOUR, H. HSU, A. WALTERS, *Corporate insolvency in the United Kingdom: the impact of the Enterprise Act 2002*, in «ECFR», 2/2008, pagg. 152 ss.

campo dei creditori possa efficacemente contrastare la tendenza del *management* a ‘scommettere’ su un patrimonio posto dalla legge a garanzia dei creditori.

In effetti, l’esperienza di questi decenni segnala che molte imprese di quell’ordinamento hanno evitato la liquidazione grazie a tale procedura e, anche quando questa v’è stata, essa ha reso possibile «*the sale of the company as a going concern*»⁶⁴, oppure una più vantaggiosa realizzazione dei suoi *assets* ed una migliore soddisfazione per i creditori rispetto alla messa in liquidazione.

La *Commissione Cork* evidenziò che i propositi di salvataggio dell’impresa e di massimizzazione dei vantaggi per i creditori dipendono, soprattutto, dalla tempestività con la quale gli amministratori stessi – o, a certe condizioni, i creditori privilegiati o i chirografari (questi ultimi solo attraverso l’intervento della Corte) – chiedono la loro sostituzione con i professionisti della crisi. Soluzione che, per la dottrina inglese, costituisce un elemento di maggiore efficienza dell’*Administration* rispetto al *Chapter 11*, in quanto la sua mancanza nella procedura statunitense favorirebbe talvolta scelte opportunistiche degli amministratori, propensi a soluzioni di riorganizzazione – in grado di dare loro qualche *chance* di conservazione della carica – anche quando non ve ne siano le condizioni⁶⁵.

Accomuna invece l’*Administration* al *Chapter 11* l’assenza di qualsivoglia previsione che rimetta a valutazioni predittive, prognostiche la fattibilità della proposta ai creditori. Come si sta per dire, anche la disciplina inglese dispone l’immediato ingresso dell’impresa nella procedura, senza alcun vaglio preventivo in ordine al contenuto della proposta, che seguirà soltanto ad un netta discontinuità della gestione dell’impresa.

8. (Segue) *La conservazione “non a tutti i costi” dell’impresa in crisi*

Ai sensi del secondo comma della §8 dell’*Insolvency Act* del 1986 – così come emendato dall’*Enterprise Act*⁶⁶ del 2002 che diede ulteriore impulso alla già dif-

⁶⁴ R. GOODE, *Principles of corporate insolvency law*, cit., pag. 383.

⁶⁵ V. FINCH, *Corporate insolvency law. Perspectives and principles*, cit., pag. 401 (nt. 46), per la quale se gli amministratori «*opt for liquidation they face immediate replacement by an appointed trustee in liquidation. If the opt for reorganization they may remain in office*». Nello stesso senso, R. GOODE, *Principles of corporate insolvency law*, cit., pag. 394 (nt. 15) .

⁶⁶ Per un approfondimento della riforma volta a realizzare un maggior coinvolgimento nella procedura dei creditori chirografari, rispetto al predominio di cui godevano sino ad allora i

fusa “*rescue culture*”, introducendo ulteriori strumenti volti all’emersione anticipata della crisi – l’“*Administration order*” è il provvedimento giudiziale emesso su istanza degli amministratori, dei creditori privilegiati (*Qualifying floating charge*) o di chiunque dimostri semplicemente l’incapacità di adempiere dell’impresa – in base al quale «*the affairs, business and property of the company shall be managed by a person (the administrator) appointed for the purpose by the court*»⁶⁷. Anche in tal caso, l’ampia legittimazione a provocare l’apertura della procedura rappresenta un efficace strumento di allerta, in grado di indurre l’impresa ad adottare misure preventive sulla strada del risanamento.

La riforma del 2002 ha consentito che l’ingresso nell’*Administration* avvenga indipendentemente dall’intervento dell’autorità giudiziaria con il meccanismo c.d. dell’“*out of Court*”, su istanza della società, dei suoi amministratori o dei creditori titolari di *Qualified Floating Charge*. Questi ultimi sono legittimati ad agire attraverso un potere diretto di nomina dell’*Administrator* nella persona di un “*insolvency practitioner*”, allorquando naturalmente le condizioni del contratto di garanzia lo prevedano⁶⁸. Priorità che viene riconosciuta in ragione della ritenuta migliore capacità dei creditori di valutare le condizioni e la tempistica per sottoporre l’impresa ad una procedura che determina, come si diceva, conseguenze di notevole impatto – «*the process is expensive, the company undergoes an hazardous decapitation with its management replaced by an outsider*»⁶⁹ – e di negativa ripercussione sul mercato. È questa la ragione, legata a motivi reputazionali (segnatamente tra i creditori bancari), per la quale prevalgono i casi nei quali – nonostante la previsione di tale diritto, in capo al creditore privilegiato, di stimolare l’apertura della procedura – l’*Administration* abbia inizio su istanza

creditori privilegiati, cfr. J. ARMOUR, H. HSU, A. WALTERS, *Corporate insolvency in the United Kingdom: the impact of the Enterprise Act 2002*, cit., pag. 148 (nt. 64). Tra i principali obiettivi del legislatore britannico vi fu, infatti, la limitazione del potere dei portatori di *floating charge* nella nomina dell’*Administrator* e nell’abrogazione del loro potere di veto sull’apertura della procedura.

⁶⁷ V. FINCH, *Corporate insolvency law. Perspectives and principles*, cit., pag. 254, 255 (nt. 46): «*The Enterprise Act 2002 effected a significant change of stance by introducing a number of reforms that were designed to assist troubled companies and to do so by fostering a rescue culture*». Ma v. già BELCHER, *Corporate rescue*, Sweet § Maxwell, London, 1997.

⁶⁸ La priorità nell’indicazione dell’organo può valere anche allorquando l’istanza di nomina sia rivolta al giudice. Sul punto v. altresì J. ARMOUR, R. MOKAL, *Reforming the governance of corporate rescue*, cit., pag. 5 (nt. 59).

⁶⁹ *Ibidem*.

della stessa società e dei suoi amministratori, non volendo i creditori apparire responsabili al riguardo⁷⁰.

Disciplina che, indubbiamente, esprime un principio efficacemente definito di ‘deferenza’ mostrata dal diritto inglese verso i creditori privilegiati⁷¹, estremamente cauto nell’interferire con i loro diritti e con quelli “*holders of other legal rights*”⁷² e che pare ben collimare con un altro principio posto dalla Commissione Cork a base della procedura (e che segna un’altra differenza rispetto al *Chapter 11*). Ossia che l’*Administration* abbia come obiettivo la salvezza dell’impresa, non della società: «*l’interesse generale non sta nella conservazione o nella riabilitazione della società in quanto tale, piuttosto può identificarsi con una legittima preoccupazione alla conservazione dell’impresa*»⁷³, per quanto il perseguimento di entrambi gli obiettivi resti lo scenario ideale. È vero, infatti, che poiché tali interessi non sono sempre entrambi perseguibili, il legislatore inglese, di fronte all’alternativa tra il mantenimento in vita di una società «*in a damaged and irrecoverable state*»⁷⁴ e la sua dissoluzione, propenderà sempre per quest’ultima soluzione. Riemerge, con chiarezza, il rigetto del principio del salvataggio dell’impresa a tutti i costi.

Il principio di conservazione dell’impresa, piuttosto che del soggetto/società, è un altro elemento che differenzia il diritto della crisi inglese da quello americano. Mentre quest’ultimo attribuisce, prevalentemente, alle forze di mercato le ragioni della crisi – «*shareholders are seen as continuing to have stake in the enterprise deserving of at least some recognition*»⁷⁵ – nel diritto inglese prevale la concezione – almeno per l’*Administration* (pur sempre giudiziale) e diversamente dai *Company Voluntary Arrangements* – che vede nei soci, oltretutto negli amministratori, coloro la

⁷⁰ R. GOODE, *Principles of corporate insolvency law*, cit., pagg. 417- 418 (nt. 15).

⁷¹ *Ivi*, pag. 396 (nt. 15), sottolineando però gli interessi dei creditori “*as a whole*”.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ *Ivi*, pag. 397 (nt. 15), riportando un passaggio dei lavori della Commissione Cork, stando al quale: «*In the case of an insolvent company, society has no interest in the preservation or rehabilitation of the company as such, though it may have a legitimate concern in the preservation of the commercial enterprise*».

⁷⁴ *Ivi*, pag. 398 (nt. 15).

⁷⁵ *Ivi*, pag. 403 (nt. 15). L’unica previsione dell’*Insolvency Act* che riconosce ai soci un diritto nell’ambito della procedura è la § 74 dello Sch. B1, in base alla quale essi possono impugnare la proposta approvata dai creditori qualora dalla stessa essi possano ricevere un pregiudizio eccessivo. Diversamente, per il *Chapter 11* anche i soci sono titolari di posizione soggettive da tutelare sebbene subordinatamente a quelle dei creditori.

cui “*venality or incompetence*”⁷⁶ ha contribuito a generare la crisi; e la cui posizione, pertanto, non è degna di considerazione una volta apertasi una procedura di crisi.

Concezioni radicalmente distanti da quelle prevalenti nel diritto italiano, tradizionalmente attento a preservare la posizione dei soci e dei gestori anche nelle fasi più avanzate e critiche della crisi d’impresa, nonostante i recenti, timidi e circoscritti interventi volti a derogare, benché con obiettivi diversi dal diritto inglese (funzionali alla sola riuscita delle proposte di concordato concorrenti, come si sta per dire) – «*ad alcuni capisaldi del diritto societario, in particolare di quelli relativi alla struttura finanziaria e patrimoniale della società*»⁷⁷. Ci si riferisce, in particolare, a quelle norme che hanno inserito nella legge fallimentare nuove ipotesi di limitazione ed esclusione del diritto d’opzione nel caso di offerte concorrenti, di attribuzione al commissario giudiziale di poteri funzionali alla proposta di un concordato concorrente, di denuncia al Tribunale (anche da parte di terzi), finalizzata all’attribuzione al commissario giudiziale di poteri surrogatori rispetto al debitore inadempiente e di revoca dell’organo amministrativo e di nomina dell’amministratore giudiziario chiamato a dare esecuzione alla proposta. Disciplina che ha indotto certa dottrina a parlare, forse con eccessiva enfasi, di «*impressionante espropriazione dei diritti tipici e tradizionalmente conaturati alla proprietà societaria*»⁷⁸, di «*pervasiva invasione ad opera del diritto della crisi*»⁷⁹ nel diritto societario.

A rendere poco condivisibili tali ultime considerazioni – soprattutto alla luce dei principi dianzi esposti e del loro positivo impatto nei due ordinamenti oggetto della comparazione – è l’assioma che anche nel quadro di procedure volte a recuperare le imprese in crisi, i loro “*destini*” debbano restare «*nelle mani ultime dei soci, titolari del potere di deciderne gli assetti organizzativi e finanziari*»⁸⁰. Appare invece che la «*rivoluzionaria traslazione espropriativa di interessi e di diritti [...] a favore dei creditori sociali e dunque, in ultima analisi, del mercato stesso*»⁸¹ si riveli opportuna in taluni casi, ben al di là delle delimitate ipotesi della proposta di concordato concorrente. Tale traslazione di interessi e diritti non deve scandallizzare, sembrando piuttosto doveroso che essa intervenga non «*solo in presenza di*

⁷⁶ *Ivi*, pag. 399 (nt. 15).

⁷⁷ P. BENAZZO, *Crisi d’impresa, soluzioni concordate e capitale sociale*, in «Riv. soc.», 2016, pag. 243.

⁷⁸ *Ivi*, pag. 245 (nt. 78).

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ *Ivi* pag. 246 (nt. 78).

⁸¹ *Ivi* pag. 247 (nt. 78).

*uno stato di crisi conclamata*⁸², bensì pure nelle fasi anteriori all'emersione della crisi, la cui rilevanza in funzione dell'utilità di qualsiasi tentativo di risanamento è oramai un dato pacificamente ammesso. E ciò, per la ragione che solo così facendo – cioè sterilizzando taluni, pur fondamentali, diritti dei soci ed operando una discontinuità della gestione -, possono incrementarsi le *chances* di salvataggio dell'impresa, conferendosi efficienza all'esecuzione delle proposte concordatarie.

Nell'ordinamento inglese la questione non è se, e come, far cessare la precedente gestione, quanto se l'impulso sostitutivo debba spettare alle procedure concorsuali di ristrutturazione e di salvataggio e ai suoi organi, come quella che stiamo esaminando, o se invece debba essere assolto da una contrattazione *ex ante* tra impresa e creditori, che stabilisca l'allocazione dei diritti di controllo a favore di questi ultimi nel caso di crisi della prima. Opzione, quest'ultima, che caratterizzava, in particolar modo, l'*Administration* nella versione originaria, prima delle notevoli modifiche apportate dall'*Enterprise Act* del 2002. La logica che sottende la disciplina inglese si rivela espressione di una genuina valorizzazione dell'autonomia privata, tesa a valutare fino a che punto sia efficace, per il salvataggio dell'impresa, l'affidamento ai creditori del potere di negoziare con il debitore le modalità di *governance* dell'impresa in crisi e fino a che punto tale *governance* debba, invece, spettare agli organi di giustizia. Ma, in entrambi i casi, mettendo definitivamente in disparte i centri decisionali che hanno governato l'impresa *in bonis*.

Quale 'agent' della società, l'*Administrator* è dotato di vasti poteri «*in doing anything necessary or expedient for the management of the affairs, business and property of the company*»⁸³. Chiamato ad esercitare le sue funzioni – la cui durata di dodici mesi può essere prolungata di altri sei in caso di approvazione unanime dei creditori privilegiati e della maggioranza dei chirografari – «*as quickly and efficiently as is reasonably practicable*» l'*Administrator* è tenuto a perseguire l'obiettivo a) del salvataggio dell'impresa sociale nella sua continuità; oppure b) del conseguimento di un migliore risultato per i creditori (in termini di percentuale di soddisfacimento) rispetto a quello conseguibile in caso di scioglimento della società; oppure, in estremo subordine c) della liquidazione dei beni e alla distribuzione del ricavato ai creditori⁸⁴.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ *Enterprise Act*, Sch. B1, par. 59. Il par. 68 prevede che «*If the court gives directions to the administrator of a company in connection with any aspect of his management of the company's affairs, business or property, the administrator shall comply with the directions*».

⁸⁴ V. FINCH, *Corporate insolvency law. Perspectives and principles*, cit., pag. 382 (nt. 46).

Ampi ed articolati sono i poteri riconosciuti all'*Administrator* – taluni esercitabili solo su autorizzazione del giudice – prima che lo stesso formuli la proposta ai creditori. Inoltre, ed è questa un'altra profonda distinzione rispetto al concordato italiano, è l'*Administrator* ad avere il potere di formulare la proposta di riorganizzazione entro otto settimane dalla sua nomina e di sottoporla all'adunanza dei creditori entro le successive due⁸⁵. Se approvata essa diventa l'obiettivo da perseguire, modificabile solo nel caso in cui ottenga nuovamente il consenso dei creditori. La mancata approvazione apre invece all'intervento del Tribunale che valuterà ogni ipotesi, inclusa la cessazione della procedura. Ai sensi del §52, l'*Administrator* non sottoporrà la proposta ai creditori qualora riterrà che i) l'impresa sia solvibile; ii) che non vi siano le condizioni per soddisfare, in nessuna misura, i creditori chirografari; iii) che non sia perseguibile un risultato migliore da quello che si avrebbe con la liquidazione dell'azienda. Tuttavia, anche ricorrendo una di tali ipotesi l'adunanza dei creditori avrà luogo se un'istanza in tal senso provverrà dal 10% del valore dei crediti.

La proposta potrà anche risolversi in un "*Company Voluntary Arrangement*"⁸⁶ – nella forma di una «*composition in satisfaction of the company's debts*» o di un «*scheme of arrangement of its affairs*» – negoziato con i creditori e finalizzato o alla vendita dei beni e alla distribuzione del ricavato, oppure alla continuazione dell'attività d'impresa e all'estinzione progressiva della debitoria. Forme di composizione negoziale della crisi che mirano a conseguire soluzioni più vantaggiose rispetto alle procedure giudiziali che, se attuate nel corso di una *Administration*, vedranno l'organo della procedura occuparsi dell'esecuzione degli impegni assunti.

9. La responsabilità degli amministratori di società insolventi e l'efficacia deterrente della "Directors' disqualification" nel diritto Inglese

L'emersione anticipata della crisi d'impresa costituisce un punto critico e dibattuto in ogni ordinamento, di recente anche a livello comunitario, come conferma la proposta di Direttiva 2016 sulla ristrutturazione preventiva. Rappresenta, nel contempo, una sfida per le scienze aziendalistiche, chiamate ad elaborare i

⁸⁵ *Ivi*, pag. 426 (nt. 46).

⁸⁶ Procedura contemplata dal medesimo *Insolvency Act* del 1986, cui può ricorrere la società anche al di fuori dell'*Administration*.

criteri di individuazione del momento in cui la crisi manifesta i primi sintomi⁸⁷. È noto, infatti, che il ritardo col quale le imprese accedono alle soluzioni negoziate della crisi e al fallimento, sia una delle principali ragioni di incremento della perdita del valore aziendale e, nel contempo, una delle principali cause di insoddisfazione dei creditori.

Molti legislatori hanno previsto strumenti idonei a far sì che non appena l'impresa entri in crisi si realizzi un ispessimento dell'attenzione e della diligenza degli amministratori di società nel tener conto dell'interesse dei creditori⁸⁸. Soluzioni giustificate dalla considerazione che gli amministratori possono, mai come in quelle circostanze, tenere comportamenti opportunistici. Nella prospettiva di un possibile dissesto, essi sono tentati dall'azzardo di operazioni ad alto rischio, delle quali tratterranno il beneficio, in caso di esito positivo, e che si risolveranno in una maggiore perdita a carico dei soli creditori in caso di insuccesso⁸⁹. Quanto più il valore del patrimonio netto si riduce, più cresce la propensione degli amministratori verso una gestione poco oculata e conservativa del patrimonio che genera, inevitabilmente, esternalità.

Di qui l'obbligo degli amministratori di attivarsi per fronteggiare, tempestivamente ed efficacemente, le situazioni di crisi e per salvaguardare l'avviamento e, più in generale, i valori dell'attivo, monitorando la compatibilità delle politiche gestionali con la prospettiva della continuità aziendale⁹⁰. Diffuso è il divieto di

⁸⁷ La centralità che assumono gli strumenti contabili nella previsione del declino dell'impresa è messa recentemente ben in risalto da G. RACUGNO, *Crisi d'impresa delle società a partecipazione pubblica e doveri degli organi sociali*, «Giur. Comm.», 2018, I, pag. 196, il quale rileva come l'analisi di bilancio richieda «un costante monitoraggio della situazione contabile dell'impresa, mediante una distinzione dei conti destinati al calcolo del reddito e dei conti destinati al calcolo del capitale», pag. 198. Sui benefici economici della tempestività, cfr. E. BRODI, *Tempestiva emersione e gestione della crisi d'impresa. Riflessioni sul disegno di un efficiente "sistema di allerta e composizione"*, cit., pag. 6 (nt. 13).

⁸⁸ Per il sistema inglese, v. P. L. DAVIES, *Directors' creditor-regarding duties in respect of trading decisions taken in the vicinity of insolvency*, 2007, in <https://www.researchgate.net/publication/228236056>.

⁸⁹ *Ex multis*, A. MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber Amicorum Antonio Piras*, Giappichelli, Torino, 2010, pag. 836. Più recentemente, v. gli ampi contributi di F. BRIZZI, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, Torino, Giappichelli, 2015, pagg. 11 ss., e di A. M. LUCIANO, *La gestione della s.p.a. nella crisi pre-concorsuale*, Giuffrè, Milano, 2016.

⁹⁰ V., in particolare, R. SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in «Giur. comm.», I, 2014, pag. 306.

esercitare l'impresa sociale o di continuare ad esercitarla a danno di altri o a rischio di danno per gli altri, posto che un esercizio dell'impresa mancante di una prospettiva di continuità aziendale è destinato a pregiudicare i creditori⁹¹. Insomma, la valutazione dei possibili strumenti di sollecitazione giuridicamente rilevante, volti a fare emergere a tempo debito la situazione di crisi – inducendo gli amministratori ad intraprendere una gestione conservativa prima che sia troppo tardi – è, da tempo, tra gli obiettivi principali di ogni legislazione. Oggi anche di quella italiana che ha dato attuazione agli strumenti di allerta previsti dalla legge delega n. 155/2017 e alle norme societarie applicabili in caso di fondati indizi di crisi o di insolvenza⁹².

Tale obiettivo di imporre agli organi sociali l'adozione delle più opportune azioni per la salvaguardia del patrimonio sociale e la tutela dei creditori, soprattutto (ma non solo) allorquando l'impresa venga a trovarsi nella c.d. “*vicinity of insolvency*”⁹³, è perseguito da tutti gli ordinamenti europei⁹⁴ – persino da quelli più vicini al nostro, come il francese⁹⁵ e lo spagnolo⁹⁶ – ad eccezione dell'ordinamento italiano e di quello greco, anche attraverso l'istituto della “*disquali-*

⁹¹ A. MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, cit., pag. 834 (nt. 90).

⁹² O. CAGNASSO, *Il diritto societario della crisi fra passato e futuro*, «Giur. Comm.», 45, I, 2017, pag. 46.

⁹³ C. GERNER-BEUELER, P. PAECH, E.- P. SCHUSTER, *Study on Directors' Duties and Liabilities*, London School of Economics, 2013, <http://www2.lse.ac.uk/businessAndConsultancy/LSEEnterprise/Home.aspx>, 208. «*Particularly where directors have been involved in insolvent companies*», G. MCCORMACK, A. KEAY, S. BROWN, *European Insolvency Law. Reform and Harmonization*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2017, pag. 51.

⁹⁴ Ne evidenziano l'ampia diffusione G. MCCORMACK, A. KEAY, S. BROWN, cit., pagg. 51 ss. (nt. 94), fondata, come si dirà, su una varietà di presupposti applicativi, in prevalenza riconducibili ad illeciti compiuti in costanza di fenomeni di crisi e/o insolvenza. Per una puntuale analisi dell'istituto nei diversi ordinamenti, cfr. SORENSEN, *Disqualifying directors in the EU*, in *Nordic & European Company Law Working Paper*, No. 10-43, 2013, in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2358368, il quale segnala che la prima considerazione dell'istituto, sul piano del diritto societario dell'UE, sia avvenuta nell'ambito dei lavori condotti dall'*High Level Group of Company Law Experts* (c.d. *Winter Group*) nel 2002.

⁹⁵ Cfr. artt. L 653-2 and L 653-11 del Codice di Commercio «*allow the Court to disqualify the director from holding that office in any other company for a maximum term of 15 years*».

⁹⁶ Ai sensi dell'art. 172, 2°, delle disposizioni concorsuali, come modificate dalla l. 9 del 25 maggio 2015, «*the Court shall disable the persons affected by the classification of the insolvency as tortious, to administer the assets of others for a period of two to fifteen years, as well as to represent any person during the same period*»).

fiction”. Del tutto ignoto alla legislazione concorsuale italiana, poco o nulla considerato dalla letteratura comparatistica.

Muovendo dalla premessa secondo cui le sanzioni penali e le azioni di responsabilità contro gli organi sociali – lo segnalano, variamente, le principali esperienze straniere⁹⁷, a cominciare da quella inglese⁹⁸ – soffrono di gravi problemi di *enforcement*, intervenendo in ritardo e non assolvendo ad un’adeguata funzione deterrente, la ‘*disqualification*’, per la sua natura amministrativa, muta radicalmente la prospettiva. Attraverso il ricorso alla giurisdizione civile, essa costituisce un rimedio che, colpendo la capacità futura dell’ex amministratore di società insolvente di proseguire nella gestione di altre imprese, esercita una potente funzione dissuasiva rispetto a preordinate condotte di impermeabilità alle condanne risarcitorie.

La ‘*disqualification*’ comporta per amministratori e dirigenti di società fallite (e non soltanto, come si dirà), responsabili di determinati atti od omissioni, l’interdizione dalla carica di qualsiasi società e dall’esercizio dell’attività d’impresa per un determinato numero di anni che, in alcuni ordinamenti, come quello inglese, oscilla dai tre ai quindici. È un rimedio che realizza, dunque, un sostanziale allontanamento dal mercato di coloro che, attraverso condotte negligenti e depauperative del patrimonio sociale – sovente integranti un vero e proprio abuso della responsabilità limitata – abbiano causato o aggravato l’insolvenza, con la prosecuzione di un’attività che, in quanto priva di prospettive, abbia riversato sui creditori il costo del dissesto. Sanzione interdittiva che, per contro, la legislazione italiana conosce in modo esclusivamente ancillare all’eventuale condanna penale prevista per taluni reati fallimentari.

La ‘*disqualification*’ ha esordito nell’ordinamento norvegese nel 1984, due anni più tardi nel Regno Unito col *Company Directors Disqualification Act*, integrato da alcune disposizioni contenute nello *Small Business, Enterprise and Employment Act* del 2015 – ai quali si farà esclusivo e sintetico riferimento – di seguito in molte altre legislazioni. Come emerge dal Rapporto della Commissione Cork, autrice del primo provvedimento, la *disqualification* si prefiggeva lo scopo, prevalente, di attribuire maggiore effettività all’istituto del “*wrongful trading*” –

⁹⁷ C. GERNER-BEUERLE, P. PAECH, E.- P. SCHUSTER, *Study on Directors’ Duties and Liabilities*, *London School of Economics*, cit., pag. 207 (nt. 94).

⁹⁸ Lo rilevava, tra i tanti, P. L. DAVIES, *Principles of modern company law*, Sweet & Maxwell, London, 1997, pag. 679, riferendosi alle difficoltà «*to enforce the company’s rights vis-à-vis wrongdoing directors by way of traditional litigation in the civil courts*».

in cui possono incorrere, come si è appena riferito, gli amministratori di società che versano nella c.d. “*twilight zone*” – la cui prospettiva di condanna risarcitoria non impediva agli amministratori – responsabili di aver proseguito la gestione dell’impresa nella consapevolezza dell’irreversibilità della crisi – di reiterare le condotte illecite nella gestione di altre società. In una più ampia prospettiva, la *disqualification* si proponeva di contrastare «*l’abuso del privilegio della responsabilità limitata e promuovere sufficienti standards di probità e competenza*»⁹⁹.

Esprimendo, altresì, preoccupazione per il diffuso fenomeno dell’impossibilità degli amministratori e, quindi, dei deludenti risultati conseguiti per le procedure e per i creditori sociali – problemi che, come si è detto, affliggendo molti ordinamenti pregiudicano il *private enforcement* – la Commissione Cork ritenne la “*disqualification*” funzionale ad una più ampia moralizzazione del mercato¹⁰⁰ e ne sottolineò la funzione deterrente che, a distanza di tre decenni, risulta in linea con certi studi di frontiera sulle tecniche normative in grado di incidere sul comportamento dei soggetti che ricoprono posizioni apicali nelle società¹⁰¹.

La *disqualification* è collocata, nell’ordinamento inglese, «*at the heart of the corporate insolvency process*», come uno dei tre principali capisaldi – insieme al diritto penale dell’economia e al diritto della responsabilità civile – «*for the protection of the public from misconduct, in relation to companies*»¹⁰². La Commissione Cork ritenne

⁹⁹ R. GOODE, *Principles of corporate insolvency law*, cit., pag. 684 (nt. 15). Per meglio comprendere l’*humus* a base dell’introduzione della *disqualification* nell’ordinamento inglese – che ebbe la sua prima legge fallimentare nel 1542 -, e, più in generale, del modo di sentire ed interpretare il diritto della crisi d’impresa, sembra utile la lettura di una massima nel caso *Vinelott J stated in Re Stanford Services Ltd, 1987*: «*Una mancanza di probità commerciale certamente renderà un amministratore inadeguato ma sta di fatto che il pubblico ha diritto di essere protetto non solo rispetto alle attività di coloro che si rendono responsabili delle più diffuse violazioni della moralità commerciale, ma anche rispetto a colui che, attraverso una certa condotta amministrativa, non ha mostrato di apprezzare ed osservare quei doveri che attengono al privilegio di condurre un’attività d’impresa attraverso la protezione della responsabilità limitata*». Anche nella vicenda in *RE SEVENOAKS STATIONERS LTD (1991)*, i giudici di Appello giudicarono «*un amministratore inadeguato a gestire la società, ritenendo che non soltanto la disonestà ma anche una evidente incompetenza o negligenza possano bastare per tenerlo lontano dalla gestione di società*».

¹⁰⁰ «*Disqualification is targeted at those who abuse the privilege of limited liability. [...] It also seeks to promote and uphold wider notions of probity, competence and commercial morality*», così, WALTERS, DAVIS-WHITE, QC, *Directors’ disqualification & insolvency restrictions*, cit., pag. 29 (nt. 16).

¹⁰¹ C. HODGES, *Law and Corporate Behaviour*, Hart Publishing, Oxford, 2015.

¹⁰² A. WALTERS, M. DAVIS-WHITE, QC, *Directors’ disqualification & insolvency restrictions*, cit., pag. 24 (nt. 16).

che la legislazione concorsuale dovesse tener conto non solo del debitore e dei creditori ma altresì della società civile¹⁰³, in senso ampio. Ciò muovendo dall'importante premessa secondo cui la crisi e l'insolvenza non sono mai state considerate in quell'ordinamento una questione esclusivamente privata «*between the debtor and his creditors; the community itself has always been recognized as having an important interest in them*»¹⁰⁴. Tendenza apprezzabile che contraddistingue anche il diritto societario di quell'ordinamento, se pensiamo che, con una felice norma di apertura sui doveri degli amministratori, la sezione 172 del *Companies Act* del 2006 – che certamente si pone, sul punto, su una linea di assoluta avanguardia – stabilisce che questi, «nel promuovere il successo della società, per il beneficio dei suoi soci, tengano in considerazione a) le probabili conseguenze di ogni decisione nel lungo termine; b) l'interesse dei dipendenti; c) la necessità di migliorare i rapporti con i fornitori ed i clienti; d) l'impatto della gestione sociale sulla comunità e sull'ambiente; e) l'auspicabilità di una reputazione fondata su elevati standards di condotta gestionale; f) le necessità di agire con equità dei rapporti tra i soci»¹⁰⁵.

Tornando alla giurisprudenza sulla *disqualification*, appare interessante il frequente richiamo al mercato – espressione anch'esso di un interesse generale – e alla fiducia che in esso deve albergare, affinché tutti i soggetti e gli operatori possano sempre effettuare assunzioni ponderate dei rischi di investimento, di contrattazione etc.; laddove si ritiene che la '*disqualification*' favorisca tale fiducia, assicurando chi negozia con società, aventi soci a responsabilità limitata, che «amministratori inadeguati» (*unfit directors*) – «*those who have been so spectacularly unsuccessful*»¹⁰⁶ – non siano più coinvolti nella gestione delle società. Il perseverare della loro presenza minerebbe la fiducia nel mercato.¹⁰⁷

¹⁰³ E su questa scia la giurisprudenza che segue, v. In RE LO-LINE ELECTRIC MOTORS LTD (1988), «*The primary purpose of disqualification is not to punish the individual but to protect the public against the future conduct of companies by persons whose past records as directors of insolvent companies have shown them to be a danger to creditors and others*», Ch. 477, pag. 46.

¹⁰⁴ A. WALTERS, M. DAVIS-WHITE, QC, *Directors' disqualification & insolvency restrictions*, cit., pagg. 5-6 (nt. 16), per i quali c'è una piena convergenza attorno al fatto che «*the main objective of the CDDA is not primarily to punish miscreant directors but rather to protect the public from those who have acted improperly in the management of a company*» (*ivi*, pag. 29).

¹⁰⁵ Al riguardo, *ex multis*, v. le lucide ed approfondite riflessioni di MAYER, *Firm commitment. Why the corporation is failing us and how to restore trust in it*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pagg. 30 ss.

¹⁰⁶ Così, P. L. DAVIES, *Principles of modern company law*, cit., pag. 680 (nt. 99).

¹⁰⁷ «*If unfit directors were able to continue in business without the sanction of disqualification,*

Ma, a ben vedere, la disciplina della ‘*disqualification*’ va oltre la regolamentazione della crisi d’impresa, proponendosi di prevenire e reprimere condotte gestionali illecite ed irresponsabili – anche in ambiti speciali come il diritto della concorrenza e il diritto tributario – costituendo uno strumento normativo che ha significativamente plasmato lo sviluppo e l’applicazione del diritto che regola gli obblighi degli amministratori di società: «*Thus disqualification has become one of the principal means by which the general law of directors’ obligations is enforced*»¹⁰⁸. In particolare, anche grazie ad un’accorta interpretazione della giurisprudenza inglese, l’istituto si è rivelato un rimedio di contrasto efficace contro l’abuso della responsabilità limitata, la prosecuzione di gestioni non conservative, la proliferazione di società unipersonali sottocapitalizzate¹⁰⁹, le operazioni pregiudizievoli per i creditori, nonché contro il fenomeno delle c.d. “*phoenix companies*” – ossia delle società costituite, fraudolentemente, dalle ceneri di altre cadute in dissesto – ma anche per taluni illeciti non propri delle società in crisi, come gli eccessi di remunerazione degli amministratori e le falsità contabili.

Meritano notazione alcune massime del seguente tenore (la giurisprudenza è ricca sul punto), attente a rimarcare il senso e lo scopo del privilegio della responsabilità limitata – troppo spesso smarriti in alcuni ordinamenti come il nostro – da meritare con condotte che ne giustificano il godimento: «*The concept of limited liability and the sophistication of our corporate law offers great privileges and great opportunities for those who wish to trade under that regime*»¹¹⁰. L’ordinamento, prosegue la massima, esige che a tali privilegi ed opportunità corrisponda l’osservanza di regole concepite “*to protect creditors and shareholders*”, tra le quali, per esempio, enfasi viene prestata all’insolvenza di società dotate di contabilità irregolari: «*Those who persistently fail to discharge their statutory obligations in this respect can expect to be disqualified [...] from using limited liability*»¹¹¹.

would be undermined» (così, *Comptroller and Auditor General, Company Directors Disqualification – A Follow-up Report*, H.C. 424 (London: HMSO, 1999).

¹⁰⁸ A. WALTERS, M. DAVIS-WHITE QC, *Directors’ disqualification & insolvency restrictions*, cit., pag. 2 (nt. 16). «*Disqualification is essentially a legal response to misconduct*», *ivi*, pag. 4; «*It is clear that the CDDA is directed not merely at those who abuse the privilege of limited liability but broadly at those who act improperly in the management of companies and other entities*», *ivi*, pag. 41.

¹⁰⁹ Uno strumento volto, secondo la Commissione Cork, a «*severely penalising those who abuse the privilege of limited liability by operating behind one-man insufficiently capitalized companies*».

¹¹⁰ Così, *Re Grayan Building Services Ltd, Secretary of State for Trade and Industry v. Grey* (1995) Ch 241.

¹¹¹ *RE SWIFT*, pag. 736; *LTD, SECRETARY OF STATE FOR TRADE AND INDUSTRY V. ETTINGER*

Il nucleo centrale della disciplina della ‘*disqualification*’ è, dunque, rappresentato dal concetto dell’amministratore (di società divenuta insolvente) giudicato «*unfit to be concerned in the management of a company*», come recita la sez. 6 del CDDA. Tale valutazione non presuppone necessariamente una condotta dolosa, né la violazione dei “*fiduciary duties*”, potendo essere sufficiente una non conformità ai “*required standards of competence*”¹¹². Il punto è ben colto dalla giurisprudenza – che nel tempo ha elaborato una vasta casistica ed alcune linee guida oramai consolidate per le varie fattispecie rilevanti¹¹³ – per la quale il presupposto dell’emissione del provvedimento giudiziale di ‘*disqualification*’ risiede nell’accertamento di gravi inadempimenti degli obblighi dell’amministratore, compiuti deliberatamente o per incompetenza¹¹⁴: ossia in «*any misfeasance or breach of any fiduciary duty or other duty by the director in relation to the company*»¹¹⁵; «*culpability is not required in order to justify disqualification: mere incompetence will suffice*»¹¹⁶.

Al fine di escludere ogni forma di gestione anche indiretta, l’“*order of the Court*” impedirà all’amministratore (anche di fatto¹¹⁷) l’esercizio di poteri gestionali «*in any way, directly or indirectly concerned in the promotion, formation or management of a company*»¹¹⁸, senza l’autorizzazione dell’autorità giudiziaria. In numerosi casi, il grado della colpa è stato valutato in termini di “*commercial*

(1993), BCLC, pag. 896.

¹¹² A. WALTERS, M. DAVIS-WHITE QC, *Directors’ disqualification & insolvency restrictions*, cit., pag. 179, (nt. 16).

¹¹³ Per una cui esaustiva analisi, *ivi*, pagg. 201 ss. (nt. 18),

¹¹⁴ RE BATH GLASS Ltd (1988), 4 BCC, pag. 130.

¹¹⁵ Così in RE, LOOE FISH LTD (1993) BCLC 1160; RE GODWIN WARREN CONTROL SYSTEMS PLC (1993) BCLC 80; RE DOMINION INTERNATIONAL GROUP PLC (1996) BCLC 572.

¹¹⁶ V. FINCH, *Corporate insolvency law. Perspectives and principles*, cit., pagg. 722-723 (nt., 46), citando il celebre caso SECRETARY OF STATE FOR TRADE AND INDUSTRY V. SWAN & ORS., 2005, BCC, pag. 596, nel quale la responsabilità dell’amministratore e la sua “*disqualification*” era stata fondata sulla sua grossolana incapacità di individuare le irregolarità finanziarie compiute da altri amministratori e dirigenti.

¹¹⁷ Sulla ‘*disqualification*’ del c.d. “*shadow director*”, cfr. G. MORSE, *Shadow directors and de facto directors in the context of proceedings for disqualification on the grounds of unfitness and wrongful trading*, in B. RIDER, *The corporate dimension*, Jordan Publishing Ltd, London, 1998, pag. 115.

¹¹⁸ V. FINCH, *Corporate insolvency law. Perspectives and principles*, cit., pag. 718 (nt. 46). DAVIES, (nt. 99), pag. 681, rileva come la giurisprudenza abbia assunto criteri interpretativi piuttosto ampi per stabilire quando ricorra il coinvolgimento nella gestione dell’impresa.

morality”¹¹⁹ e di “*commercial probity*”¹²⁰, nonché di “*incompetence or negligence*”¹²¹ che abbiano messo a rischio la posizione dei creditori sociali.

L’osservanza dei divieti previsti dalla *disqualification* è presidiata da sanzioni penali, nonché dalla responsabilità personale per le obbligazioni delle società nelle quali si prosegue la gestione, anche in via di fatto, a conferma della centralità che la fattispecie dell’abuso della responsabilità limitata occupa nella disciplina della *disqualification*¹²². Conseguenza applicabile, altresì, nei confronti di chiunque agisca consapevolmente sotto la direzione dell’amministratore interdetto¹²³ o gli affidi la gestione della propria impresa, conoscendone lo *status*.

Sulla base di informazioni relative alla condotta degli amministratori in carica nell’ultimo triennio di attività, provenienti dai liquidatori o dagli organi delle società insolventi, la legittimazione a promuovere la domanda giudiziale di *disqualification* spetta al Segretario di Stato o all’*Official receiver* nominato dall’*Insolvency Service*, agenzia amministrativa del Ministero dell’impresa e dell’innovazione dotata di poteri e funzioni molto significativi¹²⁴, istituita, come si diceva, per esercitare la vigilanza su tutte le procedure concorsuali.

10. *Il quadro immutato nel Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza*

Un esame dell’impianto normativo contenuto nel recentissimo Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza induce a concludere che nel concordato preventivo italiano – le cui linee di fondo restano sostanzialmente invariate – l’imprendi-

¹¹⁹ Così, Sir R. GOODE, *Principles of corporate insolvency law*, cit., pag. 697 (nt. 15), riferendosi a RE DAWSON PRINT GROUP LTD (1987) 3 BCC, pag. 533, in cui si riteneva che “*breach of standards of commercial morality, or some really gross incompetence*”, potessero essere tali da persuadere la Corte che la continuazione del coinvolgimento del responsabile nella gestione di altre società avrebbe costituito “*a danger for the public*”.

¹²⁰ Sir R. GOODE, *Principles of corporate insolvency law*, cit., pag. 697 (nt. 15), richiamando RE LO-LINE ELECTRIC MOTORS (1988), cit., pag. 486.

¹²¹ Sir R. GOODE, *Principles of corporate insolvency law*, cit., pagg. 697-698 (nt. 15), riferendosi a RE SEVENOAKS STATIONERS LTD, cit.

¹²² In tal senso, P. L. DAVIES, *Principles of modern company law*, cit., pag. 681 (nt. 99).

¹²³ In argomento, *ibidem*.

¹²⁴ Essa, infatti, può: a) amministrare ed indagare le liquidazioni obbligatorie e le procedure d’insolvenza, con particolare riguardo alle condotte degli organi sociali; b) indagare sulla gestione di società *in bonis*; c) agire come curatore o liquidatore laddove occorra; d) agire come esecutore e controllore negli accordi di ristrutturazione.

tore si conferma bene “in sella” nella gestione della sua impresa e conserva intatta la propria sfera di diritti, prerogative e poteri, molto marginalmente condizionati dalla vigilanza del commissario e del Tribunale. La nuova disciplina continua ad assegnare all'imprenditore – nonché alla sua non sempre comprovata capacità e buona fede, nell'avviare un percorso serio ed efficace di risanamento – la predisposizione di sofisticate, spesso astratte, proposte di soddisfacimento, rimesse all'ardua valutazione prognostica di fattibilità economica del piano (anch'essa, d'ora innanzi, affidata al Tribunale).

Diversamente, il *Chapter 11*, e ancor più l'*Administration*, sono procedure di riorganizzazione e di ristrutturazione che immediatamente, sin dall'avvio della procedura, impongono un drastico “punto e a capo” all'imprenditore e riconoscono ai creditori una funzione propulsiva nell'apertura della procedura e, comunque, condizionante del suo andamento. Procedure che esigono un immediato e penetrante intervento sulla gestione dell'impresa, nonché l'avvio, altrettanto repentino, di una ristrutturazione finanziaria e contrattuale dell'impresa, finalizzata a tastare la capacità di recupero dell'organismo produttivo. Passaggi molto forti e certamente non indolori per la proprietà ed il *management* dell'impresa, giudicati, tuttavia, inevitabili per mettere, da un lato, alla prova questi ultimi e verificare la loro reale volontà di ristrutturazione e per saggiare, dall'altro, l'oggettiva capacità dell'organismo produttivo di superare la crisi.

Volgendo lo sguardo alle più recenti tendenze delle istituzioni europee, si osserva che la Raccomandazione del 12.03.2014/135 (UE)¹²⁵ – proponendosi di offrire alle «*imprese sane in difficoltà finanziaria [...] l'accesso a un quadro nazionale in materia di insolvenza che permetta loro di ristrutturarsi in una fase precoce in modo da evitare l'insolvenza, (primo considerando) – ha suggerito, col diciassettesimo considerando, che al debitore sia, «in linea di principio, lasciato il controllo delle sue attività»* senza, pertanto, escludere la nomina di un mediatore o supervisore «*che non dovrebbe essere obbligatoria, bensì decisa caso per caso*». Così come l'art. 5 della proposta di Direttiva sui quadri di ristrutturazione preventiva del 2016, prevede, per il debitore che accede alle procedure di ristrutturazione preventiva, il mantenimento «*del controllo totale o almeno parziale dei suoi attivi e della gestione corrente dell'impresa*», lasciando, dunque, aperta l'eventualità di una discontinuità nella gestione dell'impresa in crisi.

¹²⁵ Cfr. G. McCORMACK, A. KEAY, S. BROWN, *European Insolvency Law. Reform and Harmonization*, cit., pag. 237 (nt. 94), anche per una visione d'insieme delle tendenze presenti nei diversi ordinamenti.

Infine, anche sul versante della liquidazione giudiziale, che modifica alcuni aspetti salienti dell'oramai congedato fallimento, immutato resta il versante dell'*enforcement* in materia di responsabilità gestorie, sguarnito e nuovamente affidato, in esclusiva, alle azioni esercitate dal curatore. La presenza, in pressoché tutte le legislazioni europee, di istituti corrispondenti alla "*disqualification*" segnala l'ingiustificato isolamento del nostro ordinamento, che lascia su un piano di sostanziale ineffettività la disciplina degli obblighi degli amministratori di società fallite, presidiata da azioni di responsabilità sempre più inoffensive. Fatta eccezione per la positiva novella di cui all'art. 378 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, sui criteri di quantificazione del danno, finalmente in linea con quelli adottati dai principali ordinamenti europei.

Al di là dei tanti altri profili di carattere sostanziale e processuale riguardanti il concordato preventivo che, tuttavia, mantengono una dimensione quasi esclusivamente di diritto interno, resta il rimpianto che la lunga e frenetica stagione riformatrice, oggi (si spera) giunta al capolinea, sarà ricordata anche – chi sa se analogo giudizio varrà per i neonati strumenti di allerta, rispetto ai progenitori d'oltralpe – per l'esecuzione di trapianti normativi parziali e poco autentici e per l'occasione perduta di effettuarne qualcuno che avrebbe contribuito alla legalità della gestione delle imprese in crisi.

Il rifiuto dei trattamenti sanitari per motivi religiosi dopo la legge 22 dicembre 2017 n. 219

CARMELA CAPOLUPO

The informed consent and living wills Act of 2017 lays the foundations for greater protection of people who refuse certain medical treatments for religious reasons. In the past, self-determination in the health field has not always found adequate protection among health professionals and judicial authorities.

self-determination in the religious and health field, living will, refusal of medical treatment, informed consent

1. Dalle dichiarazioni alle disposizioni anticipate di trattamento: un percorso difficile

In assenza di un quadro normativo di riferimento, la *vexata quaestio* dei diritti di fine vita è a lungo rimasta affidata alla interpretazione e alla diretta applicazione da parte del giudice di valori fondamentali, tra cui, *in primis*, il diritto all'autodeterminazione, nella più ampia cornice delimitata dai principi di cui agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione.

L'approvazione della legge 22 dicembre 2017 n. 219 può considerarsi il punto di approdo di un difficile percorso lungo il quale le magistrature interne e sovranazionali hanno nel tempo attenuato la percezione in chiave paternalistica che da sempre ha caratterizzato l'intervento medico, per affermare la volontà del paziente come principio prioritario inderogabile.

La giurisprudenza costituzionale pone una premessa decisiva nel ricondurre il consenso informato agli artt. 2, 13 e 32 Cost., facendone così scaturire la funzione di sintesi tra il diritto alla salute e quello all'autodeterminazione, «in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la

sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione»¹.

La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha costantemente ribadito i limiti della discrezionalità degli Stati, rispetto agli interventi ad essi consentiti dall'art. 8, c.2 della CEDU, ravvisando nell'autodeterminazione in campo sanitario una componente decisiva del rispetto che si deve alla vita privata, spingendosi a configurare l'obbligo positivo degli Stati di adottare delle misure adeguate per garantire una morte degna, specificando, inoltre, che impedire la scelta libera di un soggetto di porre fine alla propria esistenza, da lui considerata come non degna di essere vissuta, costituisce un'ingerenza ingiustificata nel diritto di rispetto alla vita privata, sancito all'art. 8 Cedu².

Nella giurisprudenza italiana il punto di svolta decisivo per l'affermazione in via legislativa di principi ormai sufficientemente radicati nella coscienza sociale si riconduce alla sentenza della Corte di cassazione 21748 del 2007 (caso Englaro), opportunamente definita una «sentenza storica»³, «un'autentica pietra angolare»⁴ cui si è uniformata la successiva giurisprudenza dei giudici di merito e dello stesso giudice di legittimità.

Nel solco di una sostanziale continuità con la giurisprudenza, si perviene dunque all'approvazione di un testo di legge che non nasce da un vuoto normativo, bensì da un quadro di principi che nella sentenza n.21748 del 2007 trovano la più compiuta elaborazione⁵.

Il contributo venuto dalla giurisprudenza si è rivelato decisivo per l'attuazione di principi come il diritto all'autodeterminazione, da cui è stato poi possibile dedurre, nonché affermare a fondamento delle scelte terapeutiche, strumenti come

¹ Corte costituzionale 15 dicembre 2008, n.438, in termini analoghi la sentenza 23 luglio 2009, n. 253.

² Solo a titolo esemplificativo v. Kock c. Germania, 12 luglio 2012, ma la giurisprudenza è copiosa, si veda al riguardo l'ampia rassegna in G. FERRANDO, *Guido Alpa e il testamento biologico*, in *Dialoghi con Guido Alpa*, a cura di G. Conte, A. Fusaro, A. Somma, V. Zeno Zencovich, Collana del Dipartimento di Giurisprudenza, Romatre_Press, Roma, 2018, pag. 187.

³ R. G. CONTI, *La legge 22 dicembre 2017, n. 219. In una prospettiva civilistica: che cosa resta dell'art. 5 del codice civile?* In *consulta on line*, 1/2018, pag. 223.

⁴ G. FERRANDO, *Guido Alpa e il testamento biologico*, cit., pag. 187.

⁵ Tanto da indurre il Consiglio di Stato ad affermare che la pronuncia della Cassazione «ha enunciato con chiarezza le regole che governano il rapporto tra il soggetto assistito e la struttura del servizio sanitario che eroga le cure e il trattamento terapeutico, direttamente applicabili anche alla fattispecie in esame», Consiglio di Stato, sez. III, sent. 21 giugno 2017, n. 3058.

il consenso informato e le dichiarazioni anticipate di trattamento, in assenza di un quadro definito di regole.

Muovendo dalla tormentata prassi applicativa che ha contrassegnato il ricorso alle dichiarazioni anticipate di trattamento in assenza di una legge, ci si interrogava sulla possibilità di estenderne la portata alle ipotesi in cui il rifiuto del trattamento sanitario scaturisce da motivazioni religiose.

La riflessione nasce dall'esperienza dei Testimoni di Geova, una minoranza religiosa ammessa dalla Costituzione e riconosciuta dallo Stato che, in ragione del loro credo, rifiutano di sottoporsi a terapie emotrasfusionali.

Il testimone di Geova rende la dichiarazione di dissenso agli interventi di emotrasfusione portando con sé un cartellino sottoscritto dall'interessato e da due testimoni, recante la dicitura *no sanguis*, almeno prima dell'entrata in vigore della legge 219 del 2017.

La soluzione del quesito esige preliminarmente di inquadrare le caratteristiche della «appropriatezza» del consenso/dissenso all'atto medico, così come si sono andate delineando nel tempo, prima dell'entrata in vigore della legge 219. Si tratta poi di verificare se il cartellino mediante il quale il testimone di Geova esprime il dissenso alle trasfusioni sia conforme ai requisiti propri delle DAT.

L'appropriatezza del consenso/dissenso al trattamento è stata costantemente ricondotta alla necessità di un'adeguata informazione in campo medico, alla attualità della volizione, alla consapevolezza del disponente.

L'informazione, lungi dal risolversi nel mero assenso, deve riferirsi alla diagnosi, alla natura della malattia, alla terapia e, eventualmente, alle prospettive di terapie alternative; l'attualità del consenso esige che lo stesso debba sussistere al momento del trattamento; infine, perché il consenso sia consapevole, si richiede che a prestarlo sia persona vigile, in grado di intendere, di volere e di comunicare.

In assenza di queste condizioni, la Convenzione di Oviedo⁶ prevede che il

⁶ La Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e la dignità dell'essere umano riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina (Consiglio d'Europa 1997) è in vigore sul piano internazionale dal 1° dicembre 1999. La legge 28 marzo 2001, n. 145 disponeva l'autorizzazione alla ratifica della Convenzione e del Protocollo e, oltre a disporre l'ordine di piena ed intera esecuzione degli atti, delegava il Governo all'adozione dei decreti legislativi di adattamento al quadro convenzionale, fissando in sei mesi il termine per l'esercizio della delega. La delega non veniva esercitata e con la successiva legge 13 gennaio 2003, n. 3 se ne disponeva la proroga al 31 luglio 2003. A fronte della perdurante inerzia del Governo, con un emendamento inserito nel disegno di legge di conversione di un decreto legge (decreto mille proroghe) veniva conferita al Governo una nuova delega con la legge 27 febbraio 2007, n. 17, che fissava al 31 luglio 2007 il

consenso possa essere prestato da un legale rappresentante⁷ che non agisce al posto del malato secondo le sue personali convinzioni, dovendo invece ricostruire la volontà del paziente, qualora questi avesse potuto esprimerla.

Può verificarsi che il paziente, prima di cadere nello stato di incoscienza, abbia fatto in modo di far conoscere la propria volontà in merito a determinati trattamenti avvalendosi delle DAT o individuando un soggetto deputato a manifestare il consenso/dissenso ad un determinato trattamento.

Ma prima dell'intervento del legislatore del 2017 in quale considerazione potevano tenersi le DAT? Potevano in qualche modo vincolare l'intervento del medico?

La difficoltà di fornire una risposta esaustiva ed univoca va posta in relazione ai nodi problematici affiorati nel momento in cui si è affrontato il problema di puntualizzare le caratteristiche di "adeguatezza" del consenso, con particolare riferimento ai presupposti della informazione ed attualità come elementi essenziali della manifestazione di volontà. E infatti, quanto al carattere informato del consenso/dissenso, si è posto in luce il rischio che le DAT potessero non essere precedute da una adeguata informazione; che all'atto della sottoscrizione

termine per l'adozione degli atti conseguenti. L'Esecutivo non ha dato seguito alla delega, omettendo altresì di depositare lo strumento della ratifica presso il Segretario Generale del Consiglio d'Europa, conformemente all'art. 33, par.4, della Convenzione. La situazione di paralisi in cui versa la Convenzione non ha tuttavia precluso ai giudici italiani di avvalersene, sia pure con modalità diverse, quanto meno nell'orientare l'interpretazione del diritto vigente in coerenza con la normativa internazionale. Sull'applicazione giurisprudenziale della Convenzione si veda il contributo di PALOMBINO F.M., *La rilevanza della convenzione di Oviedo secondo il giudice italiano*, in «Giur. Cost.», 2011, 6, 4811. Le ragioni che ancora precludono la conclusione della procedura di ratifica sono state ricondotte a quanto l'art. 36 della stessa Convenzione prevede, ossia la possibilità che in sede di ratifica lo Stato possa formulare una riserva sul contenuto di una particolare disposizione convenzionale in rapporto ad eventuali difformità con una legge di diritto interno, esclusa la riserva a carattere generale. È ragionevole ritenere che il perfezionamento delle procedure di ratifica sia stato condizionato dall'adozione nell'ordinamento italiano di una disciplina generale in materia, onde verificare la necessità o meno di avvalersi della riserva. In tal senso F. G. PIZZETTI, *La delega per l'adattamento dell'ordinamento italiano alla Convenzione di Oviedo tra problemi di fonti ed equilibri istituzionali: un nuovo "cubo di Rubik"?*, in <http://www.astrid-online.it/>, 26 marzo 2007.

⁷ In base all'art. 6, c. 3, «Allorquando, secondo la legge, un maggiorenne, a causa di un handicap mentale, di una malattia o per un motivo simile, non ha la capacità di dare consenso ad un intervento, questo non può essere effettuato senza l'autorizzazione del suo rappresentante, di un'autorità o di una persona o di un organo designato dalla legge. La persona interessata deve nei limiti del possibile essere associata alla procedura di autorizzazione».

il soggetto non valutasse debitamente le possibilità offerte dai futuri sviluppi in campo medico o che la scelta sia orientata da una serie di pregiudizi o di timori irrazionali.

Analogamente, quanto al carattere attuale del consenso/dissenso si è posto l'accento sul fatto che le DAT sono rese in un momento diverso da quello della loro utilizzazione, con la conseguenza che potrebbero non corrispondere più al volere del paziente che, gravemente ammalato, non potendo esprimere il mutamento di opinione, sarebbe costretto a patire le conseguenze di una precedente decisione⁸.

Le difficoltà innanzi evidenziate si riflettono sulle indicazioni relative alla utilizzabilità delle dichiarazioni anticipate confluite nella Convenzione di Oviedo e nel Codice di Deontologia medica.

In base all'art.9 della Convenzione di Oviedo «i desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà saranno tenuti in considerazione»⁹. Inoltre, l'art. 34, comma 2, del codice di deontologia medica sancisce che se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà in caso di grave pericolo di vita, il medico non può non tenere conto di quanto precedentemente manifestato dallo stesso.

Che valore si poteva attribuire alle espressioni «saranno prese in considerazione» o «non può non tener conto»?

La fisiologica genericità delle formule avrebbe dovuto privilegiarne una interpretazione orientata dall'oggetto della tutela cui la DAT è preordinata: la volontà del paziente. Rispetto a quest'ultima la dichiarazione si configura come un elemento probatorio di primaria importanza che non può essere disatteso¹⁰.

Quanto ai problemi innanzi evidenziati sul versante dell'attualità/informa-

⁸ La problematicità che sempre si accompagna alla valutazione di una dichiarazione anticipata di trattamento è comprensibile nell'ottica, mediamente diffusa nella coscienza sociale, per cui l'attività medica è sempre sostenuta da una astratta presunzione di legittimità, rispetto alla quale il consenso al trattamento sanitario si va configurando come strumento di bilanciamento tra la legittimità (presunta) dell'intervento medico e diritti del paziente costituzionalmente protetti.

⁹ È opportuno evidenziare che, in base ad una prima formulazione dell'art. 9 della Convenzione, i desideri precedentemente espressi dal paziente erano da considerarsi «determinanti», espressione che sollevò non poche riserve e perplessità.

¹⁰ G. PELLEGRINO, *Il rifiuto di trasfusioni da parte dei testimoni di Geova; tra diritto costituzionale all'autodeterminazione in materia sanitaria e attualità del dissenso*, in «Giur. It.», 5, 2009, pag. 1126.

zione del consenso/dissenso, la soluzione prospettata dalla Convenzione di Oviedo assegna al medico la valutazione circa l'applicabilità della dichiarazione alla situazione venutasi concretamente a prefigurare. Al medico spetta la valutazione sugli eventuali progressi della medicina che il paziente non poteva ponderare nel momento in cui ha reso la dichiarazione; sul medico incombe altresì la valutazione su eventuali mutamenti del sistema di valori che hanno sorretto la scelta, mediante l'apporto decisivo delle informazioni provenienti dai familiari.

Sebbene, in assenza di mutamenti oggettivi o soggettivi, la DAT non sembrasse eludibile, l'impianto complessivo della Convenzione non appare orientato alla inequivocabile vincolatività per il medico. Questo profilo è meglio specificato nel rapporto esplicativo in base al quale, «tenere in considerazione i desideri precedentemente espressi non significa che essi debbano essere necessariamente eseguiti. Per esempio, se i desideri sono stati espressi molto tempo prima dell'intervento e la scienza da allora ha fatto progressi, potrebbero esserci le basi per non tenere in conto l'opinione del paziente. Il medico dovrebbe quindi, per quanto possibile, accertare che i desideri del paziente si applicano alla situazione presente e sono ancora validi, prendendo in considerazione particolarmente il progresso tecnico in medicina».¹¹

Sui requisiti di validità del consenso/dissenso all'atto medico la legge 219 del 2017 ribadisce il carattere della adeguatezza delle informazioni sulle conseguenze della scelta¹², nonché sulla attualità delle stesse rispetto all'evolversi delle terapie in campo medico; puntuale riscontro può scorgersi nel successivo c. 5 dell'art.4, in base al quale le DAT «possono essere disattese, in tutto o in parte, dal medico stesso, in accordo con il fiduciario, qualora esse appaiono palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistono terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita».

Ne consegue che la preventiva informazione si conferma come momento cruciale dal quale discende poi la scelta in merito al trattamento medico. Tuttavia, è stato evidenziato, la rilevanza della informazione non si traduce in misure particolarmente stringenti circa la verifica dell'avvenuta informazione del disponente¹³. Alla stesura delle DAT non è prevista la partecipazione di un medico,

¹¹ Paragrafo 62 del rapporto esplicativo della Convenzione di Oviedo.

¹² Art. 4, c. 1.

¹³ A. TORRONI, *Il consenso informato e le disposizioni anticipate di trattamento: un rapporto essenziale ma difficile*, in «Rivista del Notariato», 2/2018, pag. 442.

né è previsto un obbligo di menzione circa l'acquisita informazione a carico del soggetto abilitato a riceverle, sia esso il notaio, il funzionario dello stato civile o il dipendente della struttura sanitaria. Se si può ragionevolmente ritenere che il notaio debba farsi carico di accertare la sussistenza di un presupposto fondamentale dell'atto che redige, la verifica appare più problematica nelle altre ipotesi.¹⁴

Ma è sul versante dell'efficacia delle DAT, che la legge segna un punto di svolta dirimente, non in linea con la Convenzione di Oviedo, disponendone la vincolatività *ex lege*, cui corrisponde anche una diversa definizione: non più dichiarazioni anticipate di trattamento, bensì *disposizioni anticipate di trattamento*, secondo una formula che ne sottolinea la tendenziale inderogabilità.

A ciò si deve aggiungere che anche il campo di applicazione delle DAT sembrerebbe più esteso rispetto alle prescrizioni della Convenzione di Oviedo che limita il consenso/dissenso prestato a «proposito di un intervento medico», escludendo dunque la possibilità che una persona possa opporre un rifiuto totale e generico alle cure. In questa ultima opzione è stato ravvisato il filo conduttore della legge, insieme al regime della irresponsabilità del medico per le conseguenze che possono scaturire dall'osservanza delle determinazioni del paziente¹⁵.

Ma quello che appare un punto qualificante della legge ingenera non pochi dubbi nell'ipotesi, tutt'altro che remota, che le DAT vengano redatte quando la persona gode di un ottimo stato di salute.

In questo caso a quale trattamento ci si oppone? A tutte le possibili terapie? E, soprattutto, quali informazioni mediche si acquisiscono a fronte di una varietà potenzialmente infinita di eventi e patologie che possono determinare lo stato di incoscienza? Si può immaginare che, in assenza di una precisa patologia, ci si voglia opporre ai trattamenti di idratazione e alimentazione forzata, ma quanto

¹⁴ In merito a quest'ultimo profilo di recente si è pronunciato il Consiglio di Stato (adunanza della Commissione speciale del 18 luglio 2018) su richiesta di parere inoltrata dal Ministero della salute. In particolare veniva prospettata la possibilità che la avvenuta acquisizione delle informazioni potesse essere dichiarata dal disponente ai sensi del DPR 445/2000, contestualmente alla DAT. Sul punto il Consiglio di Stato, per un verso, rimarca la necessità che vi sia certezza in ordine alla adeguatezza delle informazioni mediche acquisite, anche in relazione alla responsabilità del medico che si è attenuto alle indicazioni; per altro verso, si afferma «che pur non potendo rilevare sotto il profilo della validità dell'atto, sembra decisamente opportuno che tale circostanza venga attestata, magari suggerendola nel modulo – tipo facoltativo che verrà predisposto dal Ministero della salute»

¹⁵ A. TORRONI, *Il consenso informato e le disposizioni anticipate di trattamento: un rapporto essenziale ma difficile*, cit., pag. 449.

è rischiosa una rinuncia sostanzialmente indeterminata a fronte della irretrattabilità della stessa?

Sul punto il Consiglio di Stato ha di recente confermato la natura delle DAT come atti a contenuto libero, per consentire all'interessato di poterle limitare ad una sola particolare patologia o di estenderle a tutte le future malattie, di nominare o non nominare un fiduciario, ecc...¹⁶

L'impianto complessivo della legge 219 del 2017 appare saldamente ancorato ai principi affermatasi nella interpretazione giurisprudenziale in tutta la loro capacità espansiva¹⁷, nella prospettiva di un bilanciamento in cui il principio di autodeterminazione sembrerebbe destinato a prevalere, pur non essendo affermato in modo assoluto e incondizionato. La possibilità che le disposizioni anticipate possano essere disattese, sia pure nei casi e con le modalità previste dall'art.4, c. 5, introduce una potenziale variabile in un meccanismo che in apparenza potrebbe sembrare rigidamente costruito intorno alla vincolatività *ex lege* delle disposizioni anticipate.

Se è vero che la legge 219 asseconda i principi affermatasi in via giurisprudenziale, vero è altresì che questo non estromette per il futuro l'intervento del giudice. A quest'ultimo, guidato dalla ricerca della sempre più intensa tutela della persona, resta affidato il compito di reperire ciò che la legge, orientata ad un intervento leggero, ha intenzionalmente taciuto¹⁸.

Prova ne sia che a pochi mesi dall'entrata in vigore della legge, la Corte costituzionale ne richiama «lo spirito», affinché in quella direzione si orienti l'intervento del legislatore sul tema dell'assistenza dei terzi nelle scelte di fine vita¹⁹.

In tutt'altra prospettiva si collocava il precedente disegno di legge approvato alla Camera il 12 luglio 2011 che apprestava soluzioni rette dall'intento prevalente di contenere l'interpretazione giurisprudenziale dei principi costituzionali entro confini ben più limitati rispetto alla loro fisiologica elasticità.

¹⁶ Consiglio di Stato, adunanza della Commissione speciale del 18 luglio 2018. Il problema è stato posto con specifico riferimento alla possibilità di disporre la standardizzazione delle DAT ai fini della conservazione elettronica.

¹⁷ Grazie alla quale il legislatore ha potuto annoverare tra i trattamenti sanitari anche l'idratazione e l'alimentazione artificiale.

¹⁸ R. G. CONTI, *La legge 22 dicembre 2017, n. 219. In una prospettiva civilistica: che cosa resta dell'art. 5 del codice civile?*, cit., pagg. 223 e 241.

¹⁹ La Corte costituzionale sul caso Cappato, ordinanza 24 ottobre 2018, n. 207, in particolare punto 10 del considerato in diritto.

L'impostazione complessiva del disegno di legge Calabrò, particolarmente limitativo proprio sul versante della utilizzabilità delle DAT, poneva una pietra tombale sulla possibilità di sottrarsi all'intervento medico avvalendosi di dichiarazioni anticipate e, meno che mai, per quanto riguarda la specifica condizione dei testimoni di Geova, del tradizionale cartellino.

Per il paziente in stato di incoscienza non sembrava configurabile alcuna possibilità di far valere la propria volontà, dal momento che il dissenso sarebbe dovuto discendere dalla informazione di carattere scientifico, resa contestualmente al verificarsi del fatto che richiedeva l'intervento medico, mediante la quale l'interessato doveva essere edotto sull'assenza di terapie alternative, nonché sulle conseguenze eventualmente letali del rifiuto. Per quanto riguarda i testimoni di Geova, il diniego espresso preventivamente avrebbe potuto trovare accoglimento nella sola ipotesi di trasfusioni non salvifiche, compatibilmente con la disposizione dell'art.7 che non pone a carico del medico alcun obbligo di osservanza.

A ciò si deve aggiungere che il ddl dettava una disciplina rigorosamente procedimentalizzata della redazione della DAT, prescrivendone la forma scritta con atto avente data certa, sottoscrizione autografa del disponente nonché del medico. Peraltro, nell'originario disegno di legge si prevedeva che fosse in via esclusiva il notaio l'unico soggetto abilitato a ricevere le DAT alla presenza di un medico, obbligato a dare conto dell'informazione fornita dal medico al paziente.

Dopo la sentenza della Cassazione che scriveva la parola fine sul caso Englaro (16 ottobre 2007, n.21748), fu introdotto un emendamento in base al quale «eventuali dichiarazioni di intenti o orientamenti espressi dal soggetto al di fuori delle forme e dei modi previsti dalla presente legge non hanno valore e non possono essere utilizzati ai fini della ricostruzione della volontà del soggetto». Per le DAT si prescriveva dunque una forma *ad substantiam*. L'emendamento fu approvato dalla Camera dei Deputati il 12 luglio 2011 con il chiaro intento di contrastare l'orientamento della giurisprudenza che, in mancanza della volontà espressa dalla persona in stato di capacità, ne aveva consentito la ricostruzione anche attraverso prove testimoniali.

2. L'autodeterminazione del Testimone di Geova dinanzi al giudice

Chiarita la portata e l'efficacia che in passato è stata riconosciuta alle DAT, possiamo ora esaminare la specificità del rifiuto di trattamento basato sul credo religioso.

Si può ragionevolmente ritenere che nessun problema debba porsi nel caso di paziente maggiorenne, capace di intendere e di volere che in condizioni di piena coscienza si oppone all'intervento emotrasfusionale, ma nella prassi così non è sempre stato.

Nel 1998 un caso eclatante verificatosi a Milano, si concluse con il decesso del paziente a seguito di una trasfusione coattiva che i sanitari praticarono con mezzi di coartazione, dopo aver consultato il magistrato ed essersi avvalsi della forza pubblica per allontanare i familiari²⁰.

Ciò premesso, nell'ipotesi in cui il paziente non sia più in grado di esprimere la propria volontà, ci si chiedeva se il cartellino sottoscritto dai testimoni di Geova può considerarsi alla stregua di una DAT. Il medico è tenuto alla osservanza, o meglio, «a prenderla in considerazione», nei modi che abbiamo visto valere per la DAT per il passato?

Prima dell'entrata in vigore della legge 219, a parte le indicazioni sulle dichiarazioni anticipate in generale, ricavabili dalla Convenzione di Oviedo e dal Codice di deontologia medica, con specifico riferimento al caso dei Testimoni di Geova, una significativa presa di posizione la si rinviene nel documento del Comitato Nazionale per la Bioetica, 20 giugno 1992, n. 24, *Informazione e consenso dell'atto medico*, in cui si legge «nonostante la sofferenza del sanitario che vede morire il proprio assistito senza poter espletare l'atto terapeutico probabilmente risolutivo, egli deve ispirare il proprio comportamento all'art. 40 del codice di Deontologia medica (1990) quando afferma che «il medico è tenuto alla desistenza da qualsiasi atto diagnostico e terapeutico non essendo consentito alcun trattamento sanitario contro la volontà del paziente»²¹.

²⁰ Tra le cause del decesso, in base alle risultanze delle consulenze tecniche, fu indicato lo stress emozionale indotto dalla trasfusione coatta. Il GIP della Pretura circondariale di Milano, in data 17 giugno 1998, convalidava la richiesta di archiviazione formulata dal PM, sulla base della seguente motivazione: «per quanto riguarda la condotta dei sanitari indagati, anche se come ha evidenziato il Consulente tecnico del Pm lo stress psicofisico indotto dalla forzata emotrasfusione ha svolto un ruolo concausale nel determinismo del decesso, in correlazione delle circostanze concrete e del conflitto degli interessi etico-giuridici in gioco, non par che essa sia censurabile sotto il profilo penale».

²¹ Il contributo del CNB al dibattito sulle tematiche del fine vita si snoda attraverso una serie di documenti espressione di un orientamento non sempre univoco. In particolare, sul valore da attribuire alle DAT, inizialmente si esclude che queste ultime possano assumere un valore direttivo sulle scelte del medico, dovendosi limitare soltanto ad orientarlo. In proposito, nel documento *Questioni bioetiche relative alla fine della vita umana* del 14 luglio 1995, pag. 40 si

A fronte di questo orientamento, tuttavia, la volontà del Testimone di Geova dinanzi al giudice non è sembrata coerentemente considerata.

Le indicazioni ricavabili da un significativo orientamento giurisprudenziale²² vanno infatti in direzione opposta: frequentemente è stata negata la validità della dichiarazione, risultato al quale si perviene, come nel caso della sentenza della

legge: «una via intermedia potrebbe essere quella di considerare il *living will* come documento non ingiuntivo ma orientativo il quale consente di conoscere indirettamente quali fossero i sentimenti e le volontà dei pazienti, prima della perdita di coscienza, anche se simili espressioni non possono essere considerate come assolutamente cogenti per il medico». Nella medesima prospettiva si può annoverare il testo approvato nella seduta del 30 settembre 2005, con specifico riferimento al tema dell'alimentazione e idratazione dei pazienti in stato vegetativo persistente. Muovendo dal presupposto che l'ipotesi tipica sia quella in cui alimentazione e idratazione si configurano con le caratteristiche di una ordinaria assistenza di base, piuttosto che con quelle proprie di un atto medico, se ne fa scaturire che la richiesta di sospensione espressa in una DAT si configura «come la richiesta di una vera e propria eutanasia omissiva, omologabile sia eticamente che giuridicamente ad un intervento eutanasi attivo, illecito sotto ogni profilo». Su posizioni più moderate si fonda il parere del 18 dicembre del 2003 sulle dichiarazioni anticipate di trattamento. A proposito della modifica apportata all'art. 9 della Convenzione di Oviedo (*supra* nota 9) si legge: «Tuttavia, il passaggio da “determinanti” a “tenuti in considerazione” non dovrebbe essere interpretato come passaggio da un carattere (assolutamente) vincolante a uno (meramente) orientativo. Se è corretto escludere la prima caratterizzazione, anche la seconda va esclusa quando venga intesa in senso talmente debole da coincidere con la restituzione al medico di una piena libertà decisionale ed operativa, che equivarrebbe a conferirgli un indebito potere paternalistico, che implicherebbe il completo svuotamento di senso delle dichiarazioni anticipate stesse. Queste osservazioni dovrebbero togliere mordente alla questione del carattere più o meno vincolante delle dichiarazioni anticipate. La valenza etica di queste dichiarazioni dipende esclusivamente dal fatto che esse conservino la loro attualità nel processo di autonoma valutazione, operato dal medico, circa la corretta sussistenza nella fattispecie delle precise condizioni indicate dal paziente. Ne consegue che se il medico, in scienza e coscienza, si formasse il solido convincimento che i desideri del malato fossero non solo legittimi, ma ancora attuali, onorarli da parte sua diventerebbe non solo il compimento dell'alleanza che egli ha stipulato col suo paziente, ma un suo preciso dovere deontologico: sarebbe infatti un ben strano modo di tenere in considerazione i desideri del paziente quello di fare, non essendo mutate le circostanze, il contrario di ciò che questi ha manifestato di desiderare. È altresì ovvio che se il medico, nella sua autonomia, dovesse diversamente convincersi, avrebbe l'obbligo di motivare e giustificare in modo esauriente tale suo diverso convincimento, anche al fine di consentire l'intervento del fiduciario o curatore degli interessi del paziente».

²² Tribunale di Torino, 16 gennaio 2013, Corte di Cassazione, I sez. civile, 20 dicembre 2012, n.23707, Tribunale di Trento, 9 luglio 2002, Corte di appello di Trento 19 dicembre 2003, Corte di Appello di Trieste 25 ottobre 2003, Corte di Cassazione civile, sez. III, 15 settembre 2008, n. 23676, Corte di Cassazione civile, III sez., 23 febbraio 2007, n. 4211.

Corte di Cassazione 23676 del 2008, valutando l'“appropriatezza” della dichiarazione del TdG alla stregua dei criteri elaborati per le DAT. Si accerta l'attualità della dichiarazione resa sul cartellino, nonché la corretta informazione dell'interessato, percorrendo un *iter argometativo* il cui profilo prevalente, a fronte di una manifestazione di volontà inequivocabilmente espressa, è quello dei requisiti formali, unitamente alla latente preoccupazione di avallare l'intervento dei sanitari.

Posto che la dichiarazione del testimone di Geova viene equiparata, quanto alla possibilità di *tenerne conto*, alle dichiarazioni anticipate di trattamento, ci si chiede: i parametri in base ai quali si ritiene di poter prendere in considerazione una dichiarazione anticipata di volontà possono estendersi anche a quelle dichiarazioni in cui il rifiuto del trattamento scaturisce dal credo religioso? In altri termini, l'attualità della dichiarazione di rifiuto del trattamento e l'informazione del paziente dissenziente pesano sempre allo stesso modo, indipendentemente dal motivo della scelta?

Colui che rifiuta un trattamento sanitario per motivi diversi da quello religioso esplica la propria autonomia nel campo dell'autodeterminazione; colui che rifiuta un trattamento sanitario perché contrario ai suoi convincimenti religiosi esplica la propria autonomia non solo nel campo dell'autodeterminazione, ma anche in quello religioso: anzi, in questa ipotesi, l'autodeterminazione in campo sanitario è meramente strumentale rispetto all'obiettivo della piena esplicazione della libertà di religione che è senza dubbio quello esclusivo. Ci si chiede, allora, se questi differenti presupposti non debbano riflettersi in una diversa valutazione circa l'utilizzabilità delle dichiarazioni anticipate.

Prima di esaminare le indicazioni ricavabili dalla giurisprudenza, sembra utile premettere che nella convinzione religiosa del testimone di Geova, sulla base di una certa lettura dei brani delle sacre scritture, la trasfusione rappresenta una grave disobbedienza a Dio; se può migliorare la sua condizione clinica, per altro verso, gli procura un *vulnus* spirituale incidendo sulle sue possibilità di vita ultraterrena²³.

È del tutto evidente che quest'ultimo profilo è considerato prevalente in chi porta il cartellino.

Nella citata sentenza del 2008²⁴ la Suprema Corte articola la decisione lungo

²³ G. PELLEGRINO, *Il rifiuto di trasfusioni da parte dei testimoni di Geova; tra diritto costituzionale all'autodeterminazione in materia sanitaria e attualità del dissenso*, cit., pag. 1127.

²⁴ Corte di Cassazione civile, sez. III, 15 settembre 2008, n. 23676.

due direttrici in cui sembra prevalere una ricostruzione accentuatamente formalistica²⁵:

- a) il profilo relativo all'informazione del paziente
- b) il carattere dell'attualità della dichiarazione resa mediante il cartellino.

Quanto al primo aspetto, la Corte si sofferma sulla necessità di una volontà non astrattamente ipotetica, ma accertata, sulla necessità di una intenzione non meramente programmatica bensì specifica, sulla necessità di una cognizione dei fatti non soltanto «ideologica», ma frutto di informazioni specifiche in ordine alla situazione sanitaria dell'interessato.

In proposito si rileva che se il paziente esprime un preventivo rifiuto di trattamento, sorretto da motivazioni religiose, in ipotesi, potrebbe non avere alcun bisogno delle informazioni sul suo quadro clinico per esercitare una volontà di autodeterminazione. In altri termini, se la scelta matura lungo un percorso che non è quello del rapporto medico – paziente, l'informazione potrebbe essere ritenuta del tutto irrilevante ai fini della valutazione. Se il rifiuto nasce da un convincimento religioso l'interessato potrebbe anche rinunciare ad essere informato; ne consegue che è semmai la rinuncia all'informazione a dover essere libera, consapevole, espressa²⁶.

In proposito, è opportuno evidenziare che la legge 219/2017 prevede espressamente la possibilità di rifiutare in tutto o in parte di ricevere le informazioni e che l'eventuale rifiuto sia registrato nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico²⁷.

Si legge, inoltre, nella sentenza che «il dissenso [...] deve esprimere una cognizione dei fatti non soltanto ideologica».

In merito si potrebbe quanto meno osservare che il bene tutelato dagli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione è l'autodeterminazione del singolo e non la razionalità della decisione²⁸. Peraltro, desumere dal presunto carattere 'ideologico' di una scelta l'inidoneità dei suoi contenuti (nella fattispecie del dissenso), potrebbe

²⁵ R. MASONI, *Il testimone di Geova tra legittimità, merito ed amministrazione di sostegno*, in «Dir. famiglia», 2009 I, pag. 58.

²⁶ M. GORGONI, *Libertà di coscienza v. salute; personalismo individualista v. paternalismo sanitario*, in «Resp. Civ. e Prev.», 2009, I, pag. 126, nonché F. GIUNTA, *Il consenso informato*, in «Riv. It. Dir. proc. Pen.», 2011, pag. 2.

²⁷ Art. 1, c. 3.

²⁸ G. PELLEGRINO, *Il rifiuto di trasfusioni da parte dei testimoni di Geova; tra diritto costituzionale all'autodeterminazione in materia sanitaria e attualità del dissenso*, cit., pag. 1128.

condurre anche a conclusioni potenzialmente inquietanti: non si sta, per caso, contrapponendo un'ideologia all'altra? E sulla base di cosa, se non di una presunta superiorità? In sintesi, la motivazione religiosa del dissenso rende il cartellino dei TdG qualcosa di diverso dalla Dichiarazione Anticipata la cui utilizzabilità è subordinata al consenso che a sua volta è subordinato all'informazione. Il cartellino del TdG non si colloca nello schema del consenso informato, si tratterebbe piuttosto, come è stato osservato, di «dichiarazioni reiterate di rifiuto trasfusionale», valide in quanto tali. È appena il caso di ribadire che la protezione di queste dichiarazioni si fonda sì sull'art. 32 Cost., come la DAT, ma anche sull'art. 19 Cost. che non compare nemmeno sullo sfondo.

Sul versante dell'attualità della dichiarazione, la sentenza pone l'accento su un problema di discontinuità temporale e di discontinuità psicologica. I dubbi si fondano, per un verso, sulla inidoneità del cartellino, a rendere attuale la decisione, troppo genericamente formulata; per altro verso, sulla possibilità che il paziente, dopo l'esibizione del cartellino, possa aggravarsi fino al pericolo di morte. In situazioni del genere nulla esclude che, sostenuto dall'innato senso di sopravvivenza, il paziente possa revocare il proprio dissenso.

In proposito affiorano due osservazioni. È sin troppo evidente che portare con sé un documento sottoscritto e controfirmato da due testimoni serve solo nel caso in cui la persona non sia nelle condizioni di manifestare il rifiuto in modo espresso ed attuale; da questo punto di vista, una DAT, indipendentemente dalle motivazioni che la sorreggono, è fisiologicamente destinata ad essere 'inattuale'. Il parere del Comitato Nazionale di Bioetica sul punto sembrerebbe sufficientemente risoluto: «poiché in queste situazioni una decisione di intervento o non intervento deve comunque essere presa, si ritiene preferibile far prevalere le indicazioni espresse dall'interessato quando era ancora nel pieno possesso delle sue facoltà e quindi, presumibilmente, coerente con la sua concezione della vita, piuttosto che disattenderle facendo appello alla possibilità di un presunto (ma mai comprovabile) mutamento della volontà nel tempo successivo alla perdita della coscienza»²⁹.

In secondo luogo, non si può non ribadire che la volontà può ritenersi sempre attuale perché non è in relazione con la malattia, non si è formata nel rapporto terapeutico medico – paziente, non ha natura relazionale. Ne consegue che concretezza ed attualità della scelta sono messe fuori campo dalla motivazione che la

²⁹ Parere del 18 dicembre 2003.

sottende. Sul versante dell'attualità l'unico elemento che può rilevare è quello del limite fino al quale si intende far valere il convincimento religioso³⁰.

Ma proprio su questo versante si manifesta la più evidente incoerenza nella valutazione delle medesime scelte dettate da finalità diverse. La valutazione circa l'attualità di una DAT, ossia l'accertamento su un eventuale ripensamento del paziente, è svolto dal medico attraverso il colloquio con i familiari, con riferimento alle motivazioni soggettive e personali che hanno determinato la scelta; è sempre il medico che valuta l'attualità della scelta per il profilo oggettivo, con riferimento cioè ad eventuali scoperte scientifiche che renderebbero meno gravose le condizioni che fondano il dissenso.

Diversamente, nel caso del dissenso determinato da un motivo religioso, l'accertamento su un eventuale ripensamento del paziente che, è appena il caso di dirlo, nella fattispecie equivale a rinnegare pressoché in toto il proprio credo religioso, sembrerebbe subordinato a condizioni più gravose: non è sufficiente il cartellino, né il colloquio con i familiari, ma si richiede che «a manifestare il dissenso al trattamento trasfusionale, sia o lo stesso paziente che rechi con sé una articolata, puntuale, espressa dichiarazione dalla quale inequivocamente emerga la volontà di impedire la trasfusione anche in ipotesi di pericolo di vita, ovvero un diverso soggetto da lui stesso indicato quale rappresentante *ad acta* il quale, dimostrata l'esistenza del proprio potere rappresentativo *in parte qua*, confermi tale dissenso all'esito della ricevuta informazione da parte dei sanitari».

Detto in altri termini, sembrerebbe che per il dissenso fondato su motivi religiosi operi una sorta di presunzione di ripensamento che non opera quando la scelta si fonda su motivi diversi da quello religioso. Si sancisce in tal modo una diversità incomprensibile: chi si oppone ad un trattamento sanitario perché, dal suo personale punto di vista, rifiuta una vita non dignitosa, sarebbe meno incline ad un ripensamento di chi rifiuta un trattamento per non affrontare una vita incompatibile con il proprio credo religioso che, al contrario, rappresenta forse il convincimento più saldamente radicato in una persona.

³⁰ In tal senso si vedano le riflessioni di R. MASONI, *I testimoni di Geova tra legittimità, merito ed amministrazione di sostegno*, cit., pag. 60, che ravvisa nel carattere dell'attualità un requisito logico ma non necessariamente temporale – cronologico. Analogamente M. GORGONI, *Libertà di coscienza v. salute; personalismo individualista v. paternalismo sanitario*, cit., pag. 128; L. D'AVACK, *Scelte di fine vita*, in AA.VV., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, in «Il Sole 24 ore», Milano, 2005; G. FACCI, *Le trasfusioni dei testimoni di Geova arrivano in Cassazione (ma la S.C. non decide)*, in «Resp. Civ. e Prev.», 9, 2007, pag. 1885.

Perplessità maggiori suscita la sentenza della Corte di Cassazione n.4211 del 2007. Il caso portato all'attenzione dei giudici riguarda un testimone di Geova che, ricoverato per subire un intervento chirurgico, manifesta ai sanitari il rifiuto di sottoporsi ad emotrasfusione, in un momento in cui le sue condizioni sono tali da escludere, secondo le valutazioni dei sanitari, un imminente pericolo di vita. I sanitari prospettano un intervento che non avrebbe richiesto trattamenti emotrasfusionali. Nel corso dell'intervento le condizioni del paziente peggiorano, fino a far temere un imminente pericolo di vita, scongiurabile solo praticando l'emotrasfusione. Si configura quindi una situazione radicalmente diversa da quella in cui il paziente ha formalizzato la sua scelta. I sanitari dubitano che il paziente avrebbe riconfermato il proprio dissenso di fronte al sopravvenuto pericolo di vita, ritengono che il rifiuto non debba più considerarsi operante e, nella impossibilità di interpellare il paziente anestetizzato, praticano la trasfusione.

I giudici di merito prima (Corte d'Appello di Trento) e la Cassazione dopo ritengono non arbitraria la condotta dei sanitari e ne escludono la responsabilità. A differenza della decisione prima ricordata, in questa circostanza l'iter argomentativo del giudice si incentra esclusivamente sul profilo della "attualità" della decisione e come si può constatare i motivi della decisione si fondano su due premesse costanti: 1) *in dubio pro vita* 2) presunzione di ripensamento del paziente.

La presunzione di un ripensamento del paziente è un elemento centrale nel comportamento dei sanitari e nella ricostruzione prospettata dai giudici. Secondo la Cassazione, la condotta dei medici sarebbe stata conforme all'art. 9 della Convenzione di Oviedo: i sanitari hanno «tenuto in considerazione» i desideri del paziente tanto che, nel corso dell'intervento, hanno interpellato telefonicamente il Procuratore della Repubblica ricevendone un implicito invito a proseguire.

C'è un passaggio della decisione che sembra meritevole di particolare attenzione. Con riferimento alle ragioni che hanno sorretto l'intervento dei sanitari, condivise dal giudice di merito, si afferma che «la motivazione si fonda su argomenti congrui e logici certamente aderenti ad un diffuso sentire in questo tempo di così vivo ed ampio dibattito sui problemi esistenziali della vita e della morte, delle terapie e del dolore». La volontà del paziente recede dunque in quanto espressione di una concezione minoritaria?³¹ Minoritaria rispetto a cosa? Rispetto al comune sentire di una maggioranza?

³¹ G. PELLEGRINO, *Il rifiuto di trasfusioni da parte dei testimoni di Geova; tra diritto costituzionale all'autodeterminazione in materia sanitaria e attualità del dissenso*, cit., pag. 1128.

Dopo l'entrata in vigore della legge 219/2017 il rifiuto della trasfusione può essere oggetto di una disposizione anticipata di trattamento, conseguentemente vincolante per il medico, a condizione che sia redatta con le modalità prescritte dall'art.4, c.6 della legge. È vero che le DAT sono atti che non hanno un vincolo di contenuto, ma l'obbligo di osservanza da parte del medico si configura solo per le disposizioni redatte conformemente alla legge. Ne consegue che, se per un verso è assicurata la vincolatività del dissenso all'intervento emotrasfusionale, per altro verso nessun vincolo potrebbe scaturire dal cartellino recante la dicitura *no sanguis*, dal momento che una legge recante le modalità di espressione del consenso/dissenso, affinché produca un vincolo per i sanitari, oggi esiste.

Per quanto riguarda il dissenso espresso da persona in stato di coscienza, nessun problema dovrebbe porsi, posto che il rifiuto di trattamenti medici non può essere limitato in ragione della motivazione religiosa che lo sottende.

3. Risarcimento del danno e responsabilità penale dei sanitari per l'inosservanza del dissenso alla emotrasfusione: il reato di violenza privata nella recente giurisprudenza

Sul versante della giurisprudenza in ambito civilistico, talvolta, nell'accoglimento delle pretese risarcitorie a favore dei testimoni di Geova, si è ravvisato l'implicito riconoscimento da parte dei giudici della rilevanza delle preventive dichiarazioni di dissenso³². In proposito non può però sfuggire, *in primis*, la difficoltà della oggettiva quantificazione del pregiudizio subito, difficoltà che si riconduce a un profilo preliminare e ben più complesso: la definizione di «quale danno» si risarcisce³³.

In proposito sembra opportuno distinguere il pregiudizio che può scaturire dalla lesione dell'autodeterminazione dalle conseguenze riconducibili al danno biologico che, essendo delimitato dalla integrità psico-fisica di una persona, risulta oggettivamente certificabile sotto il profilo medico³⁴.

³² G. E. POLIZZI, *In scienza e incoscienza. Cenni critici sul disegno di legge Calabrò alla luce del divieto geovista alle emotrasfusioni*, in *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, a cura di A. D'Aloia, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, pag. 275.

³³ Sul punto si vedano le osservazioni di S. CACACE, *Il rifiuto del trattamento sanitario, a scanso di ogni equivoco*, in «Riv. It. di medicina legale», 2, 2014, pag. 547.

³⁴ B. SALVATORE, *La lesione del diritto all'autodeterminazione terapeutica: violazione del consenso e risarcimento del danno*, in *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, cit., pag. 297.

La lesione del diritto all'autodeterminazione si compie per il tramite di un'altra lesione da cui potrebbe scaturire anche un danno biologico. Ma quest'ultimo, essendo solo strumentale, non pregiudica il bene che l'ammalato dissenziente intende proteggere in via prioritaria: la scelta individuale, non condivisibile, (talvolta conclusiva),³⁵ basata sulla propria concezione di benessere, in cui si hanno un peso non marginale anche le convinzioni religiose.

La violazione del diritto di autodeterminazione si compie nel preciso istante in cui «un corpo è stato invaso oltre la soglia contrassegnata dal suo titolare³⁶, perché quella soglia segna un limite invalicabile di rispetto della persona umana, nell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive»³⁷.

Ne consegue che il pregiudizio cagionato dalla privazione della libertà di scelta si sottrae per sua natura ad una ponderazione che pretenda di essere oggettiva e uguale per tutti.

Per quanto riguarda il profilo penalistico, la giurisprudenza ha evidenziato nel tempo una progressiva attenuazione dell'orientamento sanzionatorio nei confronti del personale medico³⁸. Una linea di tendenza che è riscontrabile sia nelle ipotesi in cui i sanitari, attenendosi alla volontà del paziente, non hanno praticato la trasfusione, con esiti infausti, sia nella ipotesi in cui la trasfusione è stata praticata contro la volontà del degente. Nel primo caso l'originaria imputazione di omicidio volontario si è talvolta risolta nella fattispecie dell'omicidio colposo, quando non si è conclusa con una sentenza di assoluzione, sulla base della non riconducibilità delle trasfusioni al novero dei trattamenti sanitari obbligatori, a norma dell'art. 32 Cost. Nelle ipotesi di trasfusione praticata contro la volontà del paziente la responsabilità del medico è stata esclusa in tutti i casi di necessità sopravvenuta nel corso dell'intervento, condizione nella quale il consenso si è dato per presunto.

In una diversa prospettiva, più coerente con lo spirito della legge 219, si possono annoverare due recenti decisioni³⁹ del giudice di merito che per la prima vol-

³⁵ M. VILLONE, *Il diritto di morire*, Scriptaweb, Napoli, 2011, pag. 51.

³⁶ S. CACACE, *Il rifiuto del trattamento sanitario, a scanso di ogni equivoco*, in «Riv. It. di medicina legale», cit., pag. 558.

³⁷ Sentenza del Giudice Istruttore del Tribunale di Firenze, II sez.civ., 2 dicembre 2008.

³⁸ E. FALLETTI, *Autodeterminazione, libertà religiosa e consenso medico*, in *Osservatorio dei diritti fondamentali in Europa*, 2018, www.europeanrights.eu.

³⁹ Sulle quali si veda la nota di B. FUGGIANO, *Esplicito rifiuto dell'emotrasfusione da parte del Testimone di Geova e reato di violenza privata del medico*, 2018, in www.almustudiolegale.it.

ta sanciscono la responsabilità penale del medico per il reato di violenza privata, in base all'art. 610 c.p.

Entrambe le decisioni riguardano due pazienti aderenti alla Congregazione dei testimoni di Geova sottoposti a terapia emotrasfusionale, nonostante il rifiuto espresso e annotato nella cartella clinica.

Il primo caso al vaglio del giudice coinvolgeva una donna che, dopo il ricovero per una grave forma di anemia, esprimeva il proprio dissenso alla terapia trasfusionale in condizioni di piena capacità. Divenuta incapace di intendere e di volere per il peggioramento della patologia, le viene praticata la trasfusione, nonostante il dissenso espresso anche dall'amministratore di sostegno, nel frattempo nominato dal giudice tutelare su ricorso del marito.

Il GIP di Tivoli, con l'ordinanza 11 febbraio 2017, archivia il procedimento a carico dei sanitari per abuso d'ufficio (art.323 c.p.) e trasmette gli atti alla Procura della Repubblica per il reato di violenza privata di cui all'art.610 c.p., nonché per la omessa esecuzione dolosa di un provvedimento emesso dal giudice tutelare (art. 388, c.2, c.p.).

È opportuno evidenziare che la Cassazione aveva in precedenza escluso la responsabilità penale per il reato di violenza privata nei confronti del medico che aveva praticato un intervento diverso e più invasivo di quello per il quale era stato acquisito il consenso⁴⁰.

Il GIP di Tivoli ritiene di non doversi uniformare all'orientamento della Cassazione, muovendo dalla differenza tra il mancato consenso all'intervento medico, ipotesi sulla quale si è espressa la suprema Corte, e l'espresso dissenso manifestato in condizioni di lucidità.

Peraltro, ad avviso del GIP, in quest'ultima ipotesi, nemmeno è invocabile la scriminante dello stato di necessità, dal momento che «il sanitario a cui venga opposto un esplicito, libero e valido dissenso non deve e non può procedere al trattamento sanitario rifiutato: non deve, perché l'obbligo professionale e deon-

⁴⁰ Cassazione penale, sezioni unite, 2437/2009 in cui si legge «ove il medico sottoponga il paziente ad un trattamento chirurgico diverso da quello in relazione al quale era stato prestato il consenso informato, e tale intervento, eseguito nel rispetto dei protocolli e delle *leges artis*, si sia concluso con esito fausto, nel senso che dall'intervento stesso è derivato un apprezzabile miglioramento delle condizioni di salute, in riferimento, anche alle eventuali alternative ipotizzabili, e senza che vi fossero indicazioni contrarie da parte del paziente medesimo, tale condotta è priva di rilevanza penale, tanto sotto il profilo della fattispecie di cui all'art. 582 cod. pen., che sotto quello del reato di violenza privata, di cui all'art. 610 cod. pen.».

tologico viene meno con quel rifiuto; non può farlo, neanche invocando l'art. 54 c.p., perché trattasi di norma ordinaria, di rango inferiore all'art. 32 comma 2 Cost.». Successiva all'entrata in vigore della legge 219 è la sentenza 30 maggio 2018, n.465 pronunciata dal Tribunale di Termini Imerese⁴¹ per un caso particolarmente eclatante che coinvolgeva una donna ricoverata per l'asportazione di un feto privo di vita alla quale viene praticata la trasfusione ritenuta indispensabile in rapporto ai bassi valori di emoglobina che, in base alle risultanze della consulenza tecnica d'ufficio, non avrebbero comunque comportato pericolo di vita.

Anche in questa circostanza si esclude l'invocabilità dello stato di necessità (art.54 c.p.) per un duplice ordine di motivi: in primis perché lo stesso opera solo in mancanza di un dissenso esplicito e, in secondo luogo, perché non si configurava il rischio di un esito infausto per la paziente.

Alla decisione del Tribunale siciliano⁴², scandita attraverso una puntuale disamina degli orientamenti giurisprudenziali e delle fonti nazionali e sovranazionali, va senz'altro il merito di avere sancito che lo stato di necessità di cui all'art.54 c.p. non può essere «invocato come un grimaldello capace di scardinare ogni diritto della persona»⁴³.

Il giudice fissa il perimetro del legittimo intervento dello stato di necessità assumendo come limiti di un confine invalicabile non solo i principi costituzionali enunciati negli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione, ma anche il principio che tutela la libertà di religione nell'art. 19 Cost.

Il richiamo è di grande significato perché colui che rifiuta l'intervento medico per motivi religiosi esercita il diritto ad autodeterminarsi sul terreno della propria fede, prima ancora che in campo sanitario.

La omologazione tra rifiuto del trattamento per motivi religiosi e autodeterminazione in campo sanitario *tout court* sembra talvolta acritica: i requisiti che devono assistere il rifiuto di un trattamento sanitario, come l'informazione o l'attualità, andrebbero diversamente calibrati in ragione della motivazione religiosa che, probabilmente, ne esclude in radice l'utilità. Per convincersene è sufficiente

⁴¹ <https://www.altalex.com/documents/altalex/massimario/tribunale/2018/465/cause-di-non-punitibilita-scriminanti-in>

⁴² Sulla quale L. MARSELLA, F. PAPINI, *Sulla configurabilità del reato di violenza privata nel caso di trattamento medico arbitrario*, in «Giurisprudenza penale», 9/2018.

⁴³ Secondo l'espressione di A. SANTOSUOSSO, in: *Di una triste trasfusione ematica a Milano. Le parole e le cose: a proposito di "violenza etica" su un paziente*, in «Bioetica», 2000, vol. 8, fasc. 3, pag. 455.

Il rifiuto dei trattamenti sanitari per motivi religiosi dopo la legge 22 dicembre 2017 n. 219

prendere atto che nel caso dei testimoni di Geova c'è innanzi tutto una autodeterminazione religiosa che, del tutto occasionalmente, si incrocia con la decisione terapeutica⁴⁴.

⁴⁴ M. GORGONI, *Libertà di coscienza v. salute; personalismo individualista v. paternalismo sanitario*, cit., pag. 130.

Simboli, difesa dell'identità, principio di laicità. Il caso del velo islamico

GERMANA CAROBENE

The legal controversy, started in France, on the prohibition of the Islamic veil in schools / universities, “neutral” places, shows interesting judicial profiles regarding the freedom of individual choices, even if considered conservative and strongly discriminatory. The analysis of the decisions of the European Court of Human Rights underlines the inability to manage new emerging social issues. The veil, in fact, has assumed, in ‘western’ thought, an altered value that has led to denying the multiple meanings that it has actually assumed in the Islamic culture, or in a certain part of it. The polysemic value of the veil must, in fact, necessarily refer to religious practice but also to the tradition and role of women in society. In our vision, distorted and simplistic, we have reduced its symbolic value by associating it with fundamentalism, with a retrograde and misogynist culture. The project of democratic secularism should, instead, be aimed at the realization of a space that is truly open to all and of all in which religiosity constitutes a value of social cohesion only if it lays down any “claim of infallibility” and if it does not confuse the need for “dialogue cooperation” with that of” occupation “of the legitimate spaces of pluralism, which defines a socially and legally multiple reality.

Religious symbols; Multiculturalism: Identity

1. Hijab e burqa *tra difesa dell'identità e pluralismo democratico*

Il dibattito sulla laicità¹ è stato costantemente alimentato negli ultimi anni

¹ La bibliografia sul tema è, naturalmente, sconfinata. Mi limiterò a citare solo alcuni riferimenti dottrinari: per una panoramica italiana cfr., *in primis*, P. BELLINI, *Riflessioni sull'idea di laicità*, in *La questione della tolleranza e le confessioni religiose*, Jovene, Napoli, 1991, pagg. 29-50; F. MARGIOTTA BROGLIO, *La laicità dello Stato*, in *Le ragioni dei laici*, G. Preterossi (a cura di), Laterza, Roma – Bari, 2005, pagg. 79 ss.; S. PRISCO, *Laicità. Un percorso di riflessione*, Giappichelli, Torino, 2009 e, dello stesso A., la voce *Laicità*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, vol. IV, S. Cassese (a cura di), Giuffrè, Milano, 2006, pagg. 3335-3345; G. ACOCELLA, *Religione e diritto*, in «Riv. It. di medicina legale», 1, 2012, pagg. 177-193: «[...] la laicità dell'ordinamento – che esclude ogni confessionalità in tempi di pluralismo – invoca comunque convinzioni di fondo che alimentano e fondano l'ordinamento giuridico, ed esse non appaiono distinguibili (a meno di comprimere la libertà di alcuni) tra quelle ispirate da una morale e quelle ispirate da una religione» (pag. 177). «Si ha l'impressione che si debba tornare di continuo a chiarire cosa si intenda per laico, dal momento che l'espressione sembra appannaggio di chi non riconosce alla

da interventi giurisprudenziali e normativi, con particolare riferimento alle problematiche della simbologia religiosa negli spazi pubblici. Tali dinamiche sono legate alla configurazione positiva del concetto di ‘simbolo’ negli odierni contesti multiculturali, legato a quello dell’‘identità’ (culturale, etnica, etica, religiosa, etc.)². L’attenzione giuridica ha focalizzato l’attenzione sul velo islamico dalla legge francese *sur le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycée public* del 2004³ che ha solleci-

fede religiosa la possibilità di esprimersi pubblicamente e di incidere sulle scelte della comunità, innanzitutto sulle scelte legislative. La presenza della religione nella società sembra categoria da negare, al quale contrapporre la vincente superiorità della vera laicità, a difesa della neutralità sociale e dello Stato» (*ivi*, pag. 178).

² Cfr. Z. BAUMANN, *L'enigma multiculturale. Stato, etnie, religiosi*, il Mulino, Bologna, 2003; S. DOMAIELLO, *La rappresentazione di valori nei simboli un'illusione che alimenta ipocrisia e fanatismo*, in *Simboli e comportamenti religiosi nella società globale*, M. Parisi (a cura di), ESI, Napoli, 2006, pagg. 31 ss. Nel 2007 è stato istituito in Francia il Ministero dell’immigrazione e dell’identità nazionale. Cfr., anche, M.C. PONTHEAU, *Identité constitutionnelle et clause européenne d'identité nationale. L'Europe à l'épreuve des identités constitutionnelles nationales*, in «Diritto Pubblico Comparato ed Europeo», 4, 2007, pagg. 30 ss. Quest’ultima è definibile come una costruzione storica fatta di sintesi che riposa sull’eredità di un insieme di fattori – creazione di frontiere, imposizione di una lingua nazionale, costruzione politica ed amministrativa di un governo, riconoscimento dei diritti umani e civili, regolamentazione dei rapporti di equilibrio con il fenomeno religioso: F. BRAUDEL, *L'identità de la France*, Paris, Flammarion, 1990: «une nation ne peut être qu’au prix de se chercher elle-même sans fin, de se transformer dans le sens de son évolution logique, de s’opposer à autrui, de s’identifier au meilleur, à l’essentiel de soi [...] toute identité nationale implique, forcément, une certaine unité nationale».

³ Loi 2004-228; B. BASDEVANT-GAUDEMET, *Commentaire de la loi du 15 mars 2004*, in «Quad. dir. pol. eccl.», 2, 2004, pagg. 413 ss. In generale cfr. G. CAROBENE, *Religious symbols and the principle of 'laicità' in Italy and France*, in «Diritto e Religioni», 1, 2008, pagg. 254- 263; S. MANCINI, *Il potere dei simboli, i simboli del potere*, Cedam, Padova, 2008; ma anche A. FERRARI, *La lotta dei simboli e la speranza del diritto. Laicità e velo musulmano nella Francia di inizio millennio*, e G. MANGIONE, *Il simbolo religioso nella giurisprudenza recente del Tribunale Federale Costituzionale Tedesco*, entrambi in *Symbolon/Diabolon. Simboli, religioni, diritti nell'Europa multiculturale*, E. DINI, S. FERRARI, V. PACILLO, (a cura di), il Mulino, Bologna, 2005, rispettivamente, pagg. 193 ss. e pagg. 239 ss.; A. MOTILLA, *Il problema del velo islamico in Spagna*, in *Islam ed Europa* (a cura di S. Ferrari), Carocci, Roma, 2006, pagg. 148 ss.; G. BASSETTI, *Interculturalità, libertà religiosa, abbigliamento. La questione del burqa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 25, 2012, in: www.statoechiese.it/images/uploads/articoli_pdf/bassetti_interculturalita-liberta-religiosa-abbigliamento.-la-questione-del-burqa.pdf; M. VENTURA, *Diritto ecclesiastico e Euro-pa. Dal church and state al law and religion*, in *Il nuovo volto del diritto ecclesiastico italiano*, a cura di G. B. VARNIER, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2004, pagg. 202 ss.; A. LICASTRO, *Il diritto statale delle religioni nei paesi dell'Unione europea. Lineamenti di comparazione*, Giuffrè, Milano, 2017; sugli aspetti inerenti le dinamiche della

tato anche la giurisprudenza della CEDU, oltre a essersi articolata in successivi provvedimenti normativi nelle più recenti leggi anti – burqa, susseguitesi negli ultimi anni nel nostro continente⁴. La legge del 2004, nelle intenzioni degli autori tendeva a consolidare, all'interno delle strutture scolastiche, il modello repubblicano di integrazione culturale, fondato essenzialmente sull'ideale della laicità, sul progetto di riformulare e rifondare l'unità della comunità nazionale nel rispetto delle singole diversità e del pluralismo religioso. L'obiettivo era, dunque, quello di mirare alla creazione di uno spazio neutrale – la scuola – all'interno del quale favorire il reciproco rispetto e la coesione, sulla base di valori comuni. Il documento legislativo è, tuttavia, sembrato incentrarsi sul divieto del velo islamico soprattutto perché considerato non un *semplice* simbolo religioso, ma come manifestazione di un'evidente discriminazione sessista, basata sul concetto della supremazia maschile, assolutamente anacronistica⁵. Nel 2010, inoltre, tale principio è stato inasprito con l'introduzione della *loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*⁶, la c.d. legge anti burqa, cui sono seguite norme analoghe in Belgio, Austria, Svizzera (Cantone San Gallo), Danimarca e Olanda.

libertà religiosa nello spazio globale cfr. G. MACRÌ, P. ANNICHINO (a cura di), *Diritto, religione e politica nell'arena internazionale*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2017; G. MACRÌ, *L'Europa fra le Corti. Diritti fondamentali e questione islamica*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2017.

⁴ In Francia e in Belgio la legge anti burqa è del 2011; nel 2017 sono intervenuti in Austria e nel Canton San Gallo (Svizzera); nel 2018 in Danimarca e Olanda. Cfr. P. CRESTIA, *La burqa est incompatible avec la nationalite francaise*, in «AJDA», 2008, pag. 2013. Cfr. anche la Raccomandazione 1927 (2010) dell'Assemblea parlamentare sull'Islam, l'islamismo e l'islamofobia in Europa che esorta gli Stati membri a non adottare un divieto generale di indossare i veli integrali, il Commissario per i diritti umani ha sottolineato che il divieto di burqa e niqab non corrisponderebbe ai valori europei: diversità e multiculturalismo.

⁵ Cfr. F. GASPARD e F. KHOSROKHAVAR, *Le foulard et la Republique*, La Découverte, Paris, 1995, con riferimento alle donne musulmane che indossano l'hijab, hanno proposto una sorta di classificazione delle motivazioni che possono essere sottese a tale scelta e che, in sintesi, si possono articolare in intenti di natura: a) meramente relativa all'ottemperanza convinta ad un precetto religioso (percepito come) vincolante; b) rafforzativa di un'appartenenza collettiva religiosa e culturale i cui confini proprio il simbolo confessionale ha la funzione di demarcare; c) propagandistica; d) rivendicativa della propria identità culturale a fronte del contatto (necessitato dai fenomeni di immigrazione) con un tessuto sociale diverso. Cfr. anche A. FERRARI, *Libertà scolastica e laicità dello Stato in Italia e Francia*, Giappichelli, Torino, 2002; P. CAVANA, *I segni della discordia. Laicità e simboli religiosi in Francia*, Giappichelli, Torino, 2004.

⁶ Loi n. 2010-1192, 11 octobre 2010, in: www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000022911670&dateTexte=20171024

È noto che il velo delinea vari tipi di abbigliamento, legati alla cultura/tradizione islamica ma non considerati precetti obbligatori da tutte le scuole giuridiche. Il foulard maggiormente diffuso, l'*hijab*, è quello che copre i capelli ma lascia integralmente scoperto il viso; il *burqa*, invece, di colore celeste, è l'abito tradizionale delle tribù *pashtun* originarie dell'Afganistan, che ricopre integralmente il corpo della donna, nascondendo gli occhi attraverso una fitta griglia di stoffa; è stato adottato dalle frange fondamentaliste di etnia araba, sull'onda della re-islamizzazione di stampo prevalentemente wahabita⁷.

Il problema evidenzia, come un Giano bifronte, il radicalismo religioso e una ricerca identitaria il cui punto di convergenza sarebbe il prototipo di donna musulmana, da contrapporre al modello occidentale. Dal punto di vista simbolico esso è una manifestazione di una linea di demarcazione netta noi – altri; fa riferimento alla pratica religiosa ma anche alla tradizione e al ruolo delle donne nelle società islamiche; rappresenta, infine, un forte elemento di identità delle proprie origini. Sembra che gli eventi successivi all'attacco a New York del 2001 abbiano cristallizzato una dicotomica contrapposizione tra i valori 'occidentali' e quelli 'islamici', acuitizzando conflittualità sociali che la neutralità della *res publica* sembrava aver preservato. Le leggi contro l'uso pubblico del burqa sono state politicamente proclamate come norme necessarie a preservare la sicurezza nazionale da attacchi terroristici, ma hanno in realtà prodotto l'aumento del senso di isolamento per le donne islamiche, cui è stato di fatto impedito l'accesso allo spazio pubblico, finendo per assolutizzare l'appartenenza religiosa come unico ambito per preservare la propria cultura e affermare la propria identità, all'interno di contesti sociali sentiti come "estranei". Dopo il declino delle grandi ideologie secolari, le religioni sembrano, infatti, essere rimaste le sole a saper parlare il linguaggio pubblico delle politiche di identità.

Sono molteplici i settori di intersezione delle dinamiche identitarie nelle società moderne, dai fenomeni di maggiore visibilità e impatto mediatico (*hijab/burqa*), alle espressioni simboliche, quali il crocifisso, più legate a determinati

⁷ Nel versetto 59, Sura 33, del Corano si chiede di velare le donne per tutelare il loro rispetto e preservarle dalle offese. Esso designerebbe solo un velo che copra il corpo, dal collo alle caviglie. Negli altri passaggi del Corano si parla soprattutto di 'pudore' e "rispetto della donna": cfr. Sura 24, versetto 31. L'etimologia di *hijab* viene dal verbo velare, proteggere e indica una forma di abbigliamento conforme ai dettami islamici. Il *chador* è un copriabito di colore nero che copre interamente il corpo e lascia scoperto il viso, a differenza del *niqab*, che lascia scoperta solo una piccola fessura per gli occhi (in alcuni casi per un occhio solo).

contesti socio-culturali e a limitati ambiti geografici (l'Italia); ma si può far anche riferimento a pratiche non visibili, ma più pericolose, come è il caso delle mutilazioni genitali femminili, legate a particolari contesti culturali più che religiosi⁸ o, ancora, all'utilizzazione rituale di simboli potenzialmente offensivi, come il pugnale dei *sikh*⁹. Stiamo assistendo a una fase di passaggio dallo "scontro di civiltà" a quello 'dentro' le civiltà¹⁰ in cui, le nostre strutture democratiche, minacciate da forze centripete, interne, potenzialmente implosive, portano a ridiscutere del rapporto tra democrazia e religione. All'interno delle stesse compagini sociali convivono, quindi, con esiti alterni, due diverse concezioni che da un lato portano a sviluppare un concetto di laicità *inclusiva* e, dall'estremo opposto, a demonizzare tutte le forme di espressività culturale *diverse*. Le moderne e liberali società europee, aperte, multi e interculturali hanno dovuto, e dovranno affrontare i delicati equilibri maggioranze-minoranze, divenuti sempre più fluidi e indeterminabili, collegati alla questione dell'identità, di cui i simboli sono l'espressione.

2. La giurisprudenza CEDU, in particolare contro Francia e Turchia

In ambito europeo, come sottolineato, il dibattito è stato abbastanza serrato e ha interessato giurisdizioni e legislazioni nazionali, oltre ad aver sollecitato più di un intervento della Corte Europea dei diritti dell'uomo. Ultima, in ordine temporale, una sentenza del 2017 contro il Belgio e la sua legge anti *burqa*, in cui non è stata ravvisata violazione art. 9 della Convenzione¹¹, poiché la Corte ha

⁸ G. CAROBENE, *Le escissioni rituali femminili tra precetto religioso, costume tradizionale e tutela dell'identità del soggetto in una società pluralista*, in «Diritto e Religioni», 2, 2007, pagg. 33-48.

⁹ Corte di Cassazione, 31 marzo 2017, <http://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2017/05/cass-pen-24084-2017.pdf>. La fattispecie riguardava la condanna di un indiano di religione *sikh* per porto del *kirpan*, il pugnale rituale che i fedeli sono tenuti a indossare come uno dei cinque «segni fisici della fede». Per la normativa italiana commette il reato di porto di armi abusivo chi si trovi in possesso, al di fuori della propria abitazione, di uno strumento offensivo e in assenza di giustificato motivo. La difesa dell'imputato ha sottolineato il rispetto di un precetto religioso, tutelato ex art. 19 cost. Il *kirpan* non è solo un simbolo religioso ma un obbligo di manifestazione del proprio credo per i *sikh*. Per la Cassazione, tuttavia, le motivazioni religiose non possono costituire causa di giustificazione al reato di porto di armi.

¹⁰ Con riferimento al noto volume di S. P. HUNTINGTON, *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale. Il futuro geopolitico del pianeta*, Garzanti, Milano, 2000.

¹¹ Articolo 9 Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, 1950 sulla *Libertà di pensiero, di coscienza e di religione*: «Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione;

chiarito che il divieto di indossare il velo integrale in pubblico non viola il diritto al rispetto della vita privata e alla libertà di pensiero, coscienza, religione¹². La maggior parte degli interventi sul tema hanno interessato la Francia e la Turchia, unici Paesi costituzionalmente laici in quest'area geografica.

Negli interventi contro la Francia la Corte ha ripetutamente sottolineato che la restrizione all'uso del velo, prevista per legge, risulta 'necessaria', in una società democratica, alla "protezione dei diritti e delle libertà altrui" e che la limitazione della libertà di manifestare la propria fede religiosa, mediante uno specifico abbigliamento, costituisce una misura 'proporzionata' allo scopo di tutelare il principio di laicità dello Stato e di assicurare l'adempimento dell'obbligo di neutralità dei servizi pubblici¹³.

Interessante una sentenza del 2014 in cui la *Grand Chambre*, pur non riconoscendo la violazione dell'art. 9, ha sottolineato gli aspetti negativi del divieto legislativo francese: rischio di isolamento e perdita di autonomia tali da minare l'identità e la libertà di manifestare la propria religione¹⁴. La Corte avverte che uno Stato che intende bandire il velo completo rischia di stereotipare una categoria di persone, identificate da un'appartenenza religiosa, la cui assunzione sarebbe incompatibile con i valori della Convenzione e non favorirebbe la libertà di espressione. L'argomentazione si è articolata in tre punti, sottolineando, in primis, che uno Stato non può invocare l'uguaglianza di genere per vietare una

tale diritto include la libertà di cambiare religione o credo, così come la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti. La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e costituiscono misure necessarie, in una società democratica, per la pubblica sicurezza, la protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o per la protezione dei diritti e della libertà altrui».

¹² R. MAZZOLA, *Introduzione. La dottrina e i giudici di Strasburgo. Dialogo, comparazione e comprensione*, in *Diritto e religione in Europa. Rapporto sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di libertà religiosa*, Id. (a cura di), il Mulino, Bologna, 2010, pag. 20 ss. CEDH, *Belcacemi et Oussar c. Belgique*, 11 juillet 2017, in <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-175636>.

¹³ CEDH, 26 novembre 2015, *Ebrahimian c. France*, in www.doctrine.fr/d/CEDH/HFJUD/CHAMBER/2015/CEDH001-158878: il divieto di indossare il velo imposto a una dipendente del servizio pubblico ospedaliero rappresenta una restrizione del diritto di libertà religiosa garantito dall'art. 9 della CEDU.

¹⁴ CEDH, *Grand Chambre*, 1 juillet 2014, *S.A.S. c. France*, in [hudoc.echr.coe.int/eng#{"ite-mid":\["001-145240"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

pratica che le donne rivendicano nell'esercizio dei diritti sanciti in tali disposizioni. La Corte ritiene inoltre che, per quanto sia essenziale, il rispetto della dignità dei singoli non possa legittimamente giustificare il divieto generale di indossare il velo integrale nello spazio pubblico. Essa è consapevole che tale capo di abbigliamento è percepito come "strano" dal resto della comunità, ma deve essere più correttamente inquadrato come l'espressione di un'identità culturale che contribuisce al pluralismo di cui si nutre la democrazia.

Interessante è anche il riferimento a casi più datati, del 2008, sempre riferiti alla Francia e al divieto sull'uso del *foulard* all'interno delle scuole, nel rispetto della legge del 2004. In tali ipotesi¹⁵ la Corte ha ritenuto che l'espulsione da una scuola pubblica di studentesse musulmane che, durante le lezioni di educazione fisica, si erano rifiutate di togliersi il velo, non è in contrasto con il diritto di libertà religiosa. In una società democratica, ove coesistono molteplici comunità religiose, può rivelarsi necessario limitare la libertà di religione di alcuni gruppi; ciò non soltanto per motivi di sicurezza e di salute, ma soprattutto dallo scopo di preservare la neutralità e la laicità dell'ambiente scolastico. Più delicati i casi successivi, decisi nel 2009, sempre con una pronuncia di irricevibilità del ricorso, in cui le studentesse rivendicavano la volontà di coprirsi i capelli durante tutto il percorso scolastico e non limitatamente ad alcune ore di lezione e avevano, inoltre, proposto di sostituire il velo con un *bonnet*/cappello che, non rappresentando un visibile segno religioso, non poteva rientrare nella disciplina della legge del 2004. La Corte, ha tuttavia, rifiutato il ricorso sostenendo che «quant à la circonstance que la requérante ait substitué un bonnet au foulard qu'elle portait qui n'aurait, selon elle, aucune connotation religieuse ou tout le moins ne serait pas un signe ostensible ayant pour effet d'exercer une pression, la Cour réitère qu'une telle appréciation relève pleinement de la marge d'appréciation de l'Etat»¹⁶. Il riconoscimento di margini così ampi lasciati alla discrezionalità dello Stato rischia, tuttavia, di ottenere effetti sociali diametralmente opposti allo spirito della norma. Se, infatti, esso era legato alla volontà di preservare

¹⁵ CEDH, 4 décembre 2008, *Dogru c. France*, in <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-90039>; CEDH, 4 décembre 2008, *Kervanci c. France*, in www.revuegeneraledudroit.eu/blog/decisions/cedh-4-decembre-2008-kervanci-c-france-affaire-numero-3164504/.

¹⁶ CEDH, 30 juin 2009, *Aktas c. France*, in <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-93697>; CEDH, 30 juin, *Ghazal c. France*, in <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-93700>; CEDH, 30 juin 2009, *J. Singh c. France*, in <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-93701>; CEDH, 30 juin 2009, *R. Singh c. France*, in <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-93702>.

la neutralità dello spazio pubblico – e di quello scolastico in particolare – per consentire una piena e libera formazione della coscienza, l'allontanamento delle ragazze ha determinato una, non voluta, segregazione delle stesse, costrette a gestire la propria educazione al di fuori dalla scuola pubblica. Sembra, inoltre, difficilmente comprensibile l'equiparazione *velo/bonnet* considerando le variegate forme di abbigliamento giovanile; la rigidità delle istituzioni può in tali casi apparire facilmente come una forma di discriminazione, soprattutto se è demandato agli organismi giurisprudenziali la valutazione di un copricapo come un accessorio di moda o come simbolo religioso.

Anche nelle ipotesi di violazione dell'art. 9 della Convenzione, da parte della Turchia, la Corte Europea, sin dai primi interventi del 1993, ha respinto i ricorsi ritenendo, ad es., che il rifiuto di rilasciare il diploma con una foto del soggetto 'velata' non potesse costituire violazione dell'art. 9, non potendosi ritenere inquadabile in una pratica religiosa qualsiasi condotta ispirata da motivazioni religiose; «les règles applicables aux photos d'identité [...] font ce pendant partie des règles universitaires établies dans le but de préserver la nature 'républicaine', donc 'laïque' de l'université». Ma ha anche sottolineato che «les universités laïques, lorsqu'elles établissent les règles disciplinaires concernant la tenue vestimentaire des étudiants, peuvent veiller à ce que certains courants fondamentalistes religieux ne troublent pas l'ordre public dans l'enseignement supérieur et ne portent pas atteinte aux croyances d'autrui»¹⁷. Si evidenzia in queste ipotesi l'ambigua e pericolosa associazione tra abbigliamento/velo e derive fondamentaliste. Il timore, nello specifico caso della Turchia, è che la laicità, pur solennemente enunciata dalla Carta costituzionale, possa subire pericolose compressioni, legate a una maggiore influenza delle correnti più conservatrici dell'Islam nella vita sociale del Paese. Ancora, in un'ipotesi più recente sempre contro la Turchia, nel 2005, era stata dichiarata la legittimità dell'allontanamento dai corsi della facoltà, di una studentessa che rivendicava, contrariamente alle istruzioni di abbigliamento, il diritto a indossare il *foulard* all'interno dell'Università¹⁸. Alla luce del particolare

¹⁷ CEDH, 3 mai 1993, *Bulut c. Turquie*, in www.olir.it/areetematiche/233/index.php?documento=1595; CEDH, 3 mai 1993, *Karaduman c. Turquie*, in www.olir.it/areetematiche/233/index.php?documento=1128.

¹⁸ *Leyla Sahin c. Turquie*, 10 nov. 2005. Cfr. G. CAROBENE, *La libertà di religione, di manifestazione del credo religioso e il rispetto dell'ordine pubblico. Riflessioni in margine all'affaire Leyla Sahin davanti alla Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in «Diritto e Religioni», 1/2, 2006, pagg. 621- 633.

background culturale della Turchia la Corte ha evidenziato che «on ne saurait faire abstraction de l'impact que peut avoir le port de ce symbole, présenté ou perçu comme une obligation religieuse contraignante, sur ceux qui ne l'arborent pas».

È noto che, in relazione alla tutela della libertà di religione, il controllo degli organismi europei deve essere indirizzato a una valutazione, *in concreto*, del rispetto di tre esigenze fondamentali: il carattere dell'ingerenza, con riferimento al diritto/interesse danneggiato; la scelta tra le misure adottate, privilegiando la meno invasiva e il rispetto della proporzionalità. L'esistenza di queste vincolanti barriere impedisce agli organismi europei di ridisegnare il concetto di libertà così come strutturato dall'art. 9 ma consente di evitare evidenti ipotesi discriminatorie nei confronti dei singoli o dei gruppi. L'ambito di libertà, lasciato ai singoli Stati, consente tuttavia limitazioni evidenti ai diritti dei singoli, sui quali si pone la necessità di una riflessione teorica di più ampio respiro.

3. Collegamento funzionale del rapporto simboli/identità con relativismo culturale e laicità. Conclusioni

È allora necessario reinterrogarsi sul reale concetto di laicità, quanto meno all'interno del nostro tessuto sociale e politico, che dovrebbe implicare la separazione della società civile da quella religiosa, prodromo di una reale neutralità dello spazio pubblico. L'evoluzione dell'ordinamento evidenzia timidi tentativi verso la ricerca di un compromesso, in direzione di una *laicità inclusiva*. La funzione *positiva* della laicità deve, dunque, tendere alla creazione di uno spazio pubblico aperto e fruibile da tutti cittadini, non condizionato né condizionabile da nessuna forma religiosa, tale da consentire un'eguaglianza di trattamento, sia a livello individuale che collettivo, in tutti i settori della vita privata e pubblica collegati con il 'sacro'. La laicità è un risultato, il prodotto delle plurisecolari lotte compiute in Europa dal potere politico per affrancarsi da quello religioso, «un'emancipazione in un primo tempo impostasi come semplice *modus vivendi*, per evitare conflitti distruttivi, e in un secondo tempo riconosciuta come valore politico»¹⁹.

Lo Stato – *res publica* nel senso pieno del termine – garantisce, attraverso la propria neutralità – *neuter* = né l'uno né l'altro – la propria imparzialità, affinché

¹⁹ G. ZAGREBELSKY, *Scambiarsi la veste. Stato e Chiesa al governo dell'uomo*, Laterza, Roma-Bari, 2010, pag. 9.

ciascun individuo, indipendentemente dal proprio privato sentire religioso, possa riconoscersi nel comune contesto sociale e statale. Nel concetto polisemantico di neutralità tale indifferenza dovrebbe tradursi nella possibilità di ricondurre nel solo alveo del diritto comune la fonte e i limiti delle proprie condotte di ispirazione religiosa, assunte secondo l'apprezzamento valoriale che l'ordinamento riserva all'esercizio delle libertà riconosciute dalle Costituzioni.

È noto che il *termine* laicità si colloca in un contesto polisemico, riferibile prima che a livello giuridico, all'ordine dei *valori* eticamente condivisi in/da una determinata struttura sociale; il *principio* di laicità²⁰ rappresenta un archetipo normativo, che assume differenti significati in relazione alla cornice costituzionale che lo delinea e qualifica, come la tutela della libertà di coscienza e la natura privata e privatistica del sentimento religioso²¹. Esso indica un regime di autonomia delle strutture statali in rapporto alle opzioni fideistiche e porta, conseguentemente, alla neutralità e aconfessionalità del potere politico. La laicità è, quindi, non soltanto un *principio*, un ideale obiettivo tendenziale, ma un *metodo*, un percorso delineato per una convivenza pacifica e costruttiva del tessuto sociale.

L'equazione libertà = eguaglianza è fuorviante, attesa l'impossibilità di garantire uguali posizioni giuridiche a situazioni, diritti, richieste, profondamente diverse. Un'azione politica sviluppata in tal senso rischierebbe di non essere pienamente rispettosa delle singole identità. L'effettività di una piena eguaglianza giuridica comporta la realizzazione, da parte del potere politico, dei presupposti concreti destinati all'utilizzazione delle libertà garantite a livello giuridico. Tali temi sono, quindi, emblematici della necessità della coesione della società civile in tema di tutela dei diritti umani fondamentali che non possono, *sic et simpliciter*, essere autoritativamente imposti per legge, ma, per poter essere efficaci, devono essere percepiti come giusti e necessari dai singoli consociati.

Al dato oggettivo di un'inarrestabile evoluzione si evidenzia l'emergere di codici di identificazione collettiva fondati sul concetto di 'identità' che, quando strutturati su un collante culturale/religioso, travalicano i confini nazionali e si pongono in maniera aperta, trasversale, in differenti contesti sociali e poli-

²⁰ Cfr. H. PENA RUIZ, *Qu'est-ce que la laïcité?*, Gallimard, Paris, 2003, pag. 10.

²¹ Cfr. S. FERLITO, *Diritto soggettivo e libertà religiosa. Riflessioni per uno studio storico e concettuale*, Jovene, Napoli, 2002.

tici²². È noto che il fattore religioso ha storicamente rappresentato un fenomeno importante nel processo di trasformazione degli ordinamenti e consente di riesaminare e rimodulare il problema dell'*identità*, base culturale, collettore e garante della successiva integrazione politica. Il punto di partenza deve, dunque, essere rappresentato da una corretta comprensione di tali concetti affinché agli stessi si riesca a dare una impalcatura non solo filosofico – concettuale, ma giuridico-positiva.

L'analisi giurisprudenziale in ambito europeo evidenzia situazioni difficilmente accettabili in una struttura politica che si voglia definire democratica e sottolinea l'incapacità di gestione di nuove problematiche emergenti a livello sociale. Il velo, infatti, ha assunto, nel pensiero 'occidentale', un valore alterato che porta a negare i molteplici significati che esso effettivamente assume nella cultura islamica, o in una determinata parte della stessa. Il valore polisemico del velo deve, infatti, necessariamente fare riferimento alla pratica religiosa ma anche alla tradizione e al ruolo delle donne nella società. Nella nostra visione, distorta e semplicistica, ne abbiamo ridimensionato il valore simbolico associandolo al fondamentalismo, a una cultura retrograda e misogina. L'analisi sociologica ha, tuttavia, spinto a valutare come tale pratica, abbandonata dagli immigrati di prima generazione, tende piuttosto a diventare fondamentale per i figli degli stessi, cittadini a tutti gli effetti dei Paesi occidentali di accoglienza e perfettamente integrati nel tessuto sociale. Se le prime generazioni sembravano cercare un possibile processo di assimilazione con la cultura dominante i giovani sembrano, al contrario, voler individuare gli elementi di identità delle proprie origini, collettori delle comuni radici²³. Ed è in tal senso che il velo assume un valore simbolico indubbiamente di forte impatto, anche perché immediatamente visibile.

È importante valutare, inoltre, e con attenzione, le problematiche legate alla specificità culturale, in relazione alle coordinate spazio-temporali: basti pensare alle profonde differenze sull'uso del velo nei Paesi in cui si rispettano i principi del Corano e all'uso – simbolico, strumentale- che, invece, si sta diffondendo nei Paesi occidentali quale manifestazione identitaria, culturale oltre che culturale (cui una conservatrice cultura politica di stampo xenofobo risponde con imposi-

²² M. RICCA, *Le religioni*, Roma-Bari, Laterza, 2004 e ID. *Pantheon. Agenda della laicità interculturale*, Torri del Vento, Palermo, 2012; A. Fuccillo, *Giustizia e religione*, Giappichelli, Torino, 2011.

²³ L. DJITLI, *Lettre à ma fille qui veut porter le voile*, éd. La Martinière, Paris, 2004. Ma cfr. anche M. VIANÈS, *Un voile sur la République*, Stock, Paris, 2004.

zione di divieti di abbigliamento che acutizzano la conflittualità sociale).

La valutazione di questi fenomeni e la necessità di trovare idonee risposte giuridiche impone un ampliamento prospettico, fondato su un'attenta valutazione dei diritti umani fondamentali. Problema giuridico di non facile soluzione si pone, quindi, riguardo alla necessità di bilanciamento tra il diritto alle differenze culturali e la volontà di difesa dei valori tradizionali, legati alla configurazione della propria identità. La formazione culturale è, infatti, così strettamente consolidata nelle percezioni individuali, che capire il modo di vivere delle altre società, e quindi le possibilità di relazionarsi alle stesse, dipende da una piena comprensione della 'logica culturale interna', attraverso un ripensamento e una relativizzazione delle categorie di 'diritti umani assoluti'²⁴. Il concetto di "relativismo culturale" parte da un assioma fondamentale: il riconoscimento dell'esistenza, e della dignità, di culture diverse dalla propria. Tale espressione non è stata recepita nel sistema filosofico delineato nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1948 che ha preferito porre, secondo una visione occidentocentrica, alcuni valori come assoluti. Un documento rispettoso delle differenze culturali avrebbe dovuto, invece, considerare che gli individui realizzano la loro personalità attraverso la propria cultura e, quindi, che il rispetto per le differenze individuali implica un rispetto per le differenze culturali.

Il relativismo culturale è legato al contatto tra individui che hanno subito processi di inculturazione in culture diverse e impone la necessità di trovare regole transculturali quando le dinamiche del processo di inculturazione rendono impossibile comprendere e giudicare soggetti appartenenti a culture diverse²⁵. Esso tende alla minimizzazione delle conflittualità attraverso le ragioni del dialogo, del confronto e della negoziazione; evidenzia che la scelta tra le diverse visioni

²⁴ È noto che la nascita del concetto di 'relativismo culturale' è legata alle evoluzioni dottrinarie del 'particolarismo storico' di F. Boas e del 'funzionalismo' di B. Malinowski che hanno scardinato la mentalità etnocentrica ed evolucionista di stampo ottocentesco. Cfr. B. MALINOWSKI, *Una teoria scientifica della cultura e altri saggi*, Feltrinelli, Milano, 1962: l'A. propone la c.d. "prospettiva funzionalistica olistica" in cui la cultura è vista come un organismo vivente. Ogni elemento culturale deve dunque essere analizzato e compreso solo tenendo conto del suo funzionamento in relazione alla totalità della società.

²⁵ Esso si fonda, dunque, sul desiderio di comprendere le diversità ed è compito dell'antropologo la conoscenza del 'diverso' finalizzata alla ricerca di regole universali: cfr. C. KLUCKHON, *Ethical relativity: Sic et non*, in «The Journal of Philosophy», voll. 52, 53, 23, 1955, pagg. 663-677, il quale definisce il compito dell'antropologia quello di elaborare tecniche per tenere sotto controllo le differenze di significato tra valori apparentemente simili e per trovare somiglianze quando i fenomeni appaiono sostanzialmente diversi agli occhi dell'osservatore (cfr., in particolare, pag. 677).

del mondo non è un'opzione arbitraria del singolo ma strettamente legata al processo di inculturazione. Questa prospettiva lo avvicina al concetto di 'pluralismo' che definisce l'esistenza, all'interno dello stesso tessuto sociale, di una molteplicità di visioni del mondo. Il problema evidenziato dai teorici del pluralismo è un continuo lavoro di costruzione, basato sul riconoscimento di posizioni diverse, sulla base dei principi democratici²⁶.

La differenza tra le due impostazioni è che se il pluralismo combatte il principio dell'assolutezza delle norme e dei valori, il relativismo combatte l'idea che la 'fusione' sia un concetto pericoloso e sostituisce l'idea della cultura come un prodotto, un processo storico in continua trasformazione²⁷. È compito del giurista la traduzione in linguaggio normativo e coercitivo di una serie di regole di condotta che, sulla base di queste premesse, consenta il pacifico relazionarsi degli individui all'interno di un determinato tessuto sociale.

La religione è un fenomeno soggettivo, privatistico; se ci si sposta sul terreno pubblico, l'adesione fideistica diventa – o dovrebbe diventare – un fenomeno irrilevante a livello collettivo. La laicità è dunque definibile come la cittadinanza democratica. Essa, prima di essere una norma giuridica fonte di diritti/obbligazioni, è un ideale. Il carattere laico di una struttura politica sarà acquisito quando tutti i gruppi che compongono il tessuto sociale percepiranno questo principio come una chance, una garanzia di poter liberamente esercitare i loro diritti e il loro culto, indissolubilmente legata ai principi di libertà e di eguaglianza. Una sua corretta interpretazione può, dunque, costituire la forza propulsiva a una corretta integrazione sociale. La difesa dell'esibizione identitaria non può costituire *tout court* minaccia o involuzione dell'ideale laico. Il superamento della dicotomia laicismo – fondamentalismo è la sfida delle comunità moderne, democratiche e pluraliste che, in nome di un ampio concetto di tolleranza siano in grado di accogliere le diverse identità, di gestire armonicamente le inevitabili conflittualità, interne al sistema, di favorire la ricerca del delicato equilibrio tra libertà ed eguaglianza.

Occorre, dunque, potenziare una *politica dell'identità* nel rispetto delle *di-*

²⁶ G. SARTORI, *Pluralismo, multiculturalismo e estranei. Saggio sulla società multi-etnica*, Milano, Rizzoli, 2000; G. ZAGREBELSKY, *La virtù del dubbio. Intervista su etica e diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007 e, dello stesso a., *Contro l'etica della verità*, Laterza, Roma-Bari, 2008.

²⁷ U. FABIETTI, *L'identità etnica. Storia e critica di un concetto equivoco*, Carocci, Roma, 1995; G. CANCLINI, *Culture ibride. Strategie per entrare e uscire dalla modernità*, Guerini e Associati, Milano, 1998.

versità. La finalità dovrebbe essere il raggiungimento di una prospettiva interculturale fondata sul dialogo e non su processi di assimilazione forzata ai nostri paradigmi concettuali ed etici, e in tal senso tali problematiche coinvolgono la società nel suo complesso e la *responsabilità sociale* di tutti gli individui²⁸. Il progetto di laicità deve dunque essere teso alla realizzazione di uno spazio realmente aperto a tutti e di tutti in cui la religiosità costituisce un *valore* di coesione sociale solo se depone ogni “pretesa di infallibilità”²⁹ e se non confonde il bisogno di ‘cooperazione’ dialogante con quello di “occupazione” degli spazi legittimi del pluralismo, che definisce una realtà socialmente e giuridicamente multipla³⁰.

²⁸ H. JONAS, *Il principio responsabilità. Un'etica per la società tecnologica*, Einaudi, Torino, 1993, sottolinea che (pag. 124): «nella compartecipazione al destino umano i fini dei suoi simili, sia che egli li condivida oppure si limiti a riconoscerli negli altri, e il fine in sé della loro esistenza, possono in maniera unica confluire nel suo proprio fine: archetipo di ogni responsabilità è quella dell'uomo sull'uomo».

²⁹ G. ZAGREBELSKY, *Contro l'etica della verità*, Laterza, Roma-Bari, 2008, pagg. 87-92.

³⁰ M. RICCA, *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, Dedalo, Bari, 2008, pag. 41.

Stato sociale e principio di legalità nel pensiero etico-politico di Acocella

GIACOMO DI GENNARO

The reflection focuses on the theoretical contributions that Acocella has provided on the themes of social policy and the culture of legality. Given the changes in the welfare system, there are many contributions that discuss the new role of the union as an actor and protagonist of the representation of new welfare community. A welfare community that looks at the new role of pensioners both as protagonists and as weak subjects recipients of new services, of new social practices that activate or guide their active ageing. The reflection produced on welfare intersects the theme of citizenship rights and that of the relationship between law and legality. He dedicates himself meaning of the law or rather of "juridical experience", permanently understood as a rational and historical research of his essential function of fighting against every forms of arbitrariness.

Welfare community; role of union; legality; juridical experience.

1. *Premessa. Stato sociale ed economia civile. Come combinare dimensione etica e produzione di servizi alla persona?*

Contribuire alla riflessione sul lavoro scientifico di un collega, ancorché un caro amico, con il quale si è condiviso un periodo lungo della propria attività accademica e istituzionale è sempre opera rischiosa, perché è facile che i contenuti non si distacchino dai presupposti sentimenti di affetto e amicizia assieme coltivati e dalle passioni condivise andate oltre il mondo universitario. Sentimenti che inevitabilmente e indubitabilmente rischiano di alterare un giudizio scientifico specialmente quando è difficile ritagliare il profilo di una persona che incarna una poliedricità di dimensioni (scientifica, culturale, politica, sindacale, istituzionale) oltretutto coniugate in una ricerca costante di sintesi e verità arricchite dall'impegno civile e dalla militanza cattolico-sociale e democratica. Una ricerca espressa attraverso una tensione costante ed equilibrata, più che a non giustapporre, a ricucire in una coerenza intelligente, efficace e metodologica il contributo che le singole esperienze di volta in volta hanno apportato alla poliedricità (in cui si connette il pensiero politico, etico sociale e sociologico) che appunto caratterizza Acocella sia come studioso che come persona.

È con questa garbata consapevolezza che quindi preferisco ritagliarmi un segmento di questa poliedricità che trova oltretutto un suo radicamento nell'immensa produzione di scritti che Acocella ha generato fino ad oggi, corrispondenti esattamente ai diversi ambiti nei quali si è espresso il suo impegno. Nel districarmi tra essi il compito arduo mi viene facilitato, però, sia dalla linearità e coerenza del percorso intellettuale del Nostro, espresso con curiosità costante per l'attenzione all'agire morale, sia dalla scelta più agevole che ricevo dal concentrarmi sul contributo che egli ha offerto ai diversi interlocutori sui temi della politica sociale e della cultura della legalità.

Il primo spazia dal nuovo ruolo di rappresentanza del sindacato rispetto ai temi del lavoro e del lavoro precario, dell'assistenza agli anziani, ai pensionati, ai più deboli e all'universalità ed effettiva realizzazione dei diritti di cittadinanza. Questi ultimi considerati sempre, innanzitutto, conquiste rilevanti della nostra Repubblica e del nostro Stato sociale che oltreché da tutelare, vanno efficacemente realizzati. Il secondo – al quale Acocella si è dedicato nell'ultima fase della sua vita accademica e coincidente con l'impegno, a partire dal 2013, nel costituito *Osservatorio sulla legalità*, organo interno all'Istituto di Studi Politici "S. Pio V" – s'incentra su un tema caldo che interseca tutti gli interessi precedenti, ovvero il "principio di legalità", approfondito e declinato con il destino stesso della democrazia e la formazione dello Stato di diritto. Un tema che non riguarda ovviamente solo il rispetto della legge, il sentimento di giustizia, la distinzione tra diritto e morale, le modalità di contrasto dell'illegalità, le forme perniciose dell'illegalità, ma il modo in cui si concepisce la legge, il suo valore e la modalità applicativa e osservativa che distingue i regimi dispotici da quelli democratici, i limiti tutt'ora presenti nel rapporto tra diritto e legalità.

Il tema della politica sociale e delle modificazioni del *welfare* è uno dei punti di approfondimento nei diversi scritti di Acocella. Uno Stato sociale concepito come non più affidato al rigoroso normativismo dell'ordinamento statale ma valorizzato per quel portentoso processo di evoluzioni e modificazioni del *welfare* in cui forme organizzative autonome di soggetti sociali (accanto e oltre lo Stato) sono riconosciuti come portatori di nuovi diritti di cittadinanza ed essi stessi quali nuovi soggetti di diritto e nuove fonti di normazione.

Una concezione descritta in vari saggi che trova forte coincidenza con quella visione etica e quella difesa delle autonomie sociali che già Giuseppe Capograssi aveva espresso, e al quale il nostro si ispira, per i quali le nuove forme attraverso cui il sociale si esprime e si collega alle istituzioni possono essere intese come «organismi etici collettivi» che concorrono alla realizzazione dell'esperienza co-

mune e della produzione di beni comuni: unica cifra che rende possibile sottrarre l'azione umana all'egoismo.

La produzione che intercetta i temi del nuovo *welfare* coincide con l'impegno che Acocella assolve entrando prima nel Comitato Scientifico della rivista della FNP-Cisl "Oggi, domani, anziani", (la rivista della federazione sindacale dei pensionati della Cisl) tra il 1992 e il 2005, poi come Direttore del Centro studi nazionale della Cisl tra il 2001 e il 2005, ove ha ispirato la ricerca sui temi del rapporto tra etica e lavoro, tra diritti del lavoro e capitalismo maturo, tra poteri pubblici e trasformazione del mercato del lavoro e, infine, quale Vice-presidente del Cnel, Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro per la VIII Consilia-tura dal 2005 al 2010. Un lungo periodo nel quale affronta il ruolo dei pensionati come soggetti "sociali orizzontali" espressione sia di una specifica attenzione ad una realtà empirica nuova che va eccedendo nel panorama del mondo sociale, sia quale realtà che raccoglie in sé l'indeclinabile necessità della destinazione di nuovi servizi, di nuove forme di assistenza, di nuove prassi sociali che ne attivino o ne orientino l'*active ageing* (o invecchiamento attivo). Così come è lo stesso periodo nel quale la sensibile attenzione ai temi dell'etica, dei fondamenti etici ed etico-sociali dell'esperienza giuridica, guarda al Terzo Settore e in particolare all'impresa *no-profit* sotto il profilo della caratterizzazione sociale ed etico-sociale delle iniziative imprenditoriali, specie quelle quando sono promotrici o partecipino le organizzazioni di rappresentanza dei lavoratori.

1.1. *Presupposti analitici che orientano la riflessione*

Alcuni presupposti sono di fondamentale rilevanza per comprendere l'itinerario riflessivo che Acocella dedica ai diversi aspetti entro i quali si articola il tema del nuovo *welfare* e quello della trasformazione dei processi normativi e delle teorie etico-giuridiche che si riferiscono a tali processi. Innanzitutto la crescente influenza dell'organizzazione economica, ovvero del capitalismo liberale il cui ordine passa contagiando ogni ambito della vita umana, nonchè sulle decisioni pubbliche e collettive, attraverso processi di legittimazione e riconoscimento di un modello le cui leggi (convenienza e utilità dell'atto) racchiudono una razionalità che ha pretese di imperativo morale. Un'organizzazione economica globale curvata sulla permeabilità e il disciplinamento del consumo a tutti i costi e che, come ha già ampiamente inteso Bauman, assoggetta alle regole del mercato i poteri e le istituzioni della politica. Da qui, secondo aspetto fortemente presente nella ricerca intellettuale del nostro autore che interseca la riflessione sul *welfare*: il significato etico del diritto, o meglio dell'"esperienza giuridica", permanente-

mente intesa come ricerca razionale e storica della sua essenziale funzione di lotta contro ogni forma di arbitrio. Ovvero, come affrontare e vincere una sfida ove la struttura dello Stato, per effetto della “grande trasformazione” ha difficoltà a preservare la democrazia sia per effetto della riduzione della sovranità centrale degli Stati, dell’evoluzione della vita politica in direzione della personalizzazione della leadership, della vitalità – ai limiti dell’implosione – che proviene dalle formazioni intermedie che «generando la legge riformulano il rapporto tra individuo e Stato, dando vigore nuovo ai diritti fondamentali della persona»¹.

Una sfida da cogliere, quindi, quella dell’evoluzione dei regimi politici democratici ma ancor più una criticità da fronteggiare adeguatamente quella della crisi dell’autorità della legge, perché «la grande trasformazione (...) mette in gioco l’inseparabile relazione che intercorre tra responsabilità individuale ed edificazione *comune* dell’ordine morale, mutando le prospettive del diritto, per il quale la *lotta per l’ordine etico* costituisce lo scopo storico (...) del mondo umano»². L’essenza di questa crisi risiede nel legislatore che è sempre meno orientato eticamente e responsabilmente verso la comunità, l’universalità, ma sempre più come difensore e valorizzatore dei diritti che discendono dal pluralismo etnico e culturale, pur sapendo di rischiare l’«aberrazione della liquidazione dei diritti umani» in nome del rispetto del diritto privato, della volontà privata. Questo privilegiare i diritti privati, o meglio di proprietà (ovvero i diritti soggettivi ed immateriali) mortifica la centralità dell’azione legislatrice e regolatrice della comunità, ribalta il rapporto tra diritto pubblico, costituzione e diritto privato a vantaggio di quest’ultimo.

Non ci si deve meravigliare, allora, se l’*utilità sociale* non è più la misura della relazione tra interesse pubblico e volontà privata e se la norma pubblica si svuota di quei connotati di valore che i Padri costituenti hanno racchiuso nella Carta come espressione della volontà pubblica e dell’imperio dello Stato di diritto, nonché come una risorsa che accompagna il cammino generativo delle comunità associate. È un ribaltamento che feconda una crisi del diritto e dello Stato di diritto di cui la stessa sovranità popolare ne è espressione. Una criticità che va accolta però come sfida, perché investe l’architettura istituzionale, il senso della democrazia – da considerarsi mai compiuto e dato – la trasmissione

¹ G. ACOCELLA, *Etica, diritto, democrazia. La grande trasformazione*, il Mulino, Bologna, 2010, pagg. 130-131.

² *Ivi*, pag. 131.

della cultura democratica basata eticamente sui tre principi fondamentali della libertà, della dignità e dell'uguaglianza. Ecco perché l'azione legislatrice dello Stato democratico tutela i diritti dei più deboli senza subordinare la comunità a questi. Tuttavia, senza il vincolo etico il diritto e la stessa struttura dello Stato rischierebbero costantemente di cedere il passo a quella "tirannide della maggioranza" di toquevilliana memoria che è sempre in agguato nel retroscena sociale.

Un terzo aspetto, infine, connesso ai precedenti: l'ordine conseguito dallo Stato contemporaneo è minato dai cambiamenti che attraversano la società e le relazioni di cui essa è intessuta. La prima modernità si è basata sull'orizzonte fordista, modellando il lavoro e le sue forme per un lungo tempo, e ha connotato il *welfare state* garantendo la stabilità del lavoro, l'interdipendenza dei ruoli sociali, perfino la stessa rappresentanza del mondo del lavoro, e le sfere dell'autorità erano connesse e riconosciute dalle diverse compagini sociali entrando nella vita delle persone, non semplicemente sorvolandovi sopra. Lo stesso sindacato, attore sociale al quale Acocella ha dedicato lunghi anni della vita, ha distanziato la propria strategia politico-organizzativa dalla pura rivendicazione salariale – tipica del primo dopoguerra – avvicinandola alla più ampia rappresentanza del sociale – tipica del secondo dopoguerra – perché determinata dalla modificazione del significato del lavoro, sempre più concepito come luogo centrale, nobile della dignità e relazione sociale, dimensione etica della vita collettiva. La seconda modernità è connotata dal telelavoro, dall'innovazione tecnica, dai lavori atipici e a tempo determinato, dalla fine del lavoratore-massa. I luoghi sociali del lavoro si sono frammentati e la radice comunitaria del lavoro, sostiene Acocella, si è dispersa³. Le istanze di cui le organizzazioni sindacali si fanno carico si distribuiscono fra interessi che hanno spesso il sapore del "chiuso", della difesa competitiva dell'organizzazione e non guardano degnamente alle criticità connesse al lavoro non qualificato, non tutelato⁴. Proprio quello meno attrezzato di storia sindacale e di forme tradizionali di tutela. Eppure, proprio di fronte ai processi più disgregativi indotti dalla globalizzazione, il lavoro, secondo Acocella, merita un'attenzione particolare in quanto ha un valore in sé. Ovvero, vi è un «presupposto etico *nel lavoro in quanto* il lavoro è la persona». Questa opzione "politica e

³ G. ACOCELLA, *Ripensare il lavoro. Rappresentare il sociale. Il sindacato dell'autonomia affronta il futuro*, in «Oggidomani anziani», 3, 2000, pagg. 31-52.

⁴ *Ivi*, pagg. 36-37.

morale” è fatta dalla nostra stessa Costituzione (art.1) che dà dignità alla persona umana non a partire dal profitto o dal denaro, ma dal lavoro⁵.

Questa modificazione del mondo del lavoro si accompagna e ha effetti sulla stessa organizzazione del *welfare* che nella seconda modernità – per effetto centrale della crisi fiscale dello Stato – si organizza in forme e strutture reticolari, con nuovi protagonisti: il terzo settore, l’impresa *no-profit*, le organizzazioni di privato sociale, il volontariato, le fondazioni etiche, il mondo della cooperazione, il *welfare* di comunità e quello integrativo aziendale.

1.2. *Quale welfare nella seconda modernità?*

Nel 2013 nella rivista «Qualità sociale» appare un contributo dal titolo *Verso un nuovo welfare*, nel quale Acoella sostanzia la posizione di chi considera la crescita quantitativa e l’ampliamento qualitativo del terzo settore in Italia nella forma di rete (*societal network*) un fatto positivo, un livello autorganizzato del sociale per realizzare e migliorare la sussidiarietà sociale, sebbene la dimensione auto-normativa dell’agire associativo, tipica del privato sociale, può avere effetti implosivi nel desiderio ossessivo di ritagliarsi un profilo etico distante sia dall’etica pubblica (nella quale sono preminenti le finalità sociali dichiarate dallo Stato), sia dall’etica degli affari (caratterizzata dalla ricerca del profitto per le imprese operanti nel mercato). Inoltre la positività è data dalla capacità del privato sociale di produrre *capitale sociale* sia di tipo civico che societario, ovvero insieme di risorse immateriali poste in circolazione che elevano la qualità delle relazioni sociali perché le nutrono di fiducia, reciprocità, valutazione morale, stima reciproca, cooperazione, solidarietà, mutuo aiuto, affidabilità, responsabilità etc., acquisiti e spesi non solo per accrescere il capitale soggettivo, ma per raggiungere fini comuni e produrre beni comuni.

Viene sottolineato, quindi, quel carattere particolare che gemma all’interno del *welfare* e che nutre la stessa struttura reticolare nei rapporti tra le diverse forme associative e organizzative e gli enti locali, le strutture dello Stato. La linea interpretativa va oltre la diffusa tesi residuale che vuole le imprese no-profit in genere e il terzo settore come unità che si identificano per il semplice fatto che rinunciano alla distribuzione degli utili. Così come rifugge l’idea che l’aspetto distintivo delle organizzazioni di privato sociale sia esclusivamente riconducibile alla funzione

⁵ G. ACOCELLA, *Radici e attualità della Costituzione*, in «Oggidomani anziani», 2, 2008, pag. 14. Corsivo nostro.

sostitutiva di beni, attività e servizi da parte dello Stato nei settori dell'assistenza e della solidarietà per effetto della sua inefficienza e inefficacia. Tanto meno l'azione del no-profit non può essere letta come esclusiva concorrenza con l'azione pubblica comunitaria in virtù di criteri di risparmio connessi alla riduzione del costo del lavoro e/o delle garanzie sociali o all'uso strumentale del volontariato⁶. Rischi inoppugnabili ed esistenti, ma non per questo utili a minarne la riconoscibilità e rilevanza sociale. Rilevanza che non è data solo dalla messa in circolazione, per il volontariato per esempio, dell'etica del dono, ma dall'altresì capacità dell'impresa sociale di saper stare nel mercato sia offrendo una qualità del servizio adeguata, sia sapendo conservare i suoi caratteri sociali ed etici. D'altra parte, se così non fosse «quale etica del dono e quale novità rispetto al modello dell'intervento pubblico ed istituzionale *si registrerebbe* se il rapporto privilegiato tra Stato e Terzo settore *svelasse solo come* espediente per sottrarre responsabilità sociale all'azione pubblica oppure, ancor peggio, *se si rivelasse* compensativo (e consolatorio) dell'influenza reale degli affari e del mercato sull'indirizzo dello Stato?»⁷.

Il nuovo *welfare* che va strutturandosi, quindi, è modellato dai contesti sociali e a sua volta li caratterizza, ma si declina anche quale esito di politiche sovranazionali che vedono sempre più l'Unione europea indirizzare i sistemi nazionali di *welfare* e le politiche sociali, da un lato, verso modelli *mix*, dall'altro, ancorati a vincoli di bilancio, di spesa sociale e armonizzazione di decisioni le cui traiettorie incrociano tradizioni e varietà nazionali e regionali, dinamiche interne economiche e sociali corrispondenti agli specifici percorsi storici, politici e culturali di ogni Paese e dai quali emergono itinerari di efficienza di servizi sociali, produzione di risposte ai bisogni dei cittadini più o meno virtuosi o viziosi. Da qui la consapevolezza, che Acocella esprime, a riguardo di scenari futuri nei quali i sistemi di *welfare* locale andranno differenziandosi tra gli Stati europei e all'interno delle aree regionali di ogni Paese, in quanto interessati in modi diversi da aspetti che vanno dall'autosufficienza locale, al protezionismo sociale, dall'arretratezza o residualità, a misure più universalistiche e sviluppate. Basti guardare, del resto, al differente carico demografico della popolazione anziana, al ricorso alle prestazioni informali a base familiare, alla diversa presenza femminile sul mercato del lavoro, ai diversi tassi di occupazione locale, alla capacità del singolo

⁶ G. ACOCELLA, *Alcuni interrogativi sull'etica dell'impresa no-profit*, in «Oggidomani anziani», 4, 2004, pagg. 47-51.

⁷ *Ivi*, pag. 51. Corsivi nostri.

comune o quello associato di produrre, regolare, coordinare servizi e prestazioni, all'eterogenea possibilità dei sistemi locali di drenare risorse economiche attraverso imposte e fiscalità locali. Tutte variabili dalla cui combinazione dipende l'effettività delle risposte ai nuovi rischi sociali e alla nuova morfologia dei bisogni.

Se si può condividere, allora, che il mondo del Terzo settore, il no-profit, l'impresa sociale e perfino il volontariato per non pochi aspetti, rappresentino segmenti interni all'ampia società civile e formazioni sociali intermedie che sotto il profilo economico sono strumenti di ottimizzazione economica (come direbbe Zamagni)⁸, o forme di bilanciamento delle disfunzioni che la stessa economia di mercato capitalistico contribuisce a causare⁹, o fonte di occupazione¹⁰, luogo di produzione di una concezione etica del lavoro, meno convenzionale e utilitaristica, un "agglomerato di significati" sociali e senso compiuto non riducibile alla pluralizzazione dei significati professionali¹¹, una realtà sottosistemica che pur dentro una logica sistemica del sociale esprime una sorta di "doppia natura" relazionale (come ha osservato Donati)¹² perché da un lato si connette funzionalmente alle altre sfere istituzionali e, dall'altro, costruisce una ecologia di rapporti interni alle diverse organizzazioni fondandoli su un codice comunicativo più empatico, attento alla qualità della relazione, alla valorizzazione delle esperienze ed energie personali. Se si può condividere, insomma, che questa realtà composita e multidimensionale conferma l'esistenza di un sistema socio-politico pluralista nel quale la convivenza di corpi intermedi e la separazione dei poteri fra le istituzioni è da considerarsi una risorsa per la vita sociale e non una debolezza, una condizione che accresce la dialettica interna ed esterna fra le diverse sfere della vita sociale, è pur vero che occorre ammettere che la riorganizzazione dei sistemi di *welfare* locale necessariamente dovrà passare attraverso una ridefinizione dei principi di universalità e selettività. Questi ultimi sono messi a rischio ed esigiti in Europa in generale (culla del *welfare state*), da necessità di equilibrio finanziario, oggi messo a rischio dalla sfida demografica. Il peso della classe degli adulti over 65, in Italia, sul totale della popolazione è andato aumentando e, nelle proiezioni

⁸ S. ZAMAGNI, *No profit come economia civile*, il Mulino, Bologna, 1998.

⁹ C. RANCI, *Le nuove disuguaglianze sociali in Italia*, il Mulino, Bologna, 2002.

¹⁰ C. BORZAGA, C. FIORENTINI, A. MATAACENA (a cura di), *Non-profit e sistemi di welfare*, Carocci, Roma, 1996.

¹¹ F. BUCCARELLI, *Culture del lavoro nel privato sociale*, in «Stato e Mercato», 72, 2004, pagg. 475-508.

¹² P. DONATI, *La teoria relazionale della società*, FrancoAngeli, Milano, 1996.

degli istituti di statistica, raggiungerà il 41% entro il 2050. A ciò si affianca il fenomeno dell'incremento dei flussi migratori verso l'Europa provenienti da paesi emergenti. In termini di sostenibilità finanziaria dei sistemi di *welfare*, le due tendenze demografiche agiscono in direzioni opposte: l'invecchiamento riduce la base contributiva e aumenta la spesa per le prestazioni, mentre l'aumento dei flussi migratori contribuisce a mitigare il processo di invecchiamento e a sostenere il gettito contributivo.

Ecco perché occorre un orizzonte sui temi del *welfare* che punti all'incremento del capitale umano, alla maggiore liberazione delle energie femminili nelle aree del Mezzogiorno in modo da combinare sviluppo dell'economia, forme di contrasto alla socializzazione a percorsi e sentieri devianti, aumento dei tassi di occupazione giovanile, coordinamento più efficace dei rapporti tra terzo settore, ente pubblico e mercato, valorizzazione delle abilità fisiche e intellettuali degli anziani il cui segmento *attivo* crescerà tra il 2020 e il 2050.

È a queste consapevolezza che Acocella dedica tutta la sua riflessione e operatività (nell'esercizio delle sue funzioni) per ciò che riguarda i temi del *welfare*. Una consapevolezza che incrocia alcune sfide attuali e future, dovute ai nuovi rischi sociali (occupazioni precarie; riduzione e frammentazione dei periodi contributivi; aumento della povertà e dell'esclusione sociale per famiglie e singoli, specie nelle aree del Paese ove la dinamica economica è più debole e mortificata dall'azione del crimine organizzato e dall'influenza negativa dell'uso della spesa pubblica; nonché dai crescenti bisogni assistenziali 'specializzati' della popolazione anziana) e da come più celermente ed efficacemente si organizza il *welfare* integrativo aziendale e anche nella P.A. (di per sé risposte alla riduzione del grado di vulnerabilità delle famiglie, specie in quelle ove l'occupato è unico, e risposte alle disuguaglianze di opportunità)¹³.

¹³ Alcune proposte sono minuziose e spesso investono anche il mondo amministrativo universitario. Come ad esempio la revisione del regolamento dei sussidi alla luce dell'art. 67 del CCNL 2018, che prevede la disciplina della concessione di natura assistenziale e sociale a favore dei dipendenti; iniziative di sostegno del reddito della famiglia (sussidi e rimborsi); supporto all'istruzione e promozione del merito dei figli dei dipendenti; contributi a favore di attività culturali, ricreative e con finalità sociale; prestiti a favore di dipendenti in difficoltà di accesso ai canali ordinari del credito bancario o che si trovino nella necessità di affrontare spese non differibili; polizze sanitarie integrative delle prestazioni erogate dal servizio sanitario nazionale. Il presupposto è che si ritenga giusto mantenere i tipi di sussidi già previsti, ma che occorra integrarli e soprattutto allargare alternativamente la platea degli aventi diritto accedendo ad ulteriori tipologie di benefici, che vengono catalogati come bonus formazione e cultura. Tale

Insomma una visione che incrocia molti degli aspetti che vanno maturando da un pò di anni in quella letteratura sociologica che si ispira al modello del “*welfare* responsabile” e che partendo proprio dai fallimenti del *welfare state* incentra la sua proposta sulla persona, la responsabilità, la dimensione meso quale luogo privilegiato della sua attuazione¹⁴. Il modello di politica sociale che si propone e che già trova riscontri in *best practices* va oltre l’impostazione unidirezionale caratterizzata dall’azione del singolo attore (sia esso Stato o mercato o Terzo settore) o più attori non coordinati tra loro, ma adotta un approccio che include e mette in sinergia (*et-et*) i vari *stakeholder* a tutti i livelli e nei differenti ambiti, assumendo una logica di rete fondata sull’impegno a integrare, a mettere insieme in modo armonico e coeso gli attori sociali, attraverso una particolare forma di governance che privilegia l’orizzontalità rispetto alla verticalità, creando uno spazio sociale nuovo quello di ‘prossimità’ ove si generano innovative e più adeguate risposte alle sfide della modernità avanzata.

1.3. *Il ruolo del sindacato per una politica sociale multilevel inficiata da un ordinamento europeo debole e una concentrazione dei poteri economici che sta aumentando le disuguaglianze sociali*

Ma in questo *welfare* realizzabile Acocella vede tra gli attori sociali chiamati a contrastare i diversi punti di criticità anche il sindacato, specie dei pensionati, ambito al quale il nostro ha dedicato molti interventi¹⁵ anche quando ha ricoperto la carica di Vicepresidente del Cnel, considerandolo proprio rilevante ai fini di una nuova proposta nel nuovo scenario politico-istituzionale dell’attuale Stato sociale *multilevel*.

Innanzitutto rappresentando «le differenti forme in cui la vitalità degli anziani arricchisce l’area della tutela sociale (volontariato, cooperazione sociale a vantaggio dell’infanzia e dell’adolescenza, attività di tutela dell’ambiente, della formazione professionale, della sicurezza pubblica su base territoriale). Poi, facendosi portavoce di un presupposto, ovvero che «il sistema previdenziale non può

contributo potrebbe essere erogato per acquisti correlati alla formazione professionale e culturale, come corsi di aggiornamento di ulteriore, qualificata e specializzata formazione tecnica, informatica, linguistica, di viaggi culturali, spese per consumi culturali (teatro, cinema, libri, musei, aree archeologiche, gallerie, monumenti ed altri eventi). L’accesso a tali contributi, a differenza dei sussidi, non si fonderebbe necessariamente sul modello ISEE.

¹⁴ Cfr. V. CESAREO (a cura di), *Welfare responsabile*, Vita e Pensiero, Milano, 2017.

¹⁵ Vedi numeri diversi della rivista «Oggidomani anziani».

essere affrontato con criteri meramente contabili, perché *esso è un capitolo essenziale della solidarietà istituzionale di un paese che voglia definirsi civile*¹⁶.

Pur riconoscendo, ovvero, che l'età media di quiescenza in Italia è più bassa, è opportuno sottolineare che ciò è dovuto ai *regimi particolari* che hanno consentito negli ultimi decenni in molti ambiti lavorativi (es. banche; istituti ed enti pubblici governativi, scuola) il raggiungimento rapido dell'età pensionabile, con non poche condizioni favorevoli per molti dipendenti. Pertanto, non è espressa una posizione impropria di congelamento dell'età pensionistica, ma ciò che sostanzia la posizione è l'attenzione da un lato, ai lavoratori che svolgono lavori 'usuranti' e dall'altro, alla modificazione con maggiore cautela dei "coefficienti di trasformazione" considerando l'età di ingresso nel mondo del lavoro oggi per molti giovani più ritardata. Questo è uno di quegli aspetti che hanno reso il nostro Stato sociale e il suo modello 'perverso', nel senso che l'azione pubblica si è orientata in una direzione ove molti interventi hanno beneficiato alcune generazioni ma aumentato il peso e la sostenibilità degli stessi per le altre e successive generazioni¹⁷.

Ma il ruolo del sindacato dei pensionati è vivificato innanzitutto dall'assunzione tematica e fenomenica della condizione della popolazione anziana. Anche questo un *leit motif* dell'ampia riflessione sul sociale e i suoi attori. Il ruolo degli anziani non può, secondo il nostro, essere ridotto ad una riflessione sugli aspetti della marginalità degli anziani, o della loro condizione di povertà, o di bisognosi di cure. Gli anziani costituiscono un arcipelago differenziato¹⁸.

La "questione anziani" va «presa in considerazione per il valore complessivo che la condizione anziana va ricoprendo nelle società sviluppate»¹⁹. Se è vero che le disfunzioni del sistema socio-sanitario, l'inadeguatezza di molte delle strutture ad esso connesse rendono difficile ricomporre in una prospettiva ottimistica strategie efficaci di contrasto alla sofferenza ed emarginazione di una parte rilevante della popolazione anziana, è pur vero che la domanda di un forte segmento della

¹⁶ G. ACOCELLA, *Spesa sociale: non è un problema di 'contabilità'*, in «Oggidomani anziani», 2, 2009, pag. 7.

¹⁷ P. DONATI e G. SGRITTA (a cura di), *Cittadinanza e nuove politiche sociali*, Franco Angeli, Milano, 1993; G. SGRITTA (a cura di), *La politica sociale oltre la crisi del Welfare State*, Franco Angeli, Milano, 1993; ID. e A. SAPORITI, *La staffetta. Anziani e giovani: una ricerca sui rapporti generazionali*, Edizioni Lavoro, Roma, 1997.

¹⁸ G. DI GENNARO, *Un welfare locale per una nuova qualità della vecchiaia*, «Oggidomani anziani», 4, 2001, pagg. 57-70.

¹⁹ G. ACOCELLA, *Il ruolo politico e sociale degli anziani*, «Oggidomani anziani», 3, 1992, pagg. 5-8.

stessa popolazione va in direzione di una rivendicazione di diritti, riscoperta di solidarietà e protagonismo attivo connesso al patrimonio di conoscenze, esperienze che non vuol essere dissipato. Esperienze che se non sono ritenute più opportune per il ciclo produttivo, lo sono certamente per la comunità civile. Ecco perché le associazioni di categoria e sindacali dei pensionati sono una risorsa per gli anziani e devono mettere in campo rivendicazioni di alto profilo in materia di politica sociale, specialmente valorizzando un ruolo sociale verso i coetanei più deboli e sfortunati. D'altra parte al di là di una tale risorsa, per Acoella resta fondamentale, per la vitalità e compiutezza della democrazia, l'esercizio della rappresentanza sociale. Senza quest'ultima non si incide sul sistema politico e si attenua il contenuto stesso della democrazia, la cui alterazione, inoltre, nel quadro della funzione storica nazionale e del suo significato sociale è modificata (se non minacciata) nella propria autonomia decisionale dalla sovranazionalità europea e internazionale²⁰.

Se viene meno la capacità della politica di dare orientamento, indirizzi, fini sociali alti, etica – come finalizzazione di senso – all'economia, l'equilibrio tra comportamento economico ed esito sociale si rompe e con questa rottura si divarica morale pubblica e morale privata. È rimarcata più volte e in diversi scritti la consapevolezza che si sta realizzando quella “destrutturazione degli stati storici” che Roberto Ruffilli aveva ampiamente previsto e spiegato delinendo la forte influenza dei centri economici internazionali sulla capacità politica e di normatività propria delle sovranità nazionali²¹. La globalizzazione ha un volto ambivalente e la faccia negativa si presenta anche come “desocializzazione delle comunità locali” e della stessa comunità internazionale, nel senso che l'Europa sociale non è al centro dei Trattati europei che da Maastricht in poi si sono affermati e ciò non va sottovalutato perché vi è il rischio che sia compromessa la natura stessa dello Stato democratico. Mai come in questo tempo, afferma Acoella, «l'economia si rende autonoma dalla politica»²² e questa mantiene una sua operatività nazionale molto ridimensionata in consanguineità della necessità di recepire nell'ordinamento nazionale le direttive europee. Queste non intaccano, tuttavia, i centri decisionali che portano avanti interessi economici organizzati su

²⁰ G. ACOCELLA, *Democrazia e soggetti sociali: le forme della rappresentanza*, «Oggidomani anziani», 3, 1998, pagg. 59-77.

²¹ R. RUFFILLI, *Istituzioni, società, Stato*, il Mulino, Bologna, 1989.

²² G. ACOCELLA, *Democrazia e soggetti sociali*, cit. pag. 63.

scala planetaria al punto da ridimensionare le sovranità nazionali e influenzare il rapporto Stato-vita individuale.

Le crisi del *welfare* in tutto il mondo sono dimostrative di questa invasività e questi livelli più globali «dominano la vita individuale ancor più pressantemente e con minore possibilità di difesa sociale che nella fase degli Stati nazionali»²³. Da qui la marginalità, che può affermarsi, di iniziative di concertazione all'interno degli Stati se non vi si contrappongono a questo permanente processo di concentrazione economica e decisionale dei poteri forti dell'economia e della finanza mondiale, "grandi soggetti sociali" in grado di confrontarsi con questi poteri mondiali. Questi soggetti sociali non possono essere i partiti, i quali sono più interessati a rappresentare in forme parziali gli interessi di chi con il voto prova a condizionare le scelte dell'ordinamento. Piuttosto, sulla scia dell'insegnamento di Tocqueville, possono essere le associazioni, le reti di cooperazione e di società civile, interessate a dare fondamento ai valori e alle risorse della reciprocità e del capitale sociale. A dare sostanza e riconoscibilità al valore del *bene comune*, del *benessere collettivo*, dell'interesse comune come "motivazione sociale", opzione sociale che mette in connessione morale pubblica e morale privata. Da qui anche la rilevanza delle etiche religiose come forme simbolico-culturali e organizzazioni di valori capaci di costruire orizzonti terreni comuni e promuovere nobili ragioni alle quali vincolare le motivazioni dell'agire sociale e individuale. Solo se si legano in equilibrio le morali private e la morale pubblica si dà sostanza anche alla democrazia.

L'altro attore sociale che ha in fieri le possibilità di presentarsi come grande soggetto sociale in grado di contrastare i grandi centri mondiali di concentrazione decisionale è proprio il sindacato. Ma Acocella mette in guardia il sindacato dalla necessità di modificare l'area e gli interessi della sua rappresentanza: solo se si fa soggetto sociale capace di rappresentare anche il diritto delle generazioni future avrà possibilità di mantenere un suo ruolo storico. Occorre uscire dai "legittimi particolarismi" che come lunga storia di rappresentanza degli interessi del mondo del lavoro e dei "diritti inclusivi" ha caratterizzato il sindacato (diritto al lavoro tutelato, alla pensione, diritti sindacali, diritti di libertà e sociali). Di fronte ai cambiamenti del mondo del lavoro, alla precarizzazione e frammentazione della vita lavorativa, ai nuovi esclusi, ai giovani che hanno difficoltà a entrare nel mercato del lavoro, alle disgregazioni delle culture federaliste e alle

²³ *Ivi*, pag. 64.

spinte politiche in direzione dell'autonomia regionale differenziata e all'interesse a definire i diritti dei cittadini in base alla loro regione di residenza, occorre mettere sulla scena internazionale e interna ai Paesi un sindacato che aggreghi non intorno a istanze che si frammentano all'infinito ma attorno a obiettivi alti, di politica sociale e di etica collettiva che tutelino interessi e bisogni di chi è già *incluso* ma specie di chi è vulnerabile, di chi è "retrocesso" socialmente, di chi lotta per integrarsi. Di fronte proprio ai processi di destrutturazione degli Stati e desocializzazione delle comunità, le organizzazioni sindacali si rivelano come organismi forti che possono aggregare diverse aree sociali e difendere anche singolarmente i soggetti più deboli «di fronte agli interessi forti prevalenti»²⁴.

E non tralascia, il Nostro, di richiamare come urgenza e compito di intervento dei soggetti sociali, il fenomeno della povertà. Anzi delle nuove povertà. L'età contemporanea rende più gravi e visibili le disuguaglianze e fa registrare il mutamento della povertà che non è solo miseria. Non più solo quella miseria magnificamente descritta a seguito delle indagini dirette effettuate dal Giuseppe Maria Galanti nelle varie province del Reame nella sua qualità di "Visitatore del Regno" tra il 1791 e il 1794 e che vennero registrate nelle emblematiche note intese ad esporre le condizioni politiche ed economiche del Regno di Napoli²⁵. E nemmeno quella segnalata ed esaminata da Pasquale Villari nelle sue *Lettere meridionali* (1875) nelle quali sancisce il riconoscimento ufficiale della «questione meridionale» come tema politico-sociale che incrocia la miseria, il sottosviluppo e il dualismo tra Nord e Sud del Paese²⁶. Si tratta di una povertà che è materiale e immateriale, diversificata e articolata che vede gli emarginati, i *retrocessi*, gli *esclusi*, i *non-integrati* collocarsi in una posizione ancora "migliore" rispetto ai *disperati*. «La "povertà assoluta", segnata essenzialmente dall'indigenza economica, si è articolata, dando luogo a "povertà relative" che assommano all'indigenza il mancato soddisfacimento di aspettative legittime perché comunemente coltivate»²⁷. Ma a queste due forme sociali aggregate che rendono visibile le condizioni

²⁴ *Ivi*, pag. 77.

²⁵ G. M. GALANTI, *Della descrizione geografica e politica delle Sicilie*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1969.

²⁶ Su questo mi permetto un rimando alla voce *Mezzogiorno*, curata dallo scrivente e da F. D'AGOSTINO, in F. DE MARCHI, A. ELLENA e B. CATTARINUSI (a cura di), *Nuovo Dizionario di Sociologia*, Edizioni Paoline, Milano, 1987, pagg. 1235-1246.

²⁷ G. ACOCELLA, *Dalla povertà alle povertà*, in «Oggidomani anziani», 4, 1997, pagg. 91-98. La citazione è tolta da pag. 94.

di esclusione parziale o complessiva delle aspettative di ascesa sociale, si è andata associando per effetto dell'immigrazione, della vulnerabilità e precarietà del lavoro, della disoccupazione la condizione dei disperati, di coloro che non hanno nulla e rischiano di non aspirare a nulla. Una condizione non solo materiale ma mentale che, in un quadro etico-politico che concepisce le politiche sociali come contenuto dell'organizzazione politica della società attuale, non può non preoccupare e non indignare se resta indifferente. Grida indignazione e necessità di intervento la condizione in cui vive il milione e più di minori del nostro Paese che, maggiormente nel Mezzogiorno, associa alla deprivazione materiale la povertà educativa che come circolo vizioso alimenta entrambi i versanti²⁸.

Ecco perché, allora, l'economia non può essere svuotata del suo contenuto etico. L'economia del benessere se da un lato non è più oggetto di condanna morale, dall'altro si manifesta come un processo costante di confinamento di questo benessere nel mondo e nel nostro Paese ad un numero molto limitato di persone e famiglie. La direzione che la crisi distributiva di questo benessere va assumendo, per quanto di difficile interpretazione circa le sue cause e i fattori determinanti, appare in tutta la sua intensità come orientata ad allargare le disuguaglianze sociali piuttosto che ridurle. Le disuguaglianze sociali non sono un *accidens* della storia ma in parte, l'esito intenzionale di scelte politiche e in parte l'esito imprevisto, cioè effetti perversi (Boudon)²⁹ di determinate azioni manifestatisi nell'aumento delle disuguaglianze.

Una prima classe di disuguaglianze è connessa al lavoro (sicurezza dell'occupazione; continuità del reddito da lavoro; tutele connesse al lavoro; la protezione sociale e le prestazioni previdenziali). Una seconda classe di disuguaglianze è correlata alla distribuzione del reddito tra strati e classi sociali, nonché tra tipi di reddito (Gallino)³⁰. Una terza classe di disuguaglianza riguarda il *capitale sociale* di partenza dell'individuo che redistribuisce e fa circolare beni, risorse, vantaggi/svantaggi sociali all'interno del network (rete relazionale) che lo caratterizza e specifica³¹.

²⁸ AA. VV., *La povertà minorile ed educativa*, Giannini Editore, Napoli, 2018.

²⁹ R. BOUDON, *Effetti perversi dell'azione sociale*, Feltrinelli, Milano, 1981.

³⁰ L. GALLINO, *Trasformazioni del lavoro e costruzione sociale delle disuguaglianze*, in G. GOSETTI (a cura di), *Lavori, disuguaglianze e protezioni sociali*, FrancoAngeli, Milano, 2007, pagg. 83-93.

³¹ Su questo vedi, J. COLEMAN, *Fondamenti di Teoria sociale*, Il Mulino, Bologna 2005; P. BOURDIEU, *Le capital social. Notes provisoire*, in «Actes de la Recherche en Sciences Sociales», 31,

Queste immediate condizioni di disuguaglianza generano un accesso *alle* e una redistribuzione *delle* opportunità che è iniqua ed ingiusta. Da qui la relazione tra giustizia ed equità nella società globale, perché la giustizia distributiva interseca il versante non-distributivo della giustizia – quello che ha a che fare con l'*eguale rispetto* e con l'esser "giusti" degli ordinamenti entro cui viviamo – e quindi interroga la persona a riguardo di: quanta e *quale* disuguaglianza è compatibile con la giustizia? In che misura la finanziarizzazione dei mercati globali e il "potere assoluto" che essi esercitano attraverso la rendita e l'introduzione di nuovi meccanismi finanziari e patrimoniali che aumentano le disuguaglianze globali possono garantire la resistenza dei valori meritocratici e i principi di giustizia su cui si fondano le moderne società democratiche?³² Non è un caso che la globalizzazione ha ricollocato la domanda: "che cosa è un mondo giusto?", trasferendola da un piano utopico-morale, religioso e letterario a quello della teoria politica, sia come domanda intorno a *cosa sia* la giustizia nei *rapporti tra gli Stati*, sia come domanda intorno alla *global justice* distributiva³³, cioè: cosa ci dobbiamo l'un l'altro come abitanti di questo pianeta?³⁴.

Acocella indica nell'economia civile non una soluzione agli interrogativi posti ma una traiettoria che aiuta – come esperienza, processo e azione di soggetti sociali – a realizzare lo sviluppo di una economia diversa, più etica e rispettosa dell'ambiente e della valorizzazione delle risorse locali. Non si tratta ovviamente di un'alternativa all'economia di mercato basata sul processo produttivo di beni e servizi secondo modalità proprie del capitalismo contemporaneo, bensì di quelle relazioni di scambio e produzione di beni e servizi che misurano la congruenza e sostenibilità dei presupposti economici del profitto con quelli etici della giustizia sociale. Ovvero un'altra idea di *fare mercato* dove il modello di sviluppo non si costruisce mortificando i diritti di uno a favore dell'affermazione dei diritti

1980; G. DI GENNARO, *La cultura umanizzatrice delle Organizzazioni di privato sociale: un capitale sociale prodotto per sé o per la società?*, in «Oggidomani anziani», 2, 2004, pagg. 29-65 e Id., *Società civile, capitale sociale e Mezzogiorno*, in «Rassegna di Teologia», 5, 2006, pagg. 687-713.

³² Vedi, J. E. STIGLITZ, *Il prezzo della disuguaglianza*, Einaudi, Torino, 2013; nonché T. PIKETTY, *Disuguaglianze*, Egea, Milano, 2014.

³³ J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano 1982; M. WALZER, *Sfere di giustizia*, Laterza, Roma-Bari, 2008; C. BEITZ, *Rawls's Law of Peoples*, in «Ethics», 110, 4, 2000, pagg. 669-696; H. SHUE, *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and the U.S. Foreign Policy*, Princeton University Press, Princeton 1980; M. IGNATIEFF, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Feltrinelli, Milano, 2003.

³⁴ PAPA FRANCESCO, *Laudato Si. Sulla cura della casa comune*, Tipografia Vaticana, Roma, 2015.

dell'altro. Ove lo stile di vita di uno, in una parte del mondo, è l'esito dello sfruttamento e della schiavitù ad uno stile di vita deprivato di un altro in un'altra parte del mondo. E la declinazione di quest'opposizione può essere tranquillamente ridotta a scala infranazionale, o regionale.

L'economia civile è esattamente quella modalità di porsi rispetto al modo di concepire il mercato e il profitto considerando in modo responsabile ed eticamente orientato le scelte d'impresa che si compiono e il modo in cui esse compromettono il futuro o modificano in peggio lo stile di vita di chi verrà dopo di noi³⁵. Come hanno scritto Bruni e Zamagni l'economia civile non agisce fuori dall'economia di mercato, ma opera per costruire un mercato *diverso* dove reciprocità, bene comune, felicità, onore, virtù si coniugano con profitto, solidarietà, futuro, uguaglianza³⁶. Non massimizzazione del profitto, sua supremazia, ma massimizzazione della buona società, della qualità delle relazioni sociali che costituiscono la trama e il tessuto principale su cui la società si forma. Da qui la rilevanza della reciprocità come principio regolativo: poiché beni e servizi hanno un contenuto relazionale che intrinsecamente nutre il rapporto tra chi li produce e chi li consuma esiste anche una reciprocità che può rendere lo scambio personale e significativo. La reciprocità è diversa dallo scambio di equivalenti. «Mentre il fine ultimo dello scambio di equivalenti di valore è l'efficienza e quello della redistribuzione è l'equità, il fine della reciprocità è la fraternità. Una società dove la cultura della reciprocità non ha spazio, è una società nella quale la fraternità è cancellata»³⁷. I principi su cui si fonda l'economia civile (reciprocità, fraternità, gratuità, felicità pubblica, pluralità degli attori economici) non si caratterizzano per il solo contenuto etico, o perché connotano un itinerario di umanizzazione dell'economia, ma perché nutrono una concezione del *fare economia* includendo qualità umane (come il dono) che alimentano l'interesse *per l'altro* aggiungendo al valore d'uso e al valore di scambio, quel "valore di legame" interessato a modellare l'azione dello Stato e dello stesso mercato. Ecco perché una concezione diversa dell'economia può più facilmente dar vita ad istituzioni di *welfare* civile più diffuse sul territorio e a forme di democrazia deliberative più idonee a intercettare bisogni ed esigenze dei cittadini.

³⁵ S. ZAMAGNI, *Impresa responsabile e mercato civile*, il Mulino, Bologna, 2013.

³⁶ L. BRUNI e S. ZAMAGNI, *L'economia civile*, il Mulino, Bologna, 2015.

³⁷ L. BRUNI e S. ZAMAGNI, *Dizionario di economia civile*, Città Nuova, Roma, 2009, pag. 13; L. BECCHETTI, *Wikieconomica. Manifesto dell'economia civile*, il Mulino, Bologna, 2014.

2. La legalità come valore, principio etico, modalità relazionale, pratica sociale

A partire dal 2013, all'indomani di una ricerca sulla "legalità ambigua", l'*Istituto di Studi Politici S. Pio V* dà vita ad una nuova iniziativa che è l'"Osservatorio sulla legalità" (OSLE), il cui scopo è mettere in luce sia la centralità del tema della legalità nella cultura giuridica moderna (dimensione imprescindibile per la formazione di un'etica pubblica), sia affrontare i dilemmi e le ambiguità che la legalità "imperfetta" presenta nei suoi contemporanei caratteri visibili di una urgenza – che attiene alla complessa questione delle responsabilità dei pubblici amministratori – e non di meno di una riflessione più compiuta sul modo in cui sono coltivati, nella sensibilità e nella prassi istituzionale e collettiva, il senso della legalità, i principi della legalità e dell'etica pubblica. Gli strumenti che vengono posti in campo per raccogliere in modo compiuto e costante questa ricerca sono: un portale web sulle "cronache" della legalità in Italia e che dà conto delle rubriche attorno cui si compone l'attività, e la pubblicazione annuale di una collana di materiali sulla cultura della legalità e l'etica pubblica. A coordinare l'attività dell'Osservatorio è chiamato l'amico Acocella che proprio nel primo numero di quelli che diventeranno i "*materiali per una cultura della legalità*" indica cinque paradigmi che, a suo avviso, costituiscono l'ambito configuratosi a partire dalla rivoluzione francese di ciò che definisce il concetto e la riflessione sulla legalità e che sono rintracciabili nella contemporaneità attraverso cinque indicatori: a) la Costituzione; b) la scienza giuridica; c) lo Stato sociale; d) l'interpretazione; e) la certezza del diritto.

Messa in campo immediatamente una consapevolezza che è la "crisi della legalità", tutto il primo volume³⁸ è dedicato a esplicitare i contenuti di questa crisi, i profili dequotativi del principio di legalità a partire dall'organizzazione pubblica, il modo in cui è percepita e rappresentata nel senso comune la legalità, fondando, quest'ultima analisi, su una rilevazione empirica "Le pratiche della legalità" che, sebbene basata su un campione ristretto di soggetti (72 rispondenti) offre alcune linee generali sul tema della rappresentazione sociale della legalità. Quest'ultima è avvertita specialmente come cultura delle regole da rispettare, interiorizzare, come attuazione della prevenzione e promozione sociale di percorsi pedagogici ed educativi alla legalità³⁹.

³⁸ G. ACOCELLA, *La legalità ambigua*, Giappichelli, Torino, 2013.

³⁹ *Ivi*, pagg. 153- 203.

Quale segno di un'immediata chiarezza d'impostazione della riflessione, Acocella chiama in causa Habermas per dare conto dell'imprescindibile necessità che ogni riflessione sulla legittimità della legalità, ancorché affrontare la figura dello Stato costituzionale e quindi la "legalità costituzionale" che da esso deriva, non può declinarsi che a partire dall'intreccio tra morale e diritto. Riprendendo un passo della riflessione di Habermas ricorda quanto un «diritto convenzionalmente esteriorizzato e una morale interiorizzata possano completarsi a vicenda». E non è tanto l'estrinseco rapporto di complementarità a destare primariamente interesse, quanto «l'*intreccio strutturale* che tra morale e diritto si è venuto a determinare. Una vera e propria simbiosi, derivante dal fatto che nei sistemi costituzionali si usano strumenti di diritto positivo, al fine di distribuire oneri argomentativi e istituzionalizzare modelli di giustificazione che devono sempre restare "aperti" nei confronti delle argomentazioni morali»⁴⁰.

La legalità è preceduta dalla morale. Tuttavia, sebbene essa non possa orientare le virtù (quale esse siano), senza l'ancoraggio della prima alla seconda si rischia di precipitare nell'oscuro confine ove «l'arbitrio torna a manifestarsi nell'invincibile tendenza a piegare l'interpretazione ai bisogni più forti e capaci di manifestarsi»⁴¹. E, infatti, il tema della certezza del diritto si riaffaccia tutte le volte che si vuole dare alla legalità «il significato di efficace e irrinunciabile linea di difesa contro l'arbitrio, da qualunque parte esso possa provenire»⁴². La legalità è prassi sociale, ma va costruita sulla base di una comunanza di valori che l'ordinamento giuridico recepisce e garantisce nelle disposizioni normative e istilla nella costante opera di educazione civile dei membri associati.

Il percorso rigoroso e specialistico continua nei successivi volumi che ogni anno vengono pubblicati e ai quali Acocella si dedica con minuziosa e costante ricerca avvalendosi di colleghi, intellettuali e rappresentanti di istituzioni che a vario titolo e con diversa collocazione e orientamento, affrontano con competenza e rigore i problemi e le connessioni che il tema del principio di legalità e dell'etica pubblica presenta. Le linee di indagine intersecano la teoria generale e la filosofia del diritto, la legalità nelle istituzioni e approfondiscono "questioni di frontiera" come la legalità nell'approccio sociologico giuridico e il significato che essa assume nell'ambito giusfilosofico, il rappor-

⁴⁰ J. HABERMAS, *Morale, Diritto, Politica*, Einaudi, Torino, 2001, pag. 36.

⁴¹ G. ACOCELLA, *La legalità ambigua*, cit. pag. 4.

⁴² *Ibidem*.

to tra cultura religiosa e sistema di legalità, le antinomie della legalità e le forme deboli dell'azione degli apparati decentrati dello stato allorquando nella fenomenologia sociale della vita quotidiana a questa debolezza fa riscontro il virus dell'illegalità diffusa.

Proprio il continuo risalto che le cronache quotidiane danno nel nostro Paese a fatti di illegalità diffusa e al mascheramento che dietro presunti "diritti soggettivi", contrabbandati come diritti sociali, si celano forme di illegalità a spese tra l'altro dei più poveri e disperati, rappresentano l'esempio della necessità di affrontare in modo più deciso gli effetti deleteri che un'interpretazione formalistica del principio di legalità produce sulla collettività. Anzi un'interpretazione "giusnaturalistica dei principi" si presta facilmente più che a correggere l'astrattezza delle regole legali a infrangerle nettamente. Lo Stato moderno si basa sulla certezza del diritto e per quanto la democrazia contempra anche il diritto di un cittadino di disobbedire alla legge, la stessa per non rendere nebulosi i confini della democrazia prevede che a tale atto vi sia corrisposta una sanzione. Se così non fosse verrebbe meno l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge e la responsabilità che ognuno – anche se in ragione del diverso mandato – ha nei confronti della collettività. Ed è proprio tenendo conto che nella vita sociale ognuno è generatore di azioni che producono effetti che è doveroso orientare il proprio agire secondo quella lezione che Weber ha indicato quando dava rilevanza all'etica della responsabilità. Questa va oltre l'aspetto procedurale della legalità (convenzionalmente condivisa) e direi anche oltre la "legalità costituzionale", ovvero quella identificata nel rispetto dei principi sanciti negli Stati democratici dalle Carte costituzionali. Ma è quella legalità che si ancora ad una dimensione etica che si nutre del rispetto dell'altro, della sua primaria dignità sociale e si esplicita in una prassi sociale che fa di questi valori un presupposto di adesione del cittadino su cui poi si edifica nella pratica lo Stato di diritto. Esperienza storica che solo nel pluralismo garantito dalla democrazia trova la sua espressione ed effettività.

Il principio di legalità in questa epoca di intense trasformazioni è sottoposto a molteplici tensioni, tuttavia è un valore irrinunciabile se si vuole conservare e riprodurre una società ordinata democraticamente la cui regolazione non può essere affidata esclusivamente ai giudici, agli amministratori del controllo sociale ma a ciascun cittadino. D'altra parte l'esperienza giuridica moderna non coincide più con il monismo giuridico. Aspetto già ampiamente considerato da Santi Romano, fondatore nelle parole di Zagrebelsky "della dottrina del diritto come istituzione" e da Paolo Grossi, autori a cui Acocella presta

molta attenzione nei suoi scritti, i quali colgono la rilevanza del processo di affermazione del pluralismo giuridico⁴³, ma «dall'accentuazione della transizione dal fatto all'ordinamento (...) che si esplica in attività pratica e (...) in ordine normativo» la cui visibilità si esprime in organizzazioni e istituzioni concrete⁴⁴. Detto in altri termini il diritto è essenzialmente realtà umana e coincide con l'esperienza storica della persona. Impostazione che trova fondamento anche nella concezione che Piovani ha espresso sulla scienza giuridica la quale non può evitare la 'storicità', anzi il «criterio dell'effettività è la consacrazione della fine del formalismo giuridico e il riconoscimento che la scienza giuridica, per quanto pura debba e voglia essere nei suoi commendevoli metodi rigorosi, non può evitare, *ab imo*, un contatto col fatto, almeno col fatto da cui nasca l'ordinamento: un fatto che sempre meglio si avverte non essere fuori del diritto, ma dentro il diritto»⁴⁵.

Ma da qui il tema dell'interpretazione della norma da parte dell'organo giudiziario e l'incertezza che ne deriva nella sua applicazione per effetto della «molteplicità dei casi». Richiamando Capograssi e Zagrebelsky il tema riceve un'attenzione e sebbene trovi un già pregevole fondamento nell'osservazione che «l'unica legalità apprezzabile» si riconnette al valore costituzionale «che orienta e interpreta anche la legislazione e la normazione vigente, grazie ad una interpretazione giudiziale capace di creare giurisprudenza»⁴⁶, la fiducia nel valore normativo della Costituzione non è sufficiente a garantire l'effettività del principio di legalità. Questa implacabile insufficienza è data dalla consapevolezza che la società non è più coesa, il pluralismo etico e culturale impedisce di assumere come assoluti i valori e i diritti inseriti nella Costituzione. Questa non può essere 'stressata' dal tentativo di costruire un ordine concreto di valori. Rischio che Acocella individua richiamando la posizione di Habermas secondo cui l'interpretazione costituzionale per principi deve restare prevalente rispetto a quella per valori, dal momento che «trasformare concettualmente i diritti fondamentali in valori fondamentali significa mascherare teleologicamente i diritti, fino al punto

⁴³ P. GROSSI, *L'identità del giurista oggi*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», a. LXIV, 4, 2010, pag. 1096.

⁴⁴ G. ACOCELLA, *La legalità tra potere legislativo indiretto e interpretazione*, in Id. (a cura di), «Materiali per una cultura della legalità», Giappichelli, Torino, 2015, pag. 129.

⁴⁵ P. PIOVANI, *Dommatica, teoria generale e filosofia del diritto*, in «Rivista Internazionale di Filosofia del diritto», a. XL, 1963, serie III, pag. 69.

⁴⁶ *Ivi*, pag. 134.

da mistificare il *ruolo diverso* che nei contesti di fondazione norme e valori assumono sul piano della argomentazione logica»⁴⁷.

Questo filone culturale indagato dagli anni '70 del XX secolo spinge, sostiene Acocella, verso un "uso alternativo del diritto" spostando il tema dell'esperienza giuridica e della legalità verso «il terreno giudiziale piuttosto che verso la produzione o la dogmatica del diritto, fino al sovvertimento dello stesso principio di legalità in nome di una nuova *legalità sociale*, affidata ad un corpo speciale a cui è trasferito l'esercizio della sovranità popolare attraverso l'interpretazione giudiziaria ispirata ai principi costituzionali»⁴⁸. Insomma la funzione giudiziaria assumerebbe un carattere politico sì da configurare una sorta di neo-giusnaturalismo. Si tratta di un terreno delicatissimo entro il quale non sono mancati fatti di prassi giudiziaria (dallo scandaloso caso di Tortora, all'occupazione del teatro Valle di Roma, all'arresto illegale di Silvio Scaglia fondatore di *fastweb*, alla presunta trattativa Stato-mafia) – per citarne solo alcuni – indicativi di una "legalità sociale" che vede il magistrato interpretare le «leggi in virtù di principi generali che egli solo conosce, tanto da poter procedere alla creazione di un diritto anche al di là della norma stessa da un lato, e alla sostituzione della dogmatica giuridica dall'altro»⁴⁹.

Uscire da questa ambiguità e dai rischi ad essa connessi è possibile solo se – secondo Acocella e seguendo Capograssi – la certezza e il principio di legalità sono dialetticamente e storicamente riportati alle trasformazioni che la società esprime procedendo in una direzione che riconcilia l'incertezza della legge con la ricerca del *diritto* rintracciabile «negli indirizzi offerti dai principi generali dell'ordinamento storicamente vivente, custoditi dalla scienza del diritto e assicurati in ultima istanza dal giudice delle leggi, la Corte Costituzionale, al cui giudizio è obbligo per il giudice ordinario rimettere ogni valutazione per assicurare la continuità e la coerenza degli indirizzi giuridici che accompagnano le trasformazioni sociali»⁵⁰.

Si potrebbe sostenere che il *sentiment analysis* che fa da scenario all'intera impostazione concepisce il principio di legalità come "ragione obiettiva di vita" e "ragione pratica della legge", lotta contro l'arbitrio, ed è custodito dalla scienza

⁴⁷ J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, a cura di L. Ceppa, Guerini e Associati, Milano, 1996, pag. 305.

⁴⁸ G. ACOCELLA, *La legalità tra potere legislativo indiretto e interpretazione*, cit., pag. 143.

⁴⁹ *Ivi*, pag. 144.

⁵⁰ *Ivi*, pag. 147.

del diritto che è parte integrante dell'esperienza giuridica. L'essenza realistica (da non confondersi con un senso fragile) accetta l'incertezza e la certezza della norma – non come nudo principio formale – ma come antitesi ex ante, intrinseca, senza che ciò alteri la certezza del diritto e l'imparzialità della legge, perché se a quest'ultima si sostituisce la discrezionalità, ovvero l'interpretazione che vuol farsi legislazione, allora l'arbitrio umano si svincola dalla tirannide e mortifica i fini stessi che l'esperienza giuridica ricerca. La giustizia può assumere forma di certezza solo se esercitata mediante potere giuridico equo e razionale, senza che esso si basi su motivazioni religiose, politiche o etiche. Il principio di legalità conserva il suo equilibrio se la scienza giuridica va oltre la contingenza e punta alla sostanza del diritto oggettivamente minacciato dai regimi della forza, siano essi totalitarismi o movimenti culturali e sociali che soggiacciono la legalità ad un universo di fini e valori che – si potrebbe dire strumentalmente o ideologicamente – tendono a configurarsi come principi fondativi nuovi del diritto e dello Stato. La legalità 'formale', infatti, può riconoscere garanzie individuali e gli organi di governo possono avere prerogative sovrane legittime per produrre diritto. Tuttavia, come la storia insegna, il contenuto e le finalità di una legislazione possono essere curvate alla difesa così totale di obiettivi coercitivi, eccezionali da ledere i diritti fondamentali della persona umana – come nel caso di quel complesso che a ragione è stato denominato "legalità del male" – al punto che i valori più elementari che presiedono alla dignità e all'uguaglianza umana vengono sostanzialmente violati⁵¹.

Non di meno le "prevaricazioni delle minoranze" costituiscono sempre uno spettro incombente, ecco perché la negoziazione delle norme e la stessa legalità deve nutrirsi del principio della sovranità popolare che è opzione democratica e sale della democrazia. Certo occorre che la sovranità popolare non si trasformi in un pubblico 'passivo' che si abbevera all'interattività del digitale per acquisire quelle informazioni che le nuove oligarchie trasmettono per orientarne la direzione politica. Oppure si lasci trascinare impudentemente e acriticamente dal 'carismatico' di turno. È questa la ragione per la quale hanno rilievo costante, per Acocella, le "società intermedie" e le grandi organizzazioni rappresentative

⁵¹ C'è concordanza diffusa sui guasti che la legalità formale può generare allorquando essa non si cura di «porre al centro del sistema di protezione dell'ordinamento giuridico la persona umana, i suoi diritti, la non negoziabilità delle sue facoltà fondamentali». Su questo vedi nel testo il contributo di P. TRONCONE, *La legalità contemporanea alla prova dell'intersezione degli ordinamenti. Prove di etica della legalità*, cit., pagg. 204-05.

la cui natura e condizione le rende meno assoggettabili agli interessi localistici e lobbystici, essendo interessate maggiormente ad esprimere una rappresentanza sociale o professionale più corrispondente alle attitudini della democrazia pluralistica che trova proprio, come nel caso italico, nella Costituzione un punto di riferimento.

In conclusione il principio di legalità è una modalità relazionale non solo perché fornisce un abito che contrasta ogni forma di arbitrio, sia esso nelle forme manifeste macro (come i totalitarismi), meso (l'universo di fini e valori come mezzi) che in quelle micro (che la vita di relazione intima spesso consegna alle cronache), ma si costituisce in relazione al diverso rapporto che nella modernità avanzata viene istituito tra regolazione della vita collettiva e partecipazione dei membri della comunità alla vita sociale e istituzionale, incrociando quelle nuove forme della matura democrazia che sono date dall'esigenza di partecipazione e dalla funzione dell'opinione pubblica. «Ogni limitazione della libertà personale o della sfera della riservatezza individuale può avvenire nello Stato di diritto solo attraverso le forme pubbliche della legge in nome della trasparenza e dell'eguaglianza, e non *ad libitum*» ad opera di un ceto professionale che (in nome oltretutto di principi sostanziali) interpreti con discrezionalità intenzionale la legge che è chiamato ad applicare.

Ma il principio di legalità va oltre l'amministrazione della giustizia e l'orizzonte ordinamentale, anche perché nuovi ordinamenti giuridici partecipano all'armonizzazione di un diritto convenzionale, sovranazionale e internazionale, che mira a fare sintesi dei principi di orientamento e dei valori di riferimento operativo degli stati nazionali. Il principio di legalità si esplica come pratica sociale, anzi solo se s'innerva nella pratica sociale, ovvero nei comportamenti quotidiani dei cittadini (adesione alle norme fiscali; osservanza delle regole comuni; pagamento dei servizi pubblici, evitamento di ignorare l'ordinamento, ecc.), come "architrate dell'etica pubblica", assume il sapore di una difesa e al contempo controllo violato dei fondamentali diritti che a partire dalla dignità umana e dall'uguaglianza forniscono alla legalità quell'impalcatura sostanziale morale che per le società democratiche, secondo Acoella, è "un ancoraggio" prioritario «prima che giuridico-politico», sebbene ciò non sia privo di nuove ambiguità⁵².

Se il richiamo alla legalità proposta da Flick trova pienezza nella *copertura*

⁵² G. ACOCELLA, *Abbozzo di una voce per un dizionario. "Legalità" in 2000 parole*, in «Materiali per una cultura della legalità», Giappichelli, Torino, 2016, pag. 3.

costituzionale dell'art. 25 per «garantire la libertà personale dagli abusi del potere punitivo dello stato; nonché dall'esigenza di garantire la conoscenza preventiva della regola, come condizione di libertà nella scelta del proprio agire. E da quel principio discendono una serie di corollari: la c.d. riserva di legge per porre le regole; la capacità della legge di disciplinare solo il futuro (irretroattività); la necessità di determinare con precisione quanto è vietato (tassatività); il divieto per il giudice di estendere l'applicazione della legge a situazioni non previste (divieto di analogia)»⁵³, è pur vero che la legalità *sostanziale* necessita di trasparenza, conformità ai principi fondamentali della difesa della dignità della persona, rispetto dei criteri originari dello Stato di diritto, senza che l'interpretazione o la giurisdizione di Corti di “nuovi dottori europei” ne affermino la superiorità alla stessa legge. Sulla scia, dunque, del terreno indicato da Capograssi, Acocella sostiene che il principio di legalità «pur se soggetto ai venti forti e alle sfide della storia che richiedono costante vigilanza nello sforzo di ridefinirne il significato, affonda le sue radici nel principio che vuole *tutti* eguali di fronte alla legge»⁵⁴. Come appunto indicato da Capograssi, il diritto «salva l'azione» perché ne custodisce il vero significato «per la vita dei singoli uomini che costruiscono faticosamente il mondo comune del diritto e della storia»⁵⁵. È una bussola che incrocia le varie forme del conoscere e che si costituisce all'interno di contesti religiosi, simbolici, filosofici, sociali che ne determinano oggetti e metodi, in un gioco di ambigui rapporti e di fragili equilibri fra esperienze diverse, senza che pregiudizialmente alcuna potesse considerarsi superiore alle altre.

Si deve riconoscere ad Acocella di aver aperto con l'«Osservatorio sulla legalità» in modo organico e metodologicamente aggiornato un dibattito e una riflessione sui molti aspetti rilevanti che, come tessere sfaccettate e plurali, il tema incrocia con programmi cari al giurista positivo o concetti che attengono la certezza del diritto, i suoi assetti ed equilibrio armonioso con il diritto continentale europeo, la multifocalità delle fonti normative. Ma l'aspetto più interessante è che il principio di legalità incrocia la modulazione con la quale esso si confronta con altre discipline e con quella dimensione della globalizzazione che interroga i fondamenti della sovranità.

⁵³ G. M. FLICK, *Il dubbio è tensione verso la verità*, alla *Milanesiana letteratura*, in «Corriere della sera», 19 luglio 2018.

⁵⁴ G. ACOCELLA, *Abbozzo di una voce per un dizionario*, cit., pag. 5.

⁵⁵ *Ibidem*.

Adempimento del dovere e libertà di peccare nel giusnaturalismo di Christian Thomasius

GIANLUCA DIONI

This work tries to reconstruct Thomasius' political philosophy moving from the dialectic between internal duty and external duty. So, it draws out the clear theoretical prevalence of internal obligation, which is related to the idea of a natural law purified from any theological residue and assumed as the foundation of the entire practical system.

Natural law, Duty, Subjective right, Honestum, Decorum, Justum

In questo lavoro intendiamo ricostruire uno snodo teorico fondamentale del pensiero filosofico-politico thomasiano. Studiando il concetto di legge e l'idea di obbligazione che ne deriva quale suo effetto primario¹, elaborati da Thomasius nell'*Observatio de natura legis tam divinae, quam humanae*², pubblicata nel 1702 nel VI Tomo delle *Observationes Selectae ad rem litterariam spectantes*, cercheremo, infatti, di cogliere la natura profonda e complessa dei principi che erigono il giusnaturalismo del filosofo sassone a paradigma dell'*operazione* «di distacco del diritto naturale dalla teologia propria di tutto il giusnaturalismo moderno»³, finalizzata alla fondazione laica e secolarizzata dell'agire pratico. A tale proposito, nell'*incipit* dei *Fundamenta Juris Naturae et Gentium*, nel tentativo di evidenziare

¹ Ne *I fondamenti del diritto di natura e delle genti*, dopo aver definito con linguaggio pufendorfiano l'obbligazione come una qualità morale passiva, Thomasius afferma: «l'obbligazione e il diritto [soggettivo] ad essa corrispondente, pertanto, si riferiscono alla norma in maniera differente: ogni obbligazione deriva dalla norma dell'azione quale effetto primario, suscitato da chi la prescrive. Il diritto, invece, è un effetto secondario, originato indirettamente, giacché è il correlato dell'obbligazione e perché talvolta è introdotto di sana pianta dalla legge umana»: C. THOMASIVS, *I fondamenti del diritto di natura e delle genti*, trad. it. a cura di G. Dioni, con una *Postfazione* di V. Fiorillo, FrancoAngeli, Milano, 2013, cap. V, § X, pag. 172.

² Cfr. C. THOMASIVS, *Observatio XXVII. Natura legis tam divinae, quam humanae*, in *Observationum selectarum ad rem litterariam spectantium*, Tomus VI, Halae Magdeburgicae, 1702, pagg. 255-292.

³ Cfr. M. A. CATTANEO, *Delitto e pena nel pensiero di Christian Thomasius*, Giuffrè, Milano, 1976, pag. 62.

la necessità e, al tempo stesso, la radicale complessità di tale opera di secolarizzazione, il giusnaturalista lipsiense osserva: «nelle *Institutiones Jurisprudentiae Divinae* ho difeso i principî sui quali l'illustre Pufendorf aveva costruito il diritto di natura e delle genti. Non me ne vergogno e non mi pento. Se per primo, infatti, Grozio ha nuovamente sollevato e iniziato a purgare questa utilissima disciplina, tanto imbrattata e corrotta dalla polvere scolastica da essere esanime, i fatti stessi mostrano come Pufendorf l'abbia egregiamente e decorosamente nobilitata e difesa con coraggio contro numerosi avversari. Di fronte a tale corruzione, però, Grozio non ha potuto perfezionare tale disciplina e così Pufendorf si è trovato nella condizione di [dover] trattare più accuratamente molti argomenti. Allo stesso tempo, la degenerazione è stata tanto grande, che anche dopo l'impegno pufendorfiano molti argomenti ove esercitare le forze dell'ingegno rimangono trascurati. Per tale motivo, dopo una riflessione durata molti anni proverò, se possibile, a garantire ai giovani studiosi qualcosa di utile e proficuo»⁴.

In tale prospettiva esegetica, la *Natura legis tam divinae, quam humanae* costituisce una tappa centrale e fondamentale⁵ della parabola thomasiana di 'purificazione' del diritto di natura e delle genti, documentata anche dalla frequenza delle citazioni di tale scritto nel *caput proemiale* dei *Fundamenta*⁶; l'opera in cui, secondo una prospettiva critica praticamente unanime, il filosofo realizza «1) la eliminazione della legge positiva divina e 2) la individuazione della categoria del giusto attraverso la sua distinzione dalle categorie affini dell'onesto e del decoro. (...) [E]gli fa anche un passo innanzi sulla via di ogni eliminazione di residui teologici nella dottrina del diritto, e della sempre più netta separazione tra ciò che

⁴ *I fondamenti del diritto di natura e delle genti*, cit., capitolo proemiale, §§ 1-2, pagg. 45-56.

⁵ Nell'osservazione preliminare a *I fondamenti del diritto di natura e delle genti* leggiamo al proposito: «Dopo che nell'anno 1702, all'interno di un collegio privato sulla prudenza legislativa, ho rilevato l'ambiguità del concetto di legge, fino allora superficialmente considerata o del tutto trascurata dai dottori e ho contemporaneamente constatato come la legge divina positiva universale, trattata da molti prima di me senza che, tuttavia, nessuno la formulasse chiaramente, e utilizzata dopo le mie fatiche da molti (che per lo più mi hanno copiato) quale *Deus ex machina*, sia una finzione e non sia necessaria per fondare distintamente gli autentici principî del diritto naturale, ancora io per primo ho abbattuto quella finzione e nello stesso anno ho inserito tale considerazione sulla natura della legge nel sesto libro delle *Observationes selectae*. Alla luce di tale principio, però, essendo assolutamente necessario organizzare i *Fondamenti del diritto di natura diversamente da come avevo fatto fino ad allora*, l'anno successivo, nel 1703, spiegavo a uditori privati i *Fondamenti del diritto di natura e delle genti*, che ora leggi, trascritti e non ancora stampati, assieme al capitolo proemiale»: *ivi*, *Osservazione preliminare*, pag. 45.

⁶ Cfr. *ivi*, §§ VIII-XIII e XVI, pagg. 47-49 e 51-57.

appartiene alla rivelazione e ciò che appartiene alla ragione e al mondo umano»⁷. Del resto, già nel primo paragrafo della *Observatio* Thomasius evidenzia il fine principale dello scritto, armonicamente integrato con lo spirito generale che percorre e fonda il suo giusnaturalismo maturo. «Exposui quidem in Institutionibus Iurisprudentiae divinae prolixius meam sententiam de natura et divisione Legum adversus communes doctrinas Scholasticorum et eorum, qui Puffendorffio controversias ea de re moverunt. (...) Sed quia tamen posterioribus cogitationibus deprehendi, me multa tum admisisse pro veris propositionibus, quae ad errores communes referenda sunt, opera danda est, ut et illa iam emendentur»⁸.

È qui palesemente evidente che lo spirito che anima il filosofo sassone ambisca al perfezionamento dell'opera iniziata da Grozio e proseguita da Pufendorf⁹,

⁷ N. BOBBIO, *Il diritto naturale nel secolo XVII*, Giappichelli, Torino, 1947, pag. 56. Della stessa opinione è Felice Battaglia, il quale afferma: «per quanto nelle *Institutiones* fossero sufficientemente colti alcuni aspetti della moderna nozione di diritto, e implicitamente il diritto fosse differenziato da altre nozioni affini, per es. dalla morale, tuttavia la possibilità di confusione era sempre possibile in quella sfera comune che Thomasio riconosce al diritto naturale e al diritto divino positivo e nella stessa ammissione di un diritto divino positivo cui il legislatore deve uniformarsi, specificandolo e determinandolo. In tal modo molti precetti puramente religiosi venivano a ricevere forza di legge, ad essere imposti con la forza della pubblica sanzione. Per superare questo punto morto del pensiero thomasiano occorre la dissoluzione del vecchio concetto di diritto divino positivo universale e quindi un maggiore affinamento del concetto di diritto nella sua distinzione da quello di morale. È l'assunto e il risultato dei *Fundamenta juris naturae et gentium*»: F. BATTAGLIA, *Cristiano Thomasio filosofo e giurista*, Società Editrice del Foro Italiano, Roma, 1936, pag. 270. Sul punto cfr. anche D. DEL BO, *Le dottrine giuridiche di Cristiano Thomasio*, in «Rivista di Filosofia Neoscolastica», (1939), pagg. 78-92; F. GRUNERT, *Normbegründung und politische Legitimität. Zur Rechts- und Staatsphilosophie der deutschen Frühaufklärung*, Max Niemeyer Verlag, Tübingen, 2000, pagg. 202-208; K. H. ILTING, *Naturrecht und Sittlichkeit. Begriffsgeschichtlichen Studien*, Klett-Cotta, Stuttgart, 1983, pagg. 215-218; C. LINK, *Herrschaftsordnung und bürgerliche Freiheit*, Hermann Böhlau Nachf., Wien-Köln-Graz, 1979, pagg. 260-271; H. RÜPING, *Theorie und Praxis bei Christian Thomasius*, in W. SCHNEIDERS (Hrsg.), *Christian Thomasius 1655-1728, Interpretationen zu Werk und Wirkung*, Felix Meiner Verlag, Hamburg, 1989, pagg. 137-147; W. SCHNEIDERS, *Naturrecht und Liebesethik. Zur Geschichte der praktischen Philosophie im Hinblick auf Christian Thomasius*, Georg Olms Verlag, Hildesheim-New York, 1971, pagg. 268-281; e G. SOLARI, *Studi storici di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 1949, pagg. 162-166.

⁸ *Observatio XXVII*, cit., § I, pag. 259.

⁹ Nella *Paulo plenior, Historia Juris Naturalis* Thomasius considera Grozio ed Hobbes quali promotori del processo culturale che, opponendosi alle dottrine morali scolastiche, era stato poi portato a compimento da Pufendorf, il quale per primo aveva dimostrato scientificamente il diritto naturale. E, dopo avere definito Grozio *instrumentum divinae providentiae*, lo descrive come colui che «in Philosophia morali vera doctrina possit ab ineptiis scholasticis purgari, & ut

nel tentativo di darle pieno compimento. A tale scopo, Thomasius critica parte della propria dottrina, formulata nelle *Institutiones*, individuando la *fons omnis erroris* in tre nuclei concettuali intimamente e reciprocamente collegati, che sono alla base dell'errata interpretazione della natura del concetto di legge. Nel prosieguo del lavoro, tenteremo dunque di dimostrare che la dottrina giovanile thomasiana si fonda su un concetto di dovere modellato principalmente sull'obbligo esterno, dipendente sia dal diritto divino positivo, sia dal diritto civile, e che la nuova prospettiva, rielaborando criticamente la dialettica tra obbligazione interna ed obbligazione esterna, si costruisce, invece, sulla netta prevalenza teorica del dovere morale, ancorato all'idea di un diritto naturale ormai 'depurato' da ogni residuo teologico ed assunto a fulcro dell'intero sistema pratico.

1. Lex est praedicatum respiciens actionem humanam

La critica thomasiana, formulata nell'*Observatio de natura legis tam divinae, quam humanae* al primo dei tre pregiudizi che ancora sono presenti nella dottrina delle *Institutiones*, si ancora ad una definizione generale di legge, fondata sull'equivoco che *lex humana* e *lex divina* siano specie univoche dello stesso genere. In altri termini, l'ambiguità di tale definizione ha portato a considerare la legge divina come un sinonimo della legge umana. La legge, però, nota il filosofo sassone, ponendone in rilievo la natura relazionale di essa, «est praedicatum respiciens actionem humanam, vel certe eius relationem ad alios homines»¹⁰ e non

jus gentium secundum ductum genuini luminis naturalis describeret» (C. THOMASIUS, *Paulo plenior, Historia Juris Naturalis*, Halae Magdeburgicae, 1719, ristampa anastatica, Friedrich Frommann Verlag, Stuttgart, 1972, caput V, §§ XIV-XV, pagg. 65-67). Allo stesso modo, riconoscendo a Pufendorf di avere mediato tra le dottrine di Grozio e di Hobbes, definisce il maestro come colui che «non solum demonstrationes, in doctrinam moralem cadere, evidentissime ostendit, sed & perseitatem scholasticam actuum, qui juris naturae objectum sunt, (quam cum socialitate conjunxerat Grotius) fortiter oppugnavit, naturam entium moralium distincte exposuit, eaque sub certis generibus & classibus collocavit; uno verbo: Jus Naturae & Gentium in justam formam artis primus redegit, quod ante eum tentaverat quidem Grotius, sed non perfecerat»: *ivi*, caput VI, § XIV, pagg. 92-93.

¹⁰ «Fons omnis erroris exinde oriri videtur, I. quod Legis definitio generalis quaesita fuerit aequae aptanda Legis divinae, quam humanae, tanquam speciebus univocis, cum tamen lex divina sit aequivoca, certe analoga h.e. lex si non improprie, certe non proprie dicta. De Deo enim tanquam ente incomprehensibili et infinito nullum praedicatum creaturae proprie dicitur. Lex autem est praedicatum respiciens actionem humanam, vel certe eius relationem ad alios homi-

può essere dunque attribuito di Dio, *ens incomprehensibilis et infinitus*, se non quale *conceptum Legis generalem*, giacché «lex proprie dicta fertur et hominibus et ab hominibus»¹¹.

Il secondo nodo problematico è poi, per Thomasius, conseguenza immediata dell'eccessiva capacità denotativa del concetto stesso di legge. L'estensione del significato di tale semantema, infatti, osserva il filosofo, ha portato ad assumere come suoi sinonimi i concetti di dogma, consiglio e monito paterno. Inoltre, nelle Sacre Scritture e in quanti si sono occupati della legge divina universale «legis vox stricte nimis fuerit observata in conceptu dominico»¹², ossia essa è stata considerata in un'accezione opposta a quella propria dei moniti paterni, nonostante Dio si sia rivelato «ut patrem et amicum humani generis»¹³. Alla luce di tale constatazione, il significato generale di legge non può essere ricompreso unicamente entro l'ambito normativo, che presuppone rapporti gerarchici, modellati sulla dialettica governante-sudditi, perché, al contrario, essa può regolare rapporti tra pari o l'interiorità dell'animo umano: «Lex humana varia denotat: *Consilia, monita, dogmata, mandata, praecepta, pacta*: Amicorum, patrum, dominorum; parium, superiorum, inferiorum»¹⁴.

Il terzo ed ultimo pregiudizio, infine, si fonda su un falso concetto di dovere¹⁵. Thomasius individua l'errore nell'aver considerato il consiglio, ossia il dovere

nes. Paucis: lex proprie dicta fertur et hominibus et ab hominibus»: *Observatio XXVII*, cit., § II, pagg. 259-260.

¹¹ Cfr. *ibidem*.

¹² «2. Quod, cum Legis vox saepissime etiam de dogmatibus et consiliis, item monitis paternis, etc. sumatur, tam in sacris literis, quam apud alios scriptores in doctrina de Legibus divinis universalibus, legis vox stricte nimis fuerit observata in conceptu dominico, quatenus monitis paternis opponitur, cum tamen Deus etiam se revelaverit ut patrem et amicum humani generis»: *ibidem*.

¹³ Cfr. *ibidem*.

¹⁴ *Ivi*, § III, pagg. 260-261.

¹⁵ La prospettiva ermeneutica che riconosce la centralità della dicotomia interna al concetto di dovere, formulata nella *Observatio XXVII* in conformità alla citata posizione bobbiana, è corroborata da quanto il giusnaturalista sassone osserva nel *caput prooemiale* dei *Fundamenta*. Se nella nota preliminare a tale opera, infatti, Thomasius sottolinea il rilievo della problematica legata al concetto di diritto divino positivo universale, all'interno del *caput prooemiale* il giusnaturalista chiarisce anche che «senza questa esatta distinzione di entrambe le obbligazioni non può essere compresa correttamente la differenza del giusto dal decoro o anche dall'onesto, differenza che appartiene, però, ai principî fondamentali della scienza morale» (*I fondamenti del diritto di natura e delle genti*, cit., capitolo prooemiale, § XII, pagg. 48-49). In altri termini, è la nuova *obligationis exacta differentia*, formulata nella *XXVII Observatio*, più che la negazione

morale¹⁶, privo di vincolatività e, avendo assunto come modello di obbligazione quella dotata di carattere coattivo, nell'aver reso l'*obligatio interna, nobilissima obligationis species*, una sorta di obbligazione 'minore' rispetto a quella specificamente giuridica, «quod ex communi dicitur, quod consilium non obliget, (ubi obligationis vox stricte sumitur, vel, si mavis, iuridice pro obligatione externa) obligatio interna, nobilissima obligationis species, plane fuerit relicta, et ita obligatio generaliter accepta pariter erronee definita»¹⁷.

È proprio la diversa articolazione del concetto di dovere in obbligazione interna ed esterna a costituire – a nostro avviso – il principio fondamentale della *Observatio XXVII*, che diverrà il vero 'spartiacque'¹⁸ del giusnaturalismo thoma-

del carattere di legge al diritto divino positivo universale, ad offrire al giusnaturalista sassone la chiave di volta del suo nuovo sistema morale, anche perché Thomasius arriverà a confutare il carattere positivo del diritto divino universale fondandolo sull'obbligo interno: «tali leggi *positive universali* non sono leggi positive, ma conclusioni dedotte da principi del *decoro*, o anche da quelli dell'*onesto*»: *Observatio XXVII*, cit., § LIX, pag. 288.

¹⁶ Al pari del comando, il consiglio cerca di condurre l'uomo all'edificazione morale tramite la persuasione, ossia mostrando le conseguenze, positive o negative, di un determinato atto. Nella prospettiva thomasiana, il consiglio cerca di suscitare in chi lo riceve la paura del danno, che necessariamente scaturisce da una condotta di vita viziosa, evidenziando, invece, i vantaggi legati ad un comportamento virtuoso. «Il consiglio mira ad incutere timore contro la passione viziosa, denunciando che il danno avverso alla passione stessa si accompagna necessariamente alla medesima passione viziosa, o alimentando la speranza di una passione opposta [a quella viziosa], e [tende] a stimolare la speranza di conseguire la sapienza, in parte mostrando il profitto e l'utilità necessariamente conseguenti alla sapienza stessa, in parte incutendo timore contro la passione contrapposta al desiderio di vera felicità. Anche il comando mira a [realizzare] propositi simili, ma i danni e i vantaggi che prospetta non sono naturalmente e necessariamente conseguenti alle azioni degli uomini, ma sono arbitrari, ossia stabiliti dall'uomo»: *I fondamenti del diritto di natura e delle genti*, cit., cap. IV, §§ LIII-LIV, pagg. 160-161.

¹⁷ *Observatio XXVII*, cit., § II, pagg. 259-260.

¹⁸ La critica non è unanime riguardo alla problematica evoluzione che caratterizza il giusnaturalismo thomasiano nella parabola che dalla dottrina delle *Institutiones* giunge a piena maturazione con la teoria dei *Fundamenta*, ed i contemporanei del filosofo sassone reagirono anche violentemente alla pubblicazione della *Observatio*, tanto che Immanuel Weber nel *De legibus divinae positionis universalibus* parla sarcasticamente di un Thomasius *prioristicus* e di uno *posterioristicus*, esaltando il primo e criticando fortemente il secondo. «Enimvero magis placet Thomasius prioristicus, si ita loqui fas est, quam posterioristicus» (I. WEBER, *De legibus divinae positionis universalibus*, Gissae-Hassorum, 1705, Sectio secunda, § X, pagg. 109-113). Ancor più polemicamente accesa era stata la reazione di Friedrich Gentschen che, nella *Disputatio moralis de quaestione: an leges naturae sint proprie et stricte dictae leges? Celeberr. autori Observ. XXVII. tom. VI. Obs. Select. Hallens. modeste opposita* (Gryphiswaldiae, 1704), accusa Thomasius di aver commesso un grande errore, distruggendo la propria «dottrina del diritto di natura, elaborata

siano. È, infatti, proprio alla luce di tale dicotomia che Thomasius, ridefinendo il rapporto tra *jus perfectum* e *jus imperfectum*¹⁹ alla luce del principio, secondo cui l'obbligazione morale costituisce la *nobilissima obligationis species*, che vincola la volontà «aeque forte, si non fortius, quam obligatio externa»²⁰, la eleva a prototipo di ogni obbligo, configurandola quale fondamentale meccanismo di realizzazione e sviluppo della natura umana in ogni singolo individuo²¹. In tale prospettiva, infatti, la persona morale si realizza pienamente soltanto attraverso l'adesione all'obbligo interiore, quale risultato del rapporto dialettico soggettivo esistente tra la facoltà razionale, *qua* istanza normativa dell'agire pratico e la volontà virtuosa, *qua* risultato della moderazione e del temperamento delle

con somma razionalità nelle *Institutiones Jurisprudentiae divinae*, nel tentativo di trasformare i quadrati in sfere» (*I fondamenti del diritto di natura e delle genti*, cit., capitolo proemiale, § XI, pag. 48). Allo stesso modo, J. F. BUDDIUS, nelle *Institutiones theologiae moralis, variis observationibus illustratae* (Lipsiae, 1727, pars II, caput II, § 10, pagg. 369-370), osserva: «nessuno ha studiato più approfonditamente la natura e il carattere di queste leggi [divine] positive finché (...) non vi si è dedicato Christian Thomasius, esponendone perfettamente ogni loro aspetto. (...) Egli, tuttavia, avendo trasformato completamente il proprio sistema giurisprudenziale, ha dovuto stravolgere anche la teoria concernente le leggi divine positive universali». A nostro avviso, la posizione più equilibrata e corretta al proposito è quella espressa più di recente da Norberto Bobbio. Questi, nel rilevare la continuità del pensiero thomasiano rispetto al giusnaturalismo moderno precedente, parla dell'innovazione thomasiana qualificandola come *operazione di purificazione linguistica*. Al riguardo si veda N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 1996, pagg. 147-151.

¹⁹ Nelle *Institutiones* il fattore della spontaneità o della coazione nell'adempimento del dovere esemplifica ancora il criterio di distinzione fra l'ambito morale, non coattivo, e quello legale, dotato invece di coercibilità. «Nimirum *Jus I.* dividitur in *perfectum*, quod Grotio *facultas* dicitur, & *imperfectum*, seu *aptitudinem* secundum eundem. *Illud est*, cujus vi alterum, qui obligationi suae non vult satisfacere, cogere possum ad implendum debitum. *Hoc contra se habet* & illius qui obligationem huic juri respondentem possidet, pudori ac conscientiae saltem relinquitur ejus adimpletio»: *Institutionum Jurisprudentiae Divinae Libri Tres*, Halae, 1702, liber I, caput I, § 104, pagg. 32-33. In tale prospettiva teorica, il diritto si configura come perfetto, la *facultas* groziana, quando colui, che è sottoposto all'obbligazione, può essere costretto con la forza ad osservarla, imperfetto, o *aptitudo*, invece, quando l'adempimento dell'obbligo è rimesso esclusivamente *pudori ac conscientiae* del debitore.

²⁰ *Observatio XXVII*, cit., § X, pag. 264.

²¹ Nel riconoscere la centralità del concetto di dovere e la natura nobilissima dell'obbligazione interna rispetto a quella esterna, Thomasius si colloca a pieno titolo all'interno della corrente giusnaturalistica tedesca della modernità, ove il significato precipuo di *obligatio*, «quale vincolo etico ad uno scopo» (cfr. V. FIORILLO, *Autolimitazione razionale e desiderio. Il dovere nei progetti di riorganizzazione politica dell'illuminismo tedesco*, Giappichelli, Torino, 2000, pag. 11), è quello di dovere morale.

passioni umane. L'intima unione di intelletto e volontà, concretizzantesi nell'adesione al dovere morale, è efficacemente espresso da Thomasius quando, nel descrivere la dialettica interna alle due facoltà dell'anima umana caratterizzante l'atto deliberativo, afferma: «*Consilia* si prudentia sint persuadent, et si persuaserint obligant»²². Secondo il giusnaturalista, infatti, la *persuasio* è una «*affectio intellectus*, qua intellectus credit, aliquid esse verum in genere, hoc est, sive de boni conceptu agatur, sive de conceptu alterius rei: sive intellectus putet, se eius rei scientiam firmam habere, sive saltem fidem seu verosimilitudinem»²³, mentre l'obbligazione è una «*affectio voluntatis*, vi cuius voluntas hominis alio inclinans retrotrahitur ob metum mali»²⁴.

In sostanza, è la dialettica intelletto-volontà ad innescare la dinamica dell'azione morale e, attraverso il processo interiore di armonizzazione degli affetti, a realizzare la natura più intima dell'essere umano. Il dovere, infatti, lungi dall'essere un ideale astratto, *in statu naturae corruptae* diviene necessariamente funzionale alla realizzazione stessa dell'essenza umana. Secondo tale prospettiva, sarebbe impossibile negare la natura del dovere senza contemporaneamente negare l'essenza stessa dell'uomo. «*Voluntas hominum omnium natura inclinatur ad verum malum. Malum autem infinitum est. Verum bonum unicum. Ergo uti inclinatio directa ad verum bonum in statu naturae corruptae qua talis non datur, sed omnis est comparativa: Ita et illa inclinatio si daretur, non esset obligatio, sed summa libertas et spontaneitas, cum obligatio quasi coactionem et metum semper praesupponat*»²⁵. È qui evidente la matrice cristiana e più precisamente pietistico-luterana dell'antropologia thomasiana, che vede l'uomo caratterizzato da uno stato di deficienza. In conformità a tale dottrina, l'essere umano dopo la caduta non ha una *inclinatio directa* al vero bene, ma, diversamente dagli altri corpi, organici ed inorganici²⁶, è determinato da una pluralità contrastante di

²² *Observatio XXVII*, cit., § IV, pagg. 261-262.

²³ *Ivi*, § V, pag. 262.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ivi*, § VII, pag. 263.

²⁶ «Ogni corpo consiste di una materia e di un doppio spirito, cioè di una natura visibile e di una invisibile in parte luminosa ed in parte aerea. In ogni corpo c'è un solo spirito, ma molte forze. (...). Nella misura in cui le forze vengono assunte come facoltà dello spirito, esiste un'unica forza così come un solo spirito che anima tutti i corpi»: *Versuch vom Wesen des Geistes*, Halle, 1699, in *Id.*, *Ausgewählte Werke*, herausgegeben und mit einem Vorwort sowie einem Personen- und Sachregister versehen von K. Zenker, Georg Olms Verlag, Hildesheim, 2004, Hauptstück 7, Th. 10 e 25, pagg. 133-134 e 138.

voleri, che lo spingono a desiderare il proprio male. Non a caso, nel *Versuch vom Wesen des Geistes* Thomasius osserva amaramente che lo spirito dell'uomo è stolto e folle, «molto più folle dello spirito di un'ape o di un ragno»²⁷.

Siamo qui di fronte al nucleo teorico della cosmologia thomasiiana, che interpreta le differenze tra i generi e le specie dei corpi terreni come il risultato dei molteplici effetti generati dall'azione dello spirito sulla materia. In tale prospettiva, ogni corpo appartenente al medesimo genere e alla stessa specie è dotato di una sola potenza, che ne dirige le azioni interne ed esterne, tanto che «qualora tu abbia conosciuto la natura di un singolo corpo, puoi dedurne con certezza la natura e la potenza di ogni altro [corpo appartenente allo stesso genere ed alla stessa specie]»²⁸. Per questo motivo, «l'appetito sensitivo delle bestie, straordinariamente affine alla volontà umana²⁹, [dalla quale si differenzia per la mancanza della facoltà razionale], in tutti gli animali, dei quali conosciamo le potenze, ricerca il bene e avversa il male»³⁰, ossia ricerca ciò che conserva ed accresce la propria potenza, evitando ciò che la diminuisce³¹. L'uomo, invece, unica eccezione nel creato, si caratterizza per la diversità della propria condizione naturale, perché «i singoli uomini hanno volontà concordi in poche cose, diversissime, spesso in conflitto ed opposte in molte altre, così che quello che uno solo vuole l'altro non lo desidera, o vuole il contrario. (...). I singoli uomini, in verità, non vogliono in eterno ciò che desiderano una volta, ma aspirano frequentemente a cose diverse, spesso opposte e in contrasto tra loro, tanto che l'oggetto bramato in questo momento lo disdegnano in un altro, o vogliono il suo contrario, anzi, in un solo e medesimo istante avvertono dentro di sé l'angoscia degli affetti contrastanti, che, infine, li rapisce, tanto da non capire a lungo ciò che essi vogliono»³². Di conseguenza, pur avendo in comune con l'appetito sensitivo delle bestie l'amore per la vita e il timore della morte, l'uomo ama la propria esistenza «di una passione disordinata e propria di tutta la specie umana»³³, teme la morte, inorridendo delle

²⁷ *Ivi*, Th. 186, pag. 188.

²⁸ *I fondamenti del diritto di natura e delle genti*, cit., cap. I, § C, pag. 89. Nel § CI della stessa opera Thomasius rileva che «la stessa osservazione vale anche nei corpi più vicini all'uomo, certamente nelle bestie. Qualora tu abbia osservato le azioni naturali di una sola volpe, scimmia, cane etc., conoscerai tutti gli animali dotati dello stesso aspetto»: *ivi*, § CI, pag. 90.

²⁹ Su tale punto teorico cfr. W. SCHNEIDERS, *Naturrecht und Liebesethik*, cit., pagg. 202-205.

³⁰ *I fondamenti del diritto di natura e delle genti*, cit., cap. I, § LXXXII, pag. 85.

³¹ Cfr. *ivi*, § LXXXIV, pagg. 85-86.

³² *Ivi*, §§ CII, CV, pagg. 90-91.

³³ Cfr. *ivi*, § LXXXIII, pag. 85.

cose che la provocano immediatamente e cercando tutti i mezzi per conservarsi in vita³⁴. Si differenzia, però, dalle potenze degli altri corpi e dall'appetito delle bestie, perché desidera molte cose, che gradualmente lo conducono alla distruzione, avversando invece ciò che promuove la propria conservazione³⁵. La natura peculiare dell'uomo si caratterizza, quindi, per la contraddizione interna che, minando la sua costituzione naturale, lo rende l'unica creatura vivente capace di peccare, ossia di violare l'ordine cosmico voluto da Dio, che guida ogni essere alla propria conservazione. Del resto, «nonostante la sua naturale tensione a conservare la propria vita in una condizione di felicità quanto più a lungo è possibile, l'uomo coltiva (...) in sé inclinazioni contraddittorie: a causa dell'inquietudine del suo animo, egli è anche in grado di autodistruggersi, soggiacendo alla passione in lui dominante»³⁶. Per converso, ogni altro corpo organico ed inorganico realizza necessariamente la propria natura all'interno del disegno divino, in quanto lo spirito che lo vivifica non è corrotto. «Non è dunque un caso che i *Fundamenta* siano percorsi dall'idea non tanto della superiorità dell'uomo, quale soggetto libero e razionale, sugli altri ordini della natura, quanto piuttosto dell'amara constatazione della miseria e dell'impotenza morale dell'essere umano, quale creatura corrotta dal peccato»³⁷.

A tale proposito, Antonio Villani ha lucidamente evidenziato come «la tesi della "fragilità" dell'uomo, conseguenza del peccato originale, che Thomasius fa propria sin dagli anni di Francoforte ed esplicita nelle *Institutiones jurisprudentiae divinae* (...) del 1688, si ritrov[i] operante nei punti chiave delle sue argomentazioni, costituendone paradossalmente la forza fondante»³⁸. Corrotto dal peccato originale, l'uomo thomasiano può di conseguenza attingere il bene soltanto «comparative ex fuga, et odio mali, et tum intellectus sibi rem concipi tanquam bonum per accidens»³⁹, perché la volontà di ogni uomo è per natura incline al male⁴⁰. In altri termini, la natura umana segnata e condizionata dal peccato,

³⁴ Cfr. *ibidem*.

³⁵ Cfr. *ibidem*.

³⁶ V. FIORILLO, *Il dovere coercitivo esterno, come remedium peccati, nel giusnaturalismo di Christian Thomasius*, Postfazione a C. Thomasius, *I fondamenti del diritto di natura e delle genti*, cit., pag. 232.

³⁷ *Ivi*, pag. 239.

³⁸ A. VILLANI, *Christian Thomasius, illuminista e pietista*, Arte Tipografica, Napoli, 1997, pagg. 20-21.

³⁹ Cfr. *Observatio XXVII*, cit., § VI, pagg. 262-263.

⁴⁰ Cfr. *ivi*, § VII, pag. 263.

che le impedisce di conseguire il vero bene, il *bonum per se*⁴¹, se non tramite la rivelazione e la fede, può cogliere *comparativamente* un bene relativo, quale minor male, tanto che Thomasius nota: «minus malum induit naturam boni et vice versa»⁴². Utilizzando una similitudine, è possibile concepire, quindi, il male come, per così dire, il ‘negativo fotografico’ dell’immagine del bene, anzi, ancor più radicalmente, l’uomo può attingere l’idea del bene esclusivamente attraverso il suo riflesso negativo nel male.

Il meccanismo che è alla base del dovere si costruisce e caratterizza proprio grazie a tale assunto. Se, infatti, l’obbligazione è una affezione della volontà in forza della quale la facoltà volitiva si ritrae dal desiderare qualcosa per timore del male, Thomasius costruisce l’articolazione interna all’idea di dovere sviluppando dicotomicamente il concetto di *malum*. L’obbligazione interna e quella esterna si differenziano, infatti, per la natura del male che, caratterizzandole, le fonda.

Obligatio interna est cum homo, cujus voluntas alio inclinatur, metuit gravius malum ex naturali connexionem oriundum. *Obligatio externa* est, cum homo, cuius voluntas alio inclinatur, metuit gravius malum a libero arbitrio eius dependens, qui potestatem habet talia inferendi⁴³.

In sostanza, l’obbligazione interna nasce dalla consapevolezza che non è possibile evitare i pericoli naturali, derivanti necessariamente (*ex naturali connexionem*) da azioni contrarie all’ordine immutabile ed eterno voluto da Dio. L’idea di dovere interiore implica, quindi, un salto prospettico che da un piano prettamente antropologico si eleva ad un livello cosmologico, nel quale l’uomo, grazie alla propria capacità di comprensione razionale, deve riconoscersi integrato nell’ordine voluto e pensato da Dio Creatore⁴⁴. L’obbligazione esterna, invece, scaturisce

⁴¹ Cfr. *ivi*, § VI, pagg. 262-263.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ivi*, § X, pag. 264. Nello stesso paragrafo, Thomasius rileva come la definizione di obbligazione formulata nelle *Institutiones* fosse modellata esclusivamente sul dovere esterno: «facile hinc patet, quod obligatio in lib. 1. *Instit. Iurispr. divin. c. 1, n. 134. 135.* definita sit obligatio non in genere, sed obligatio saltem externa, et quod obligatio interna sit vinculum voluntatis aequae forte, si non fortius, quam obligatio externa. Imo prudentiores sunt, qui obligatione interna duce actiones instituunt, quam qui externa»: *ibidem*.

⁴⁴ Il significato profondo dell’obbligazione interna è indissolubilmente legato al concetto di spirito, quale forza impressa dal Creatore nella materia inerte, dalla quale esso rimane assolutamente distinto, pur vivificandola ed espandendola dall’interno. Nella cosmologia thomasiana, infatti,

dal timore di un male arbitrario, perché dipendente dalla volontà umana, ossia dal volere di un superiore e si àncora, pertanto, ad una prospettiva esclusivamente terrena.

In linea con tale principio, nei *Fundamenta* Thomasius osserva: «in ciò, però, risiede la differenza tra consiglio e comando» – ossia tra dovere interno ed esterno – «giacché quest'ultimo genera un'obbligazione esterna, il primo soltanto [un'obbligazione] interna, [la quale], invero, rispetto a quella esterna non obbliga. Da ciò ha avuto origine il detto, secondo cui il consiglio non obbligherebbe»⁴⁵.

2. La natura imbecillima della volontà umana e la dottrina degli affetti

È così possibile affermare che la mancata attribuzione all'*obligatio interna* del carattere vincolante derivi dall'incapacità dell'uomo di cogliere razionalmente la *naturalis connexio rerum*, ovvero l'ordine voluto e pensato da Dio Creatore. Tale prospettiva è anticipata nella *Observatio de natura legis*, ove l'uomo, incline per natura al male, non riesce a conformarsi al dovere morale perché incapace di riconoscerlo. Il motivo, però, secondo Thomasius non è da ricercarsi in un difetto interno all'intelletto umano, ma nell'azione corruttrice della facoltà volitiva, caratterizzata da una «triplicem voluntatem pravam et unam bonam, sed natura imbecillimam»⁴⁶. Come ha ben messo in evidenza Schneiders, difatti, nella visione thomasiana, «l'intelletto, di per sé, non ha possibilità alcuna di dirigere le altre forze umane attraverso ordini, non esiste un *imperium intellectus in voluntate*. In tal modo, la volontà, pur passiva nei confronti di una serie di influssi esterni e dipendente quanto alla loro trasmissione dall'intelletto, rimane comunque superiore a quest'ultimo, perché lo può dirigere»⁴⁷. Così, la volontà, quale

è lo spirito che forma la materia ed ogni corpo è un composto di spirito e materia. Thomasius sviluppa la propria cosmologia nel *Versuch vom Wesen des Geistes*. Sull'importanza di tale opera, generalmente sottovalutata dalla critica, per un'adeguata ricostruzione del giusnaturalismo thomasiano cfr. F. BATTAGLIA, *Cristiano Thomasio, filosofo e giurista*, cit., pagg. 72-82; E. BLOCH, *Christian Thomasius. Ein deutscher Gelehrter ohne Misere*, Aufbau Verlag, Berlin, 1953, pagg. 19-22; W. SCHNEIDERS, *Naturrecht und Liebesethik*, cit., pag. 49; F. TOMASONI, *Christian Thomasius. Spirito e identità culturale alle soglie dell'illuminismo europeo*, Morcelliana, Brescia, 2005, pagg. 117-160; Antonio VILLANI, *Christianus Thomasius, illuminista e pietista*, cit., pagg. 56-60.

⁴⁵ *I fondamenti del diritto di natura e delle genti*, cit., cap. IV, § LXII, pag. 162.

⁴⁶ *Observatio XXVII*, cit., § VI, pagg. 262-263.

⁴⁷ W. SCHNEIDERS, *Naturrecht und Liebesethik*, cit., pag. 244.

facoltà primaria dell'anima umana⁴⁸, condiziona l'intelletto, che può riconoscere come bene soltanto l'appetito della *voluntas*, mossa, a sua volta, dalle quattro inclinazioni principali dell'animo umano. Quest'ultime rispondono ad una articolazione interna alla dicotomia esistente tra il concetto di amore razionale e quello di amore irrazionale, il quale, a sua volta, si connota tricotomicamente in *voluptas*, *ambitio* ed *avaritia*. Nella dedica della *Einleitung zur Sittenlehre*, Thomasius definisce tali inclinazioni "colori dell'animo", poiché «come nella pittura⁴⁹ ci sono soltanto cinque colori principali: bianco, giallo, rosso, blu e nero, dalla cui mescolanza hanno origine tutti gli altri colori, i quali sono anche innumerevoli a causa degli innumerevoli gradi della mescolanza, così dai differenti gradi di mescolanza delle quattro inclinazioni principali dell'animo derivano anche in-

⁴⁸ «*Scilicet voluntas hominis inclinatur regulariter natura sua ad res quasdam, non quas ipsi intellectus bonas esse persuasit, sed quas ob inclinationem sibi bonas persuadet*», *Observatio XXVII*, cit., § VI, pagg. 262-263. A tale riguardo, nel *caput proemiale* dei *Fundamenta*, Thomasius rileva: «sebbene, quindi, abbia confermato molti principî già perfezionati anche da Grozio e da Pufendorf, si è mantenuto ancora disseminato in tutto il libro [le *Institutiones*] l'errore fondamentale concernente ogni disciplina sulla natura del rapporto esistente tra intelletto e volontà, ossia sul dominio dell'intelletto sulla volontà e, dunque, sulla falsa opinione necessariamente conseguente, per cui gli uomini come le altre specie inferiori dei corpi naturali avrebbero allo stesso modo un'identica natura. Essendo stato ormai rigettato in altro luogo tale errore, però, [cfr. *Versuch vom Wesen des Geistes*, cit., Hauptstück 7, Th. 161-168, pagg. 181-183, Th. 179-184, pagg. 186-187], è chiaro che tutto l'edificio morale debba essere costruito diversamente»: *I fondamenti del diritto di natura e delle genti*, cit., capitolo proemiale, § VI, pagg. 46-47. È qui evidente la drastica revisione del rapporto tra volontà ed intelletto rispetto alla teoria delle *Institutiones*, ove, come nota Vanda Fiorillo, il filosofo sassone «si mostra ancora del tutto in linea con la prevalente 'corrente razionalistica' del giusnaturalismo tedesco. In tale opera l'antropologia di Thomasius – di palese ispirazione pufendorfiana – si incentra su un'immagine dell'uomo, quale essere creato da Dio in forma di *animal rationale*, dotato di volontà libera. In quanto razionale, l'uomo è anche necessariamente sociale, poiché la sua ragione non può svilupparsi al di fuori di un contesto sociale, il quale costituisce, di per sé, una dimensione comunicativa, ossia caratterizzata dallo svolgersi di un "discorso" (*sermo*) interindividuale»: V. FIORILLO, *Il dovere coercitivo esterno, come remedium peccati, nel giusnaturalismo di Christian Thomasius*, cit., pag. 226.

⁴⁹ È possibile assimilare all'effetto suscitato dal pittore tramite la tavolozza dei colori il sistema musicale barocco, ove il compositore, grazie alla diversa combinazione dei suoni, innesca un movimento meccanico, che «libera nell'anima la sensazione affettiva (...). Per mettere in moto questo meccanismo con la musica, in modo mirato, e dunque per pilotare l'animo verso questa o quella direzione, possono essere sfruttati tutti i costituenti della musica: tipi di suono e di battuta, tempo e ritmo, intervalli e uso delle dissonanze, moto ascendente e discendente, gioco delle figure musicali, dinamica, disposizione degli accordi e scelta degli strumenti»: H.H. EG- GEBRECHT, *Musica in Occidente. Dal Medioevo a oggi*, Firenze, La Nuova Italia, 1996, pag. 278.

numerevoli temperamenti che un uomo il quale vuole conoscere bene il mondo e intendere bene la sua *politique* deve necessariamente comprendere, ammesso che egli voglia indagare correttamente gli animi»⁵⁰.

In sostanza, gli affetti della psiche umana sono facoltà attive che spingono l'intelletto all'unione con la cosa amata o a fuggire l'oggetto odiato e dalla loro combinazione si crea una moltitudine di caratteri individuali che è infinita. Nella prospettiva thomasiana, l'animo umano, plasmato dalla *diversa mixtura*⁵¹ delle inclinazioni primarie, presenta di conseguenza caratteristiche psicologiche diverse in ogni individuo. Ogni uomo, inoltre, presenta una *Affektenmischung* particolare⁵², che non soltanto genera tali differenze psicologiche tra i singoli esseri umani, ma anche nell'interiorità della singola persona. Le combinazioni di amore razionale ed amore irrazionale, infatti, non sono stabili ed immutabili, perché cambiano sotto l'azione degli affetti interni e delle passioni esterne all'anima umana, formando così il carattere della persona che, di conseguenza, è il risultato del variare continuo e casuale delle passioni. «Natura autem voluntatis humanae non est eadem, sed infinitis modis diversa, non solum intuitu individuum humanorum inter se comparatorum, sed et intuitu singulorum hominum, quia singuli possident triplicem voluntatem pravam et unam bonam, sed natura imbecillimam. Hinc infinita et contradictoria appetunt homines»⁵³.

In tale cornice euristica, è quindi ipotizzabile che il concetto thomasiano di affetto denoti un duplice aspetto caratterizzante la psiche umana: il fattore spirituale interiore (l'amore razionale) e l'elemento sensibile del desiderare (l'amore irrazionale). L'armonizzazione di queste diverse caratterizzazioni delle passioni dell'animo quali forze, che nella cosmologia thomasiana costituiscono la natura di ogni corpo visibile, organico e inorganico, dà vita al processo di autoformazione, quale progressivo perfezionamento dell'interiorità individuale. Nella psicologia thomasiana, quindi, gli affetti costituiscono la forza che è alla base del processo di costruzione consapevole del sé⁵⁴.

⁵⁰ C. THOMASIIUS, *Introduzione alla dottrina dei costumi*, tr. it. a cura di R. Ciafardone, SI-GRAF, Pescara, 2005, *Dedica*, pag. XXXIII.

⁵¹ Cfr. *Observatio XXVII*, cit., § VI, pagg. 262-263.

⁵² Cfr. *ibidem*.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Con ciò Thomasius anticipa sensibilmente la teoria humboldtiana del carattere. Com'è noto, il carattere per Humboldt si fonda sulla *diversità* nel rapporto e nel movimento delle forze di ogni singolo uomo. In tale prospettiva ermeneutica, la parabola teorica sviluppata dall'elaborazione

3. Prudentiores sunt, qui obligatione interna duce actiones instituunt

In linea con tale prospettiva teorica, è interessante rilevare come, nell'analizzare il movente interiore dell'agire, Thomasius individui moventi falsamente etici, perché condizionati da un concetto errato di male. Infatti, non avendo il male temuto una *naturalis connexio* con l'azione o il desiderio del soggetto morale, l'agire è motivato da un'idea di falso male. È il caso di un ambizioso che, voluttuosamente provocato, si astiene da comportamenti immorali non per il giusto senso del peccato, ma esclusivamente per timore del disprezzo del prossimo e del danno conseguente nella realizzazione del proprio appetito.

È qui evidente che nella valutazione morale di un'azione, non sono rilevanti tanto gli effetti sociali, quanto piuttosto le cause interne che la originano. Perché un'azione sia morale non è sufficiente, quindi, la esteriore conformità di essa con il dettato del precetto, ossia modellare l'agire sulla massima della norma, ma occorre l'intima adesione allo spirito della legge derivante dall'idea di male morale, ossia di un male che presenta un legame naturale con l'azione commessa. A tale proposito, Thomasius osserva: «id tamen notandum, homines obligatione interna et actionibus suscipiendis reprimi non solum, si malum naturalem connexionem cum sua actione habens (quod metuunt) sit verum malum, i.e. iniques animi, sed et si sit saltem malum apparens. Ita v.gr. si ambitiosus irriteretur ad libidinem

dei principî antropologici pufendorfiani edificati sul dovere di *cultura sui*, del concetto di dovere interiore del giusnaturalismo thomasiano e dell'idea wolffiana di perfezione può essere inoltre considerata una diretta radice filosofica del concetto di *Bildung* connotante in modo particolare il pensiero tedesco dell'età classico-romantica e – come è noto – ampiamente teorizzato da Wilhelm von Humboldt. Si concorda dunque qui con la tesi, sostenuta da Vanda Fiorillo, della continuità teorica fra il dovere di coltivazione e perfezionamento del sé, elaborato da giusnaturalisti di area germanica, come Pufendorf o Wolff, e quella categoria di *Bildung*, che, resa oggetto da Humboldt di una sua compiuta teorizzazione, sotanziava, tuttavia, lo stesso umanesimo politico, tipico dell'illuminismo tedesco di orientamento progressista. Per questa tesi cfr. V. FIORILLO, *Politica ancilla juris. Le radici giusnaturalistiche del liberalismo di Wilhelm von Humboldt*, Giappichelli, Torino, 1996, pag. 137 ss.; ID., *Autolimitazione razionale e desiderio*, cit., spec. pagg. 101-105, 113-114, 122. Su questo tema si rinvia anche ad ID., *L'identità nel cambiamento: La forza desiderante ('Sehnsucht'), come 'principium individuationis' dell'uomo humboldtiano*, in «Il Politico», LXI, n. 1 (gennaio-marzo 1996), pagg. 153-165; ID., *L'esistenza come dovere e come arte: l'ideale etico-estetico della vita nella dimensione dello «unpolitisch» humboldtiano*, in L. BAZZICALUPO e R. ESPOSITO (a cura di), *Politica della vita. Sovranità, biopotere, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2003, pagg. 193-209.

valde, reprimetur eius actio saepe non ex fuga inquietis, sed ex metu contemptus saltem humani, aut, si avarus irriteretur, ex fuga damni etc.»⁵⁵.

Anche alla luce di tale considerazione, è quindi la diversa articolazione interna al concetto di dovere, distinto in interno ed esterno, a costituire l'elemento caratterizzante la filosofia pratica thomasiana della maturità. Del resto, Thomassius lo ammette esplicitamente nel X paragrafo dell'*Observatio*: «facile hinc patet, quod obligatio in lib. I. Instit. Iurispr. divin. c. I. n. 134. 135. definita sit obligatio non in genere, sed obligatio saltem externa⁵⁶, et quod obligatio interna sit vinculum voluntatis aequae forte, si non fortius, quam obligatio externa. Imo prudentiores sunt, qui obligatione interna duce actiones instituunt, quam qui externa⁵⁷. Sulla base di quanto si è visto sin qui, è dunque sostenibile che nelle *Institutiones* il concetto di dovere sia modellato sull'obbligazione esterna, mentre nella *Observatio* e nei successivi *Fundamenta*, il paradigma sia l'obbligo interno, ossia il vincolo morale. La frattura, se di frattura è possibile parlare, si crea, di conseguenza, nello scarto che si apre in tale snodo teorico. Condizionato dalla *natura imbecillima* dell'amore razionale, l'uomo thomasiano trova nel dovere l'«innesco» per la propria emendazione e la dicotomia obbligo interno ed obbligo esterno, finalizzata al processo di formazione individuale, serve a rendere percorribile tale *iter* di perfezionamento.

Se, infatti, i *prudentiores* uniformano le proprie azioni al dettato dell'obbligazione interna, gli stolti, che incarnano la condizione umana più diffusa⁵⁸, hanno

⁵⁵ *Observatio XXVII*, cit., § XI, pagg. 264-265.

⁵⁶ «*Correlatum juris est obligatio. Obligatio est qualitas moralis passiva, personae a lege injecta, ejusque libertatem restringens ad dandum aliquid vel faciendum ei, cum quo quis in societate vivit. Poterit haec definitio maximam partem exponi ex iis, quae de jure diximus. Id tamen notandum: Restrictionem istam libertatis, in qua formalis ratio obligationis consistit, nihil esse aliud, quam ratiocinationem, quae ex cognitione legis a superiore praescriptae homini indicat iram superioris et poenam, si contra fecerit*»: *Institutiones Jurisprudentiae Divinae*, cit., liber I, caput I, §§ 134-135, pagg. 39-40.

⁵⁷ *Observatio XXVII*, cit., § X, pag. 264.

⁵⁸ Dimostra di essere un fine conoscitore dell'animo umano, quando il filosofo sassone, nell'analizzare i costumi degli stolti, vale a dire della totalità del genere umano, osserva: «Generalmente gli stolti ricercano il bene in una cosa che colpisce sensibilmente le loro potenze, mentre considerano un male o sicuramente non un bene gli enti che [li colpiscono] insensibilmente, perché tutti gli uomini desiderano per natura tali cose, e la ragione è da ricercarsi sempre nei paragrafi successivi. Anzi, affinché il più volte ripetuto accenno alla stoltezza e alla stupidità non infastidisca il lettore, in luogo del [termine] stolti utilizz[eremo] semplicemente [l'espressione] uomini, perché sicuramente tutti gli individui per natura non sono sapienti»: *I fundamenti del*

bisogno, invece, dell'ausilio dell'obbligazione esterna, quale minimo etico necessario e funzionale per avviare la loro edificazione morale.

La novità della prospettiva della *XXVII Observatio*, quindi, non consiste tanto nella puntualizzazione dei diversi significati di legge o nell'eliminazione del diritto divino positivo universale, quanto piuttosto nel fondare la filosofia pratica sulla netta centralità del dovere morale, quale modello del dovere *tout court*. Secondo il giusnaturalista, infatti, è tale accurata distinzione tra obbligo morale ed obbligo giuridico che rende possibile concepire sistematicamente la tricotomia dell'agire pratico, correggendo l'errore comune ai *Doctores Scholastici* e a Pufendorf, i quali – nella prospettiva thomasiana – non sarebbero riusciti ad articolare in un sistema coerente e solido la dicotomia tra ambito morale ed ambito giuridico. A tale riguardo, Thomasius, a giustificazione dell'errore commesso nelle *Institutiones*, nel *caput prooemiale* dei *Fundamenta* osserva: «inoltre, poiché senza questa esatta distinzione di entrambe le obbligazioni⁵⁹ non può essere compresa correttamente la differenza del giusto dal decoro o anche dall'onesto, differenza che appartiene, però, ai principî fondamentali della scienza morale, e poiché i dottori scolastici quasi unanimemente hanno confuso il giusto e l'onesto senza riflettere minimamente sul decoro, io stesso ho commesso il medesimo errore. Anche Pufendorf ha confuso il giusto e l'onesto o il diritto di natura e la dottrina etica»⁶⁰.

4. *Il diritto naturale, quale categoria pratica per eccellenza*

In tale quadro teorico, la legge naturale può assumere un duplice significato. In termini generali, la legge è regola di tutte le azioni morali deducibili razionalmente, interne ed esterne, proprie della morale, del decoro e del diritto, dei doveri dell'uomo verso se stesso e di quelli verso il prossimo. In particolare, invece, «*lex naturae denotat saltem principia moralia, quae respiciunt bonum externum et regulas justitiae, seu officia hominum erga alios homines, et quidem in negotiis per se turbantibus socialitatem seu pacem externam, quae dicuntur mala absoluta et possunt referri*

diritto di natura e delle genti, cit., cap. III, § XIX, pag. 133.

⁵⁹ Nel paragrafo che precede questa citazione, riecheggiando il § III della *XXVII Observatio*, Thomasius aveva affermato: «per la stessa ragione, l'obbligazione interna, la più nobile specie di obbligazione, non è stata distinta da quella esterna, ma soltanto quest'ultima è stata sbandierata quale unica obbligazione»: *ivi*, capitolo prooemiale, § XI, pag. 48.

⁶⁰ *Ivi*, § XII, pagg. 48-49.

ad tria capita: neminem esse contemnendum, neminem laedendum, non esse violandam fidem datam; quae collecta continentur in hoc praecepto: *quod tibi non vis fieri alteri ne feceris*⁶¹. In altri termini, i precetti dello *justum* combattono il male assoluto, ossia tutte quelle azioni che, perturbando l'ordine politico o la *socialitas*, evitano così la rovina del genere umano. Difatti, come osserva correttamente Link, «il fine principale del diritto è quello di realizzare pienamente e conservare lo *status pacis*. Quale mezzo indispensabile a tal fine è necessaria la coazione esterna, che garantisce l'applicabilità dello *ius positivum*»⁶².

I *principia honesti*, invece, sono regole delle azioni morali concernenti gli *officia hominis erga se ipsum* o le azioni che riguardano il bene interiore, la pace dell'animo conseguita tramite il temperamento degli affetti, senza alcun riferimento al prossimo, mentre i *principia decori veri* sono i precetti delle azioni morali che si riferiscono agli *officia humanitatis* o alla «*promotionem pacis externae per electionem boni perfectionis, cuius adeo oppositum est malum comparativum*»⁶³, secondo il principio: fai agli altri quello che vorresti gli altri facessero a te stesso⁶⁴.

In luogo di una rigida scissione tra gli ambiti morale e costumale da una parte e l'ambito giuridico dall'altra, esiste, dunque, una intima armonia tra essi, perché Thomasius, concependo il diritto – conformemente alla tradizione *unpolitisch* tedesca – come ordine etico-giuridico⁶⁵, proprio attraverso il fondamento morale dei doveri coercitivi si serve dello *justum* per promuovere l'edificazione di chi è schiavo dei *mala absoluta*. «Ed è proprio il concetto di *emendatio* a conferire unitarietà alla tripartizione dei campi dell'agire pratico, costituendo nel contempo una preziosa chiave di lettura della stessa divisione fondamentale delle obbligazioni – quella tra obbligo interno ed obbligo esterno – la quale sottende e percorre l'intera tricotomia»⁶⁶.

⁶¹ *Observatio XXVII*, cit., § LVII, pagg. 286-287.

⁶² C. LINK, *Herrschaftsordnung und bürgerliche Freiheit*, cit., pag. 267.

⁶³ *Observatio XXVII*, cit., § LVIII, pagg. 287-288.

⁶⁴ «Igitur *Principia honesti* sunt regulae actionum moralium quatenus respiciunt officia hominis erga se ipsum, seu actiones quibus acquiritur bonum *internum*, seu quies animi per sedationem affectuum absque respectu ad alios homines. *Principia decori veri* sunt regulae actionum moralium, quae respiciunt actiones hominum *erga alios* homines in capite de *officiis humanitatis*, seu *promotionem pacis externae* per electionem *boni perfectionis*, cuius adeo oppositum est *malum comparativum*: et includunt praecepto: *Quod tibi vis fieri, alteri feceris*», *ibidem*.

⁶⁵ Cfr. W. SCHNEIDERS, *Naturrecht und Liebesethik*, cit., pagg. 114-115.

⁶⁶ V. FIORILLO, *Il dovere coercitivo esterno, come remedium peccati, nel giusnaturalismo di Christian Thomasius*, cit., pag. 241.

In conclusione, è possibile affermare che nel giusnaturalismo thomasiano le norme dell'*honestum*, del *decorum* e dello *justum*, disciplinando le azioni necessarie alla vita individuale e a quella sociale nella triplice sfera dell'attività morale, costumale e giuridica, procurano la *Gemüts-ruhe* e la pace sociale, senza dimenticare che anche questi ultimi due piani sono intimamente collegati. La *socialitas* è, infatti, premessa necessaria al perfezionamento individuale, che non può svolgersi in una condizione di isolamento e la pace interna è momento imprescindibile e necessario a fondare l'ordine politico. «In tal modo, Thomasius circoscrive un campo dell'attività pratica, entro il quale l'etica in senso lato, data dai precetti della tricotomia, ed il diritto positivo operano in stretta consonanza, ad integrazione di un ordinamento giuridico, da intendersi – del tutto in linea con la tradizione giusnaturalistica d'area germanica – quale ordine *etico-giuridico*»⁶⁷.

Il diritto naturale è interpretabile, di conseguenza, come «la categoria pratica per eccellenza»⁶⁸, il cui principio fondamentale⁶⁹ è norma regolatrice dell'agire umano, e si articola nei diversi ambiti della morale, del decoro e del diritto. Nelle *Lectiones de prudentia legislatoria* la conferma puntuale e inconfutabile del nostro assunto, che riproduce quasi alla lettera il paragrafo LVII della *XXVII Observatio*: «*legem naturalem sumi generaliter pro omnibus regulis actionum moralium ex dictamine rectae rationis proficiscentium, seu pro omnibus dogmatibus moralibus, sive respiciant bonum internum, sive externum, sive regulas honesti, sive justii, sive officia hominis erga se ipsum, sive erga alios homines, sive determinant intuitu aliorum hominum bonum absolutum et malum absolutum, sive comparisonem graduum inter res bonas et malas*»⁷⁰. È, di conseguenza, possibile concludere, osservando con Gerald Hartung che «il giusnaturalismo thomasiano non compie in nessun caso – anche se a prima vista così sembra – una radicale rottura tra morale e diritto, bensì è il tentativo, attraverso un trattamento differenziato dell'obbligazione interna e di quella esterna, di determinare ciò che è comandato moralmente e ciò che è, invece, giuridicamente coercibile.

⁶⁷ *Ivi*, pag. 238.

⁶⁸ F. BATTAGLIA, *Cristiano Thomasio, filosofo e giurista*, cit., pag. 284.

⁶⁹ Nei *Fundamenta*, «la norma universale di ogni azione e la proposizione fondamentale del diritto di natura e delle genti in senso lato è: si deve fare quello che rende la vita degli uomini più lunga e felice possibile e si deve evitare quello che rende la vita infelice e accelera la morte»: *I fondamenti del diritto di natura e delle genti*, cit., cap. VI, § XXI, pag. 196.

⁷⁰ C. THOMASIIUS, *Lectiones de prudentia legislatoria cum praefatione Gottlieb Stollii*, Francofurti et Lipsiae, 1740, caput V, §§ 124-125, pag. 47.

Il giusnaturalismo è l'elemento di collegamento tra etica, [decoro] e dottrina giuridica. Esso fornisce i fondamenti normativi del diritto positivo, mostrando che le norme morali non sono modificabili tramite disposizioni giuridiche. Inoltre, esso spiega la necessità del diritto positivo, la quale risulta dall'incapacità della maggior parte degli uomini di riconoscere i principi dell'*honestum*, del *decorum* e dello *justum*»⁷¹.

⁷¹ G. HARTUNG, *Die Naturrechtsdebatte. Geschichte der Obligatio vom 17. bis 20. Jahrhundert*, Freiburg- Karl Alber Verlag, München, 1998, pag. 96.

Sulla riscoperta di una concezione etica del diritto nella Germania del secondo dopoguerra Hans Welzel, interprete di Pufendorf

VANDA FIORILLO

The present essay rebuilds the interpretation that Hans Welzel gives of Samuel Pufendorf's natural law, in which he identifies the theoretical matrix of a vision of the legal order, conceived as "ethical minimum" that is necessary for safeguarding human dignity. For this purpose, we draw out preliminarily the fundamental lines of the natural law theory, formulated by Welzel himself in the context of the debate that took place in Germany in the years that go from around 1945 to 1965.

Natural Law; Positive Law; "Ethical Minimum"; Human Dignity; Ethical Autonomy.

Ad Hans Welzel¹ va il grande merito di aver tratto la dottrina giusnaturalistica di Samuel Pufendorf (Dorfchemnitz, 1632 – Berlino, 1694) dall'oblio,

¹ Contribuisce a gettare luce sulla statura intellettuale di Hans Fritz Welzel (nato nel 1904 ad Artern im Mansfeldischen, in Turingia e morto nel 1977 a Bonn) un rapido accenno al suo *cur-sus honorum*, che testimonia del riconoscimento che egli ricevette già dai suoi contemporanei. Dopo aver ultimato gli studi giuridici e filosofici a Jena e ad Heidelberg, Welzel conseguì nel 1928, sempre a Jena, il titolo di Dottore con una Dissertazione su Samuel Pufendorf. Dal 1928 al 1932 egli svolse attività forense presso diverse Corti tedesche e nel 1930 iniziò la sua carriera universitaria come Assistente presso l'Università di Colonia, dove si abilitò cinque anni dopo. Nel 1940 divenne Professore Ordinario di *Diritto Penale e Filosofia del Diritto* all'Università di Gottinga, presso la quale negli anni dell'immediato dopoguerra (1945-1946) ricoprì anche la carica di Preside. Nel 1952 Welzel venne chiamato all'Università di Bonn a ricoprire la medesima cattedra. Di questi anni è la sua carica di Preside (1954-1955), di Rettore (1962-1963) e la fondazione da parte sua dell'Istituto di Filosofia del Diritto presso questa Università. Qui a Bonn egli esercitò la sua attività fino alla morte. Per notizie biografiche su Hans Welzel si rinvia ad Armin KAUFMANN, voce *Hans Welzel 70 Jahre*, in «Juristenzeitung», 29. Jahrg., n. 7. (5. April 1974), pagg. 237-238; Gerd KLEINHEYER, Friedrich NOWAKOWSKI, *In memoriam Hans Welzel*, Reden gehalten am 10. Februar 1978 bei der Gedenkfeier der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Bonn, Bouvier, Bonn, 1981; Fritz LOOS, voce *Hans Welzel (1904-1977)*, in «Juristenzeitung», cit., 59. Jahrg., n. 22 (19. November 2004), pagg. 1115-1119; Günter STRATENWERTH, *Nachruf auf Hans Welzel*, in «Juristenzeitung», cit., 32. Jahrg., n. 15/16 (12. August 1977), pag. 530; ed inoltre le voci *Welzel*, *Hans Fritz*, in *Dizionario dei Filosofi*, Sansoni, Firenze, 1976, pag. 1258; e *Welzel Hans*, in *Novissimo Digesto Italiano*, diretto da Antonio Azara ed Ernesto Eula, Utet, Torino, 1975, vol. XX, pag. 1083.

in cui essa era caduta nel corso dell'Ottocento. In tale dottrina egli ha creduto a ragione di riscoprire una concezione etica del diritto, alla quale sono debitorie teorizzazioni che hanno ispirato molta parte della coscienza morale e giuridica dell'età che va dall'illuminismo ai nostri giorni. Su tali basi, intento del presente lavoro è di ricostruire la tesi di Welzel circa la fondazione valorativa del diritto nella teoria giuridico-politica pufendorfiana. A questo scopo, occorre qui permettere che l'interesse che l'autore mostra per il giusnaturalismo di Pufendorf – lungi dal corrispondere ad una sua mera inclinazione antiquaria – costituisce piuttosto una tappa significativa della sua riflessione filosofico-giuridica. Tant'è vero che l'interpretazione che di Pufendorf emerge dalle pagine welzeliane a lui dedicate trae alimento dalle linee fondamentali della tesi espressa dal penalista tedesco sul diritto naturale, nel quadro del ventennale dibattito svoltosi in Germania negli anni che vanno all'incirca dal 1945 al 1965².

In particolare, sullo sfondo di quella che può essere considerata la principale opera di Welzel sul pensatore sassone, ossia la monografia, dal titolo *La dottrina giusnaturalistica di Samuel Pufendorf*³, apparsa nel 1958, si delinea lo sconvolgi-

² Sull'intenso dibattito relativo alla rinascita del pensiero giusnaturalistico nella Germania dell'immediato dopoguerra si rinvia, nell'ambito della vasta letteratura sul tema, soltanto a Werner MAIHOFER (Hrsg.), *Naturrecht oder Rechtspositivismus*, Hermann Gentner Verlag, Darmstadt, 1962; ed anche ad Hans Dieter SCHELAUSKE, *Naturrechtsdiskussion in Deutschland. Ein Überblick über zwei Jahrzehnte: 1945-1965*, Verlag J.P. Bachem, Köln, 1968 (con una ricca appendice bibliografica sull'argomento). Sulla prosecuzione del dibattito circa il rapporto fra giusnaturalismo e positivismo giuridico in anni più recenti si vedano, invece, i contributi raccolti in Wilfried HÄRLE, Bernhard VOGEL (Hrsg.), „Vom Rechte, das mit uns geboren ist“. *Aktuelle Probleme des Naturrechts*, Herder, Freiburg/Basel/Wien, 2007; ed inoltre Norbert HOERSTER, *Richtigstellung über den Rechtspositivismus*, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», Bd. 79, n. 3 (1993), pagg. 416-420; Joachim HRUSCHKA, *Recht und Unrecht bei Norbert Hoerster: Eine Stellungnahme zu dem vorstehenden Beitrag*, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», cit., Bd. 79, n. 3 (1993), pagg. 421-424; e Joachim RENZIKOWSKI, *Naturrechtslehre versus Rechtspositivismus – ein Streit um Worte?*, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», cit., Bd. 81, n. 3 (1995), pagg. 335-346. Per un profilo storico dell'antinomia tra diritto naturale e positivismo si rimanda, infine, ad Heinrich HONSELL, *Naturrecht und Positivismus im Spiegel der Geschichte*, in Ernst A. KRAME, Wolfgang SCHUHMACHER (Hrsg.), *Beiträge zum Unternehmensrecht. Festschrift für Hans-Georg Koppensteiner zum 65. Geburtstag*, Orac Verlag, Wien, 2001, pagg. 593-608.

³ Come si è già ricordato nella prima nota, nel 1928 Welzel conseguì il grado dottorale a Jena con una dissertazione filosofico-giuridica su Samuel Pufendorf. Questa venne parzialmente pubblicata due anni dopo con il titolo: *Die Socialitas als oberstes Prinzip der Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, Druckerei Hermann Meister, Heidelberg, 1930. Dopo un anno apparve,

Sulla riscoperta di una concezione etica del diritto nella Germania del secondo dopoguerra

mento dei valori collettivi, che fece seguito in Germania alla parentesi nazional-socialista e alla seconda guerra mondiale, con la sua riduzione – attraverso gli strumenti tecnici forniti dal positivismo giuridico⁴ – del diritto a forza e violenza. E, com'è noto, a ciò si cercò di porre rimedio attraverso il rinnovato appello non soltanto della scienza giuridica, ma anche della giurisprudenza pratica⁵ a quel diritto naturale che da tempo era stato ritenuto morto⁶.

poi, Hans WELZEL, *Die Kulturphilosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs und ihre kulturhistorische Bedeutung*, in *Deutsche Vierteljahrsschrift für Literaturwissenschaft und Geistesgeschichte*, hrsg. von Paul Kluckhohn und Erich Rothacker, 9. Jahrg., Bd. IX., Max Niemeyer Verlag, Halle/Saale, 1931, pagg. 585-606. Tuttavia, soltanto nel 1958 questo lavoro venne dato alle stampe per i tipi della Walter de Gruyter di Berlino nella sua versione completa ed ampliata, recando questa volta il titolo di *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs. Ein Beitrag zur Ideengeschichte des 17. und 18. Jahrhunderts*. Interamente dedicato alla teoria pufendorfiana del diritto naturale è inoltre il capitolo contenuto in Hans WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale*, trad. it. dell'ed. del 1962⁴ a cura di Giuseppe De Stefano, con *Presentazione* di Enrico Paresce, Giuffrè, Milano, 1965, pagg. 195-216. Sul particolare aspetto dell'influenza esercitata da Pufendorf su John Wise, autorevole sostenitore del congregazionalismo americano del XVIII secolo, si rinvia, infine, al saggio di Hans WELZEL, *Ein Kapitel aus der Geschichte der amerikanischen Erklärung der Menschenrechte (John Wise und Samuel Pufendorf)*, in *Rechtsprobleme in Staat und Kirche, Festschrift für Rudolf Smend zum 70. Geburtstag*, dargebracht von Freunden, Schülern und Kollegen, Verlag Otto Schwartz, Göttingen, 1952, pagg. 387-411.

⁴ Si oppone alla linea interpretativa, che ascrive principalmente al positivismo giuridico la responsabilità di aver originato il processo di degenerazione autoritaria dell'ordinamento giuridico tedesco, la tesi argomentata da Alessandro BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale. Aspetti teoretici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1933*, Giuffrè, Milano, 1966. Infatti, lo studioso pone in rapporto il processo degenerativo subito dall'ordinamento tedesco «non tanto con il positivismo giuridico, quanto piuttosto con la sua crisi e cioè con lo svuotamento del principio di legalità, con il venir meno del principio della certezza nel diritto, con l'oscurarsi della distinzione tra diritto e morale, tra forma giuridica e realtà sociale»: *ivi*, pag. 14. Questo volume è legato da una stretta continuità teorica con la precedente opera dello stesso autore, dal titolo *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza. Contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1963. Sullo stesso tema cfr., infine, ID., *Rechtspositivismus und Gesetzespositivismus: Gedanken zu einer „naturrechtlichen“ Apologie des Rechtspositivismus*, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», cit., Bd. 54, n. 3 (1968), pagg. 325-350.

⁵ Sui rapporti fra pensiero giusnaturalistico e giurisprudenza pratica tedesca negli anni del secondo dopoguerra risulta essere di particolare interesse il contributo di Hermann WEINKAUFF, *Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes*, in Werner MAIHOFFER (Hrsg.), *Naturrecht oder Rechtspositivismus*, cit., pagg. 554-576.

⁶ Karl Larenz sottolinea che negli stessi anni del secondo dopoguerra, nei quali Welzel riscopriva la teoria pufendorfiana del diritto naturale, si era manifestata in Germania una più generale ripresa degli studi riguardanti la storia del giusnaturalismo. A questo riguardo, il critico affer-

Sulla base di questa premessa, è qui opportuno tracciare brevemente le linee portanti della tesi di Welzel sul diritto naturale, la quale costituisce la matrice teorica non solo, in campo penalistico, della sua teoria finalistica dell'azione⁷, ma anche (ed è ciò che a noi interessa) dell'interpretazione che egli sviluppa soprattutto dell'etica pufendorfiana nei suoi rapporti con il diritto. Da tale accenno emergerà forse con ancor maggiore chiarezza come l'approfondimento che Welzel opera del pensiero giusnaturalistico pufendorfiano – lungi dal porsi al margine dei suoi interessi scientifici – risponda piuttosto a sue fondamentali esigenze teoretiche. Nel 1953 Welzel scriveva: «ci troviamo oggi in Germania, sette anni dopo il crollo [del nazionalsocialismo], nel forte pericolo di scivolare nuovamente in un estremo positivismo legale. In tale situazione è necessario essere particolarmente vigili e fare chiarezza sul valore ed i limiti del positivismo»⁸.

Ed è proprio l'aspirazione (che Welzel, peraltro, condivideva con molti giuristi della sua epoca) a porre dei confini a quel positivismo giuridico, che egli considerava come «la dottrina dell'onnipotenza giuridica del legislatore»⁹, a rap-

ma: «la rivalutazione del pensiero giusnaturalistico, che – se non erro – si va [già] da qualche tempo profilando, ha inizio in primo luogo da un nuovo ed esteso impegno intorno alla storia del diritto naturale, così come alle personalità ed all'operare dei grandi rappresentanti occidentali di questo pensiero»: Karl LARENZ, *Zur Beurteilung des Naturrechts*, in Werner MAIHOFFER (Hrsg.), *Naturrecht oder Rechtspositivismus*, cit., pag. 28 (ora e di seguito tutti i brani in lingua straniera riportati in italiano sono stati tradotti – salvo diversa indicazione – dall'autrice).

⁷ Com'è noto, la teoria finalistica dell'azione viene articolata da Welzel in un'ampia serie di scritti, che prendono l'avvio da *Um die finale Handlungslehre: eine Auseinandersetzung mit ihren Kritikern*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1949. A questa prima opera si unirono poi: *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, Walter De Gruyter, Berlin, 1949; *La posizione dogmatica della dottrina finalistica dell'azione*, in «Rivista Italiana di Diritto Penale», n. 1 (1951), pagg. 1-16; *Il nuovo volto del sistema penale*, in «Jus», n. 1 (1952), pagg. 31-70; *Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der finalen Handlungslehre*, C.F. Müller, Karlsruhe, 1953; *Das neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslehre*, Otto Schwartz³, Göttingen, 1957. L'indirizzo rappresentato in Germania da Welzel ha avuto, d'altronde, ripercussioni anche in Italia, dove esso non ha trovato, però, diretti sostenitori, se non in Dario SANTAMARIA, *Prospettive del concetto finalistico dell'azione*, Jovene, Napoli, 1955, ora in ID., *Scritti di diritto penale*, a cura di Mario La Monica, Kluwer IPSOA, Milano, 1996. Sulla corrispondenza epistolare, svoltasi negli anni cinquanta del Novecento tra Welzel e Santamaria, si rimanda poi, in particolare, a Cristina VANO, *Frammenti di un dialogo sul diritto penale. Hans Welzel e Dario Santamaria in un carteggio degli anni cinquanta*, in *Atti della Accademia Pontaniana*, nuova serie, vol. LXVIII, anno accademico 2019, Giannini, Napoli, 2020, 15 pagg. (in corso di stampa).

⁸ Hans WELZEL, *Naturrecht und Rechtspositivismus*, in ID., *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1975, pag. 276.

⁹ Cfr. *ivi*, pag. 283.

presentare il principale obiettivo teorico intorno a cui si riannodano i fili della sua articolata posizione sul diritto naturale. Egli parte, infatti, dall'assunto, per cui il diritto naturale «non [sia] da rinvenirsi *al di fuori* del diritto positivo o *al di sopra* di questo, essendo piuttosto insito *in questo stesso* come [suo] limite immanente»¹⁰. Più precisamente, tale limite viene da lui individuato in quelle «strutture logico-materiali» (*sachlogische Strukturen*), le quali percorrono l'intera materia giuridica, vincolando il legislatore «solo logicamente»¹¹. La trasgressione di questi «limiti immanenti nel diritto positivo» non rende nulla la normazione sovrana, ma soltanto lacunosa e contraddittoria¹².

Se simili strutture logico-materiali obbligano il legislatore in maniera soltanto relativa, «vi sono però anche dei principi materiali immanenti, che nessun comando statale può violare, senza divenire immediatamente invalido e non vincolante»¹³. Tra questi principi materiali, che sono insiti nell'ordinamento giuridico, «l'autonomia etica del [nostro] consimile»¹⁴ è l'unico che il comando dello Stato non possa trasgredire senza perdere nel contempo il proprio carattere di giuridicità¹⁵. Tant'è vero che «l'uomo ha, in quanto tale, dignità, la quale obbliga ciascuno a riconoscere la dignità del [proprio] simile. Tale rispetto della dignità umana è la condizione minima per la validità (normativa)»¹⁶ di un ordine giuridico positivo.

¹⁰ *Ivi*, pag. 286.

¹¹ Vd. *ivi*, pag. 284. A questo riguardo, si veda nuovamente *ivi*, pag. 286: nella visione welzeliana, tali strutture logico-materiali costituiscono «i vincoli materiali del legislatore».

¹² Su questo punto teorico cfr. *ivi*, pagg. 283-284. A tal proposito, Welzel precisa inoltre che «una violazione delle [strutture logico-materiali] non abbia come conseguenza che [la] regolamentazione [del legislatore] divenga invalida, ma certamente che questi non consegua il suo scopo, [ossia] che egli abbia emesso una regolamentazione lacunosa, contraddittoria [ed] inappropriata all'oggetto»: *ivi*, pag. 284.

¹³ *Ivi*, pag. 286.

¹⁴ Cfr. *ibidem*. Dal complesso delle strutture logico-materiali immanenti nell'ordinamento positivo Welzel enuclea, poi, accanto al concetto di autonomia etica del proprio simile, anche il principio di colpevolezza. Quest'ultimo non è, per lui, un prodotto del diritto positivo, bensì il più importante fondamento logico-materiale del diritto penale, su cui egli fa perno per formulare la sua ben nota teoria finalistica dell'azione. Per opinioni critiche sulla concezione finalistica welzeliana, si legga – nell'ampia letteratura in proposito – soltanto Alessandro BARATTA, *Antinomie giuridiche*, cit., pp. 125-142; e Thomas WÜRTEMBERGER, *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, trad. it. dell'ed. C.F. Müller, Karlsruhe, 1959, Giuffrè, Milano, 1965, spec. pagg. 47-67.

¹⁵ Cfr. ancora una volta *Naturrecht und Rechtspositivismus*, cit., pag. 286.

¹⁶ Fritz Loos, voce *Hans Welzel (1904-1977)*, cit., pag. 1119.

E, del resto, questo punto di vista è giustificato dalla peculiare nozione welzeliana di diritto, la quale riposa sull'interagire dei due elementi dell'effettività e della normatività. Per il giurista, infatti, il diritto non si esaurisce in un apparato coercitivo, in un mero potere effettuale, ma riceve la sua specifica identità dal dato normativo, che lo definisce come ordine valorativamente vincolante. Di conseguenza, Welzel ritiene che «la teoria del diritto come violenza ordinata, dominante nel positivismo, disconosca un momento essenziale del concetto di diritto: il momento della normatività»¹⁷. E benché il diritto debba essere necessariamente anche potere¹⁸, esso acquista tuttavia «forza vincolante e, dunque, validità normativa (...) solo in forza di un contenuto di valore insito [in esso], non in forza della pura effettività»¹⁹. In sintesi, il diritto «come *potere coercisce*, soltanto come *valore vincola*»²⁰. In questa sua ultima veste, vale a dire riguardato come ordine deontologico, il diritto rimanda necessariamente al suo imprescindibile correlato, ossia all'uomo, quale persona responsabile. Difatti, «mentre la *coazione* rende l'uomo mero oggetto dell'azione causale del potere, cosa tra le cose, l'*obbligo* gli impone la *responsabilità* per l'ordine dotato di senso della sua vita, rendendolo con ciò *soggetto* dell'organizzazione della sua esistenza»²¹.

¹⁷ Hans WELZEL, *Macht und Recht (Rechtspflicht und Rechtsgeltung)*, in ID., *Abhandlungen*, cit., pag. 295.

¹⁸ Welzel enuncia essenzialmente due ragioni, per le quali il diritto debba possedere anche «una forza plasmatrice della realtà e per questo debba essere potere: il dinamismo della natura umana, da una parte, e la storicità dell'ordine sociale, dall'altra»: *ivi*, pag. 290.

¹⁹ Hans WELZEL, *Gesetz und Gewissen*, in ID., *Abhandlungen*, cit., p. 306. Sul problema della validità del diritto cfr., del medesimo autore, *An den Grenzen des Rechts. Die Frage nach der Rechtsgeltung*, Westdeutscher Verlag, Köln/Opladen, 1966, pagg. 5-32.

²⁰ *Naturrecht und Rechtspositivismus*, cit., pag. 286.

²¹ Hans WELZEL, *Wahrheit und Grenze des Naturrechts*, Rede gehalten zum Antritt des Rektorats der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Bonn am 10. November 1962, Peter Hanstein Verlag, Bonn, 1963, pag. 9. Sulla scorta della differenza tra coercizione e dovere, quale vincolo interiore, lo studioso pone la distinzione fra l'*ingiustizia legale* e la *legge ingiusta*. La prima, l'ingiustizia legale, è data da una norma, la quale – disconoscendo l'uomo in qualità di persona responsabile e degradandolo, perciò, a semplice mezzo – perde la propria forza giuridica vincolante, appunto perché contraddice il presupposto etico minimo di ogni ordine comunitario. Viceversa, la legge ingiusta è quella che, pur osservando il minimo etico, contiene tuttavia una regolamentazione inadeguata alla situazione storica. Tale legge è sì diritto vincolante, ma ingiusto, il quale dovrebbe essere sostituito da un'adeguata regolamentazione. Come si può comprendere, qui la valutazione delle norme giuridiche è operata da Welzel nella prima ipotesi (l'ingiustizia legale) in base ad un criterio di ordine prevalentemente morale, nella seconda, invece (la legge ingiusta), in forza di un canone di carattere fondamentalmente costumale.

Da questa affermazione si evince che nella visione welzeliana, il presupposto minimo per l'esistenza di un ordinamento giuridico – che non voglia manifestarsi come mero potere coattivo, come pura forza 'ordinata', ma sia rivolto anche a vincolare come diritto – sia dato dal riconoscimento dell'individuo quale persona responsabile, dotata di autonomia etica²². In tal senso, Welzel individua nel principio dell'essere interiormente vincolato in maniera incondizionata (*das unbedingte Verpflichtet-Sein*) il nucleo ed il durevole contenuto di verità del diritto naturale²³. In sostanza, nella sua concezione, il giusnaturalismo «è stato da sempre il luogo, il quale ha rammentato agli uomini che vi è qualcosa di vincolante, che non è creato per primo dai comandi umani, ma esiste nella sua obbligatorietà indipendentemente dagli ordini dell'uomo»²⁴. Si può pertanto sostenere che nel pensiero giusnaturalistico welzeliano sia «da presupporre un dover essere trascendente (*ein transzendentes Sollen*) in base alla sua esistenza, non al suo contenuto»²⁵. E più specificamente, un siffatto «dover essere che trascende l'esistenza» (*Daseintranszendentes Sollen*) coincide, per Welzel, con l'essere interiormente vincolato, con l'«obbligazione»²⁶ dalla natura radicalmente morale. In tale quadro, «correlato necessario di questo dover essere trascendente è la persona responsabile, dotata di ragione e coscienza»²⁷.

Sulla base di tali presupposti, va a questo punto sottolineato che il discrimine segnato tra diritto e potere, obbligo e coazione venga fondato da Welzel sull'integrale ripresa della categoria kantiana di autonomia, che anche per lui costituisce il fondamento della dignità umana²⁸. Nella sua visione, infatti, il diritto viene inteso come ordine oggettivo garante del minimo etico, correlandosi così al soggetto morale, kantianamente concepito non come mezzo, bensì come fine in sé.

Per questa distinzione si veda Hans WELZEL, *Vom irrenden Gewissen. Eine rechtsphilosophische Studie*, Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1949, pag. 28.

²² Su questo tema cfr. *Wahrheit und Grenze des Naturrechts*, cit., pag. 10. A questo proposito, Armin Kaufmann osserva, sintetizzando, che «dall'impegno [di Welzel] intorno al diritto naturale ci rimane la consapevolezza che "il riconoscimento dell'uomo come persona responsabile" sia il presupposto minimo di tutta la validità giuridica»: Armin KAUFMANN, voce *Hans Welzel 70 Jahre*, cit., pag. 238.

²³ Su tale punto teorico si veda di nuovo *Wahrheit und Grenze des Naturrechts*, cit., pag. 7.

²⁴ Hans WELZEL, *Contributo alla discussione di Franz WIEACKER, Zum heutigen Stand der Naturrechtsdiskussion*, Westdeutscher Verlag, Köln/Opladen, 1965, pagg. 44-45.

²⁵ Fritz LOOS, voce *Hans Welzel (1904-1977)*, cit., pag. 1119.

²⁶ A questo riguardo si rinvia ancora una volta a *Wahrheit und Grenze des Naturrechts*, cit., pag. 10.

²⁷ Fritz LOOS, voce *Hans Welzel (1904-1977)*, cit., pag. 1119.

²⁸ Sul punto cfr. *Gesetz und Gewissen*, cit., pagg. 304-306.

A partire da un simile concetto di diritto, quale ordine valorativo, basato sull'idea dell'autonomia morale dell'individuo, si può facilmente individuare il motivo dell'interesse che Welzel nutre per Pufendorf e per la tradizione teorica a cui questo pensatore ha dato origine. La chiave interpretativa di tale interesse è esplicitamente enunciata dallo stesso Welzel. Questi si pone, infatti, la domanda se il diritto positivo debba rinvenire il suo limite nella coscienza individuale, che egli intende come l'organo con cui il soggetto apprende il dover essere trascendente nell'immanenza dell'ordine positivo fattuale²⁹. E a tal proposito l'autore osserva: «Questo quesito non è più in alcun modo ovvio da 250 anni. Mentre ancora Pufendorf (...) ravvisava la forza valorativa ed obbligatoria (*vis obligandi*) di una legge nella “vis conscientis intrinsecam aliquam necessitatem iniciendi” e perciò distingueva nettamente tra dovere giuridico e coazione giuridica, il suo allievo Christian Thomasius si attribuiva a suo merito di aver separato l'obbligazione esterna (*obligatio externa*) del diritto dall'obbligazione interna (*obligatio interna*) dell'eticità»³⁰. Con queste parole Welzel individua nel passaggio da Pufendorf a Thomasius il fondamentale punto di svolta nel modo di concepire il diritto. Nella sua interpretazione, Thomasius, con la sua ben nota *divisio* tra ordine giuridico ed ordine etico (obbligazioni coattive esterne per il diritto; obbligazioni interne, che vincolano solo in coscienza, per la morale) avrebbe delimitato un ambito del diritto coincidente con una regolamentazione esclusivamente coercitiva ed eteronoma (*eine heteronome Zwangsregelung*). In questo modo, egli avrebbe espunto il momento valorativo dal campo del diritto, relegandolo alla sola sfera morale. Il suo concetto di 'dovere coercitivo' (*Zwangspflicht*) – che, tra l'altro, si credette di ritrovare nella stessa teoria giuridica kantiana – si diffuse poi largamente nel pensiero giuridico dell'Ottocento e degli inizi del Novecento, consolidandosi nella *communis opinio*, che ravvisava nel diritto un ordine fondato sul comando coattivo eteronomo, nell'etica, invece, una «legislazione autonoma della coscienza»³¹.

²⁹ Cfr. *ivi*, p. 311: «La coscienza non è l'origine del dover essere (Sollen), bensì soltanto l'organo per apprenderlo»; ed anche *Wahrheit und Grenze des Naturrechts*, cit., pagg. 8-9.

³⁰ *Gesetz und Gewissen*, cit., pag. 299.

³¹ Vd. *ibidem*. Rivolta invece ad inserire più saldamente Thomasius in quella linea del giusnaturalismo tedesco, che va da Pufendorf a Wolff, è la monografia di Gianluca DIONI, *Dalla Stultitia alla Sapientia. Il concetto di dovere nel giusnaturalismo di Christian Thomasius*, con Prefazione di Vanda Fiorillo, Pensa Multimedia, Lecce, 2009. In questo volume il critico, pur riconoscendo l'innegabile carattere coattivo dell'obbligo esterno thomasiano, sottolinea in primo luogo la strumentalità della forza coercitiva, insita in tale dovere, rispetto all'emendazione morale dello *stultus*. Quest'ultimo è, infatti, ben poco incline, a causa della sua irragionevolezza e malvagità

Sulla riscoperta di una concezione etica del diritto nella Germania del secondo dopoguerra

Di fronte alle funeste conseguenze prodotte nel suo recente passato da una siffatta concezione soltanto eteronoma del diritto – che rendeva l'uomo «cieco strumento di una determinazione estranea»³² – Welzel scopre, invece, in Pufendorf la matrice teorica di una visione dell'ordine giuridico, che viene concepito come minimo etico, posto a salvaguardia della dignità umana³³. Nella ricostruzione di Welzel, infatti, Pufendorf «rinviene proprio nel carattere deontologico del valore (...) il più importante criterio distintivo tra vera e propria obbligazione, così come deriva dalle leggi di natura, e mera coercizione: mentre la coazione opera soltanto dall'esterno mediante forze naturali, "l'obbligazione presuppone cause tali che influiscono (...) intimamente sulla coscienza"»³⁴. Secondo Wel-

di animo, ad adeguarsi a quel dovere interiore, il quale è corredato di un tipo di sanzione, la pena divina, che di per sé non è immediatamente coglibile dalla sua *ratio corrupta*. In secondo luogo, Dioni pone in rilievo la gerarchizzazione esplicitamente operata da Thomasius fra questi due tipi di obbligo, e quindi la netta prevalenza, sul piano valorativo, del dovere interiore su quello esterno. Per una tale interpretazione di Thomasius cfr. *ivi*, pagg. 151-225. Sulla divisione delle obbligazioni in Thomasius si rinvia, inoltre, a Gianluca DIONI, *Die innere moralische Pflicht als obligatio perfectior externa in der Naturrechtslehre von Christian Thomasius*, in Vanda FIORILLO, Frank GRUNERT (Hrsg.), *Das Naturrecht der Geselligkeit. Anthropologie, Recht und Politik im 18. Jahrhundert*, Atti del Convegno Italo-Tedesco, Wetzlar, Reichskammergerichts-Museum, 2-4 dicembre 2004, Duncker & Humblot, Berlin, 2009, pagg. 69-87. Sulla stessa linea interpretativa si veda, infine, Vanda FIORILLO, *Il dovere coercitivo esterno, come remedium peccati, nel giusnaturalismo di Christian Thomasius*, Postfazione a Christian THOMASIVS, *I fondamenti del diritto di natura e delle genti*, trad. it. a cura di Gianluca Dioni, FrancoAngeli, Milano, 2013, pagg. 225-259.

³² Hans WELZEL, *Über die ethischen Grundlagen der sozialen Ordnung*, in *Id.*, *Abhandlungen*, cit., pagg. 241-242.

³³ All'interno della più recente letteratura sul concetto di dignità umana in Pufendorf si rimanda a Sibylle MÜLLER, *Gibt es Menschenrechte bei Samuel Pufendorf?*, Peter Lang, Frankfurt am Main/Berlin/Bern/Bruxelles/New York/Oxford/Wien, 2000, spec. pagg. 38-46. Qui l'autrice tratta delle diverse forme della *dignitas* pufendorfiana, la quale si può di volta in volta configurare come dignità del servo nei confronti del padrone nello stato di natura, come dignità del suddito o anche del delinquente nei loro rapporti con lo Stato, o infine come dignità del nemico in guerra; Kari SAASTAMOINEN, *Pufendorf on Natural Equality, Human Dignity, and Self-Esteem*, in «Journal of the History of Ideas», vol. 71, n. 1 (January 2010), pagg. 39-62, sulla dignità dell'uomo in Pufendorf soprattutto pagg. 48-53. Su questo tema mi sia consentito di rinviare anche a Vanda FIORILLO, «*Non canis, sed homo*»: *dignità umana ed onore nel giusnaturalismo di Samuel Pufendorf*, in «Il Pensiero Politico», XLV, n. 2 (2012), pagg. 175-192; ristampato, in versione tedesca, in Vanda FIORILLO, Michael KAHLO (Hrsg.), *Wege zur Menschenwürde. Ein deutsch-italienischer Dialog in memoriam Mario A. Cattaneo*, Atti del Convegno Italo-Tedesco, Treviri, 20-24 febbraio 2012, mentis Verlag, Münster, 2015, pagg. 111-130.

³⁴ Hans WELZEL, *La dottrina giusnaturalistica di Samuel Pufendorf. Un contributo alla storia*

zel, però, il binomio obbligo/coazione³⁵ non corrisponde, in Pufendorf, a quello etica/diritto, così come sarebbe stato invece, per lui, nella successiva tradizione giuridica inaugurata da Thomasius. Tale binomio esemplifica, piuttosto, i due diversi possibili atteggiamenti interiori del soggetto nei riguardi delle norme etico-sociali e giuridiche, proprio perchè l'autore seicentesco «ben distingue, (...), un comportamento morale ed uno legale verso queste leggi»³⁶.

Interpretando Pufendorf in chiave pre-kantiana, Welzel delinea un profilo della sua distinzione tra etica e diritto, che viene da lui specificamente fondato sul lato soggettivo di tali due ordini, vale a dire su ciò che Kant avrebbe in seguito chiamato «il principio soggettivo della legislazione pratica, vale a dire il rapporto della volontà con la legge materiale-obiettiva»³⁷. Tanto è vero che nel giusnaturalismo di Pufendorf, l'etica e il diritto – pur rappresentando i due fondamenti di determinazione interiore (morale) dell'individuo – instaurano di regola un differente rapporto della volontà con la legge etica e giuridica obiettiva. L'etica tutela costantemente l'autonomia morale dell'uomo, esigendo l'incondizionata adesione della sua coscienza al valore insito nella legge obiettiva. Conseguentemente, nella teoria giusnaturalistica pufendorfiana, «la teologia morale esamina se i moti interni dell'anima siano conformi al volere di Dio e biasima, perciò, anche quelle azioni che, pur sembrando esternamente legittime, siano però derivate da un cuore impuro»³⁸. Viceversa, il diritto deve generalmente accontentarsi della sola osservanza legale della norma, ossia di un comportamento motivato dal timore della coazione. Ciò non deve indurre a

delle idee dei secoli XVII e XVIII, trad. it. a cura di Vanda Fiorillo della sopracitata ed. Walter de Gruyter, Berlin, 1958, Giappichelli, Torino, 1993, pag. 85.

³⁵ Sulla dialettica fra dovere e coazione in Pufendorf si rimanda ai contributi di Gerald HARTUNG, *Die Naturrechtsdebatte. Geschichte der Obligatio vom 17. bis 20. Jahrhundert*, Verlag Karl Alber, Freiburg/München, 1999, pagg. 30-50; Dieter HÜNING, *Gesetz und Verbindlichkeit. Zur Begründung der praktischen Philosophie bei Samuel Pufendorf und Christian Wolff*, in Simon BUNKE, Katerina MIHAYLOVA, Daniela RINGKAMP (Hrsg.), *Das Band der Gesellschaft. Verbindlichkeitsdiskurse im 18. Jahrhundert*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, su Pufendorf, spec. pagg. 38-42; e di Hans-Ludwig SCHREIBER, *Der Begriff der Rechtspflicht. Quellenstudien zu seiner Geschichte*, Walter de Gruyter, Berlin, 1966, su Pufendorf pagg. 9-12. Su questo tema mi si consenta, infine, di rinviare a Vanda FIORILLO, *Tra egoismo e socialità. Il giusnaturalismo di Samuel Pufendorf*, Jovene, Napoli, 1992, soprattutto pagg. 169-195.

³⁶ *La dottrina giusnaturalistica di Samuel Pufendorf*, cit., pag. 87.

³⁷ Si veda Hans WELZEL, *Das Gesinnungsmoment im Recht*, in Id., *Abhandlungen*, cit., p. 262. A proposito della legge «in senso materiale-obiettivo», Welzel precisa che questa sia «una misura obiettiva, interiormente vincolante in virtù del suo valore»: cfr. *ibidem*.

³⁸ *La dottrina giusnaturalistica di Samuel Pufendorf*, cit., pagg. 86-87.

pensare, tuttavia, che in Pufendorf la legalità si risolve nella sola eteronomia, latrice della completa dipendenza dell'individuo da impulsi estranei al valore. Il filosofo seicentesco intende, piuttosto, lasciare spazio all'autonomia etica dell'uomo anche in ambito giuridico, ammettendo implicitamente che la legalità possa abbracciare tanto comportamenti eteronomi, quanto anche autonomi verso la norma. Welzel coglie, dunque, nel giusnaturalismo di Pufendorf l'intuizione – da questi peraltro mai direttamente esplicitata – secondo cui l'atteggiamento morale non esaurirebbe la totalità delle possibili disposizioni interiori dell'uomo. Un simile punto di vista contribuisce poi a rafforzare l'opinione di Welzel, secondo cui «la disposizione interiore (...) è il durevole contegno spirituale, il modo perseverante del valutare e del volere. In questo senso vi è anche una disposizione interiore legale (giuridica), ossia la persistente volontà di adempiere i doveri giuridici»³⁹. Anche in Pufendorf, però, tale disposizione legale – che coincide con la volontà di adeguarsi alla norma giuridica per il valore insito in essa – è presa in considerazione dal diritto nella sola ipotesi di azione illegittima. «Per il diritto in senso proprio, il valore o disvalore etico della disposizione interiore rimane occulto ed irrilevante in un comportamento conforme alla legge, venendo in rilievo soltanto in azioni illegali. Perciò, [Pufendorf] affida in massima parte alla teoria morale l'esame dell'azione nel suo complesso ed in essa particolarmente del valore della disposizione interiore»⁴⁰.

In questo modo, Welzel ricostruisce un criterio discretivo fra ordine etico ed ordine giuridico di carattere prettamente soggettivo, vale a dire basato sul differente rapporto della volontà con la norma obiettiva, tanto etica quanto giuridica: nell'adempimento del dovere, l'etica esige sempre la moralità, mentre il diritto deve accontentarsi in linea generale della legalità. Malgrado ciò, con questo criterio, Pufendorf non configura la pretesa giuridica come esclusiva determinazione coercitiva del potere, ammettendo implicitamente che nel diritto il momento coattivo ed effettuale possa sospendere la sua operatività a favore di quello valorativo, anch'esso appartenente all'ambito giuridico. Ciò accadrebbe, qualora il comando giuridico sia osservato dal soggetto con una disposizione interiore di carattere legale⁴¹, ovvero mediante il suo libero conformarsi ad esso. Come

³⁹ *Das Gesinnungsmoment im Recht*, cit., pag. 262.

⁴⁰ *La dottrina giusnaturalistica di Samuel Pufendorf*, cit., pagg. 87-88.

⁴¹ Evidenziando *a contrario* l'importanza della visione espressa da Pufendorf per l'edificazione di un concetto di diritto che non annienti la sostanza etica dell'individuo, Welzel osserva con tono di rimpianto che «nel tempo presente è completamente scomparsa la consapevolezza del significato della disposizione giuridica interiore»: *Das Gesinnungsmoment im Recht*, cit., pag. 262.

abbiamo visto, però, un simile atteggiamento interiore – che è indifferente nelle azioni legittime – viene esaminato dal diritto nei soli casi di comportamento difforme dalla norma. In breve, la sia pur implicita ammissione della possibilità di un atteggiamento legale o giuridico insito nell'individuo comporta che anche nel diritto si preveda l'agire di un valore.

E per la piena comprensione del modo con cui Pufendorf – nell'interpretazione di Welzel – intenda l'operatività del valore all'interno della sfera giuridica, bisogna tenere presente che la sua divisione fra etica e diritto presuppone il riconoscimento della multilaterale articolazione dei due ordini. Tant'è vero che Pufendorf prende in considerazione non soltanto il lato soggettivo del diritto, ma anche il lato obiettivo dell'etica. Quest'ultima non si limita, infatti, alla sola disposizione interiore, così come sarebbe stato invece, secondo Welzel, nella tradizione instaurata da Thomasiaus, la quale influì largamente sullo stesso positivismo giuridico del Novecento⁴². Ciò perché, a parere di Welzel, «è un grave errore dell'etica e della filosofia del diritto [attualmente] dominanti che esse abbiano interamente ridotto il concetto di disposizione interiore alla disposizione morale (...), ignorando che la disposizione morale sia soltanto un particolare tipo di disposizione interiore»⁴³.

Se con ciò Welzel ammette implicitamente il lato soggettivo del diritto, egli contesta, d'altro canto, anche la limitazione – sempre operata dal positivismo giuridico a lui contemporaneo – dell'etica al suo solo aspetto soggettivo. Nella sua prospettiva, infatti, l'etica della convinzione (*Gesinnungsethik*) non è ingiusta, bensì unilaterale, proprio perchè essa trascura il lato obiettivo dell'etica stessa. Per questo motivo, «essa deve ampliarsi in etica della responsabilità (*Verantwortungsethik*), la quale lascia inalterata la purezza della disposizione interiore come valore dell'atto etico, ma impone in più all'atto etico *anche* la responsabilità per la giustezza materiale dell'azione»⁴⁴. Ponendo in rilievo con questa affermazione

⁴² Su questo passaggio teorico cfr. nuovamente *La dottrina giusnaturalistica di Samuel Pufendorf*, cit., pag. 87, nota 14.

⁴³ *Das Gesinnungsmoment im Recht*, cit., pag. 262. A tal proposito, rileva inoltre Welzel: «la limitazione del dato etico all'atteggiamento interiore, alla "volontà buona", che è divenuta per tutti usuale nel tempo presente, era sconosciuta nei secoli precedenti (le virtù di Aristotele racchiudono in sé non soltanto il valore della disposizione interiore, ma in primo luogo il valore del fatto) e si è sviluppata principalmente in adesione a Kant»: *La dottrina giusnaturalistica di Samuel Pufendorf*, cit., pag. 87, nota 14.

⁴⁴ *Über die ethischen Grundlagen der sozialen Ordnung*, cit., pagg. 243-244.

il lato obiettivo dell'etica, Welzel mira a far conoscere ai suoi contemporanei una concezione etico-giuridica, quella pufendorfiana, nella quale il singolo «individuo, come persona morale, è necessariamente inserito in un contesto *sociale*»⁴⁵. In quest'ultimo ambito, il valore dell'agire etico dell'uomo non può limitarsi a quello della disposizione interiore, ma deve estendersi anche al valore dell'azione. Di conseguenza, per Pufendorf, «eticamente perfetta è solo quell'azione che tanto nell'atteggiamento interiore con cui fu intrapresa, quanto nello scopo che essa ha perseguito e realizzato, è pienamente dotata di valore»⁴⁶. Come si può evincere da questa osservazione, nell'etica pufendorfiana, all'uomo non è richiesta semplicemente la spontanea adesione al dovere, ma anche che egli si assuma la responsabilità per le conseguenze prevedibili della sua libera decisione. Con ciò il soggetto morale realizza il pieno contenuto dell'autonomia.

In armonia con tali presupposti, la *socialitas* – la quale rappresenta, com'è noto, il massimo principio deontologico del diritto naturale pufendorfiano⁴⁷ – si costruisce come il luogo teorico esaustivo di tutti i valori etico-materiali e giuridici. Tant'è vero che «la socialità, (...), racchiude in sé tutti i doveri di umanità e di amore, ma non si limita ad essi, bensì si estende ad un campo che li precede e ne costituisce il presupposto. Un agire per amore disinteressato è possibile solo se è complessivamente garantita la stabilità della convivenza umana. Quest'ultima è realizzata mediante doveri, il cui adempimento è coercibile in contrapposizione agli obblighi di umanità»⁴⁸. A questo proposito, Welzel afferma, inoltre, sinteticamente che in Pufendorf sia i doveri di carità, sia quelli specificamente giuridici siano «racchiusi nel principio di socialità, il quale comprende la totalità dei comportamenti sociali pienamente dotati di valore etico»⁴⁹. È qui evidente che nella

⁴⁵ Cfr. *La dottrina giusnaturalistica di Samuel Pufendorf*; cit., pag. 80.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Una parte della storiografia dissente dall'interpretazione welzeliana della *socialitas* come categoria normativa, leggendola, piuttosto, in chiave di atteggiamento antropologico. Tra i sostenitori di questo orientamento critico si ricordi in particolare Hans MEDICK, *Naturzustand und Naturgeschichte der bürgerlichen Gesellschaft. Die Ursprünge der bürgerlichen Sozialtheorie als Geschichtsphilosophie und Sozialwissenschaft bei Samuel Pufendorf, John Locke und Adam Smith*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1981, sul concetto di socialità in Pufendorf spec. pp. 40-63. Per questo critico, «la socializzazione dell'uomo si delinea», in Pufendorf, «quale diretta conseguenza dell'esser costretti a porre fine allo stato di natura; [costrizione, questa], che è data dalla natura manchevole e bisognosa dell'uomo»: *ivi*, pagg. 52-53.

⁴⁸ *La dottrina giusnaturalistica di Samuel Pufendorf*; cit., pagg. 80-81.

⁴⁹ Cfr. *ivi*, pag. 81.

socialità pufendorfiana – che Welzel interpreta come una sorta di “ampliamento” della coscienza individuale – i valori dell’etica materiale siano strettamente intrecciati con quelli propriamente giuridici. Il diritto finisce, così, per configurarsi come una parte dell’etica sociale, ad integrazione di un ordine giuridico determinato nel valore.

Del resto, solo una siffatta concezione del diritto renderebbe possibile, per Welzel, un agire sociale pienamente dotato di senso. Se si accogliesse invece l’ipotesi, per cui l’azione conforme al dovere etico-materiale possa trovarsi in contraddizione con il comportamento che si attenga all’obbligo giuridico, verrebbe allora sconvolto qualsiasi presupposto di senso della vita umana. In altri termini, nella prospettiva welzeliana, una medesima azione non può essere allo stesso tempo comandata, come eticamente giusta, e vietata, in quanto giuridicamente ingiusta (o viceversa)⁵⁰. Ciò costituisce, tra l’altro, un corollario del suo stesso concetto di diritto: «se il diritto ha forza moralmente vincolante, non può essere eticamente comandato il contrario di un dovere etico»⁵¹.

A questo riguardo, è tuttavia opportuno precisare che per Welzel il rapporto fra etica e diritto non comporta la perfetta coincidenza tra i due ordini, ma è piuttosto esemplificato dall’immagine di due circonferenze reciprocamente intersecantesi. Ciò perché, nell’opinione di Welzel, il compito primario del diritto risiede nella creazione di un ordine *effettuale*. Ed è proprio il dato dell’effettività a distinguere il diritto da tutti gli altri ordini etico-materiali di valore⁵². Difatti, «tutti gli altri valori etico-materiali possono essere tanto irreali, quanto persino ideali. Il diritto, poichè deve essere necessariamente un valore reale, non può mai essere eticamente perfetto, ideale. Il diritto non può mai essere buono in senso assoluto, ma sempre soltanto ‘migliore del’... caos»⁵³.

Di conseguenza, secondo Welzel, il diritto, come ordine effettuale di valore, si presenta allo stesso tempo necessariamente come valore «infranto» (*‘gebrochener Wert’*)⁵⁴. In questo modo, egli sottolinea il rapporto di costante tensione – nono-

⁵⁰ Su questo punto teorico si veda Hans WELZEL, *Recht und Sittlichkeit*, in *Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28. Juli 1975*, hrsg. von Gerald Grünwald, Olaf Miehe, Hans-Joachim Rudolphi und Hans-Ludwig Schreiber, Verlag Otto Schwartz, Göttingen, 1975, pag. 47.

⁵¹ *Ibidem.*

⁵² Vd. *ivi*, pagg. 46-47.

⁵³ *Ivi*, pag. 47.

⁵⁴ Cfr. *ibidem.*

Sulla riscoperta di una concezione etica del diritto nella Germania del secondo dopoguerra

stante la reciproca interferenza delle due sfere – tra il diritto, come valore reale ed “infranto”, e l’ordine etico, interpretabile invece come valore ideale perfetto⁵⁵.

Sulla base di questi presupposti, Welzel richiama l’attenzione dei suoi contemporanei sulla concezione pufendorfiana del diritto, la quale si rivela essere funzionale alla soddisfazione del suo principale obiettivo teorico, consistente – come si è detto – nell’evitare il riaffermarsi di un radicale positivismo giuridico. Tant’è vero che nel concetto di diritto, così come elaborato da Pufendorf, il dato effettuale viene temperato dalla vincolatività del valore, la quale presuppone, come suo indispensabile correlato, il riconoscimento dell’uomo quale persona responsabile. In breve, nel Pufendorf di Welzel, il diritto svolge una fondamentale funzione etico-sociale. Ci troviamo qui di fronte ad una prospettiva sviluppata, peraltro, dallo stesso Welzel, il quale aveva sostenuto – ad esempio, nel saggio *Das Gesinnungsmoment im Recht* del 1950⁵⁶ – che il diritto influenzi «la coscienza morale mediante il suo contenuto di valore, (...) e gli impulsi egoistici per mezzo della coazione giuridica»⁵⁷. In questo quadro, il «diversa sunt cogere et obligare»⁵⁸ pufendorfiano rappresenta, nell’ottica di Welzel, la prima chiara formulazione teorica di quella linea di pensiero pre-kantiano, che fu, per lui, interrotta dal prevalere della nozione thomasiana di “dovere coercitivo” nella tradizione giuridica successiva. Per questa ragione, Welzel getta nuova luce su una concezione del diritto, che – ben lontana dal vanificare la decisione eticamente libera dell’uomo – la ammette, anzi, come limite costante all’esercizio del potere statale.

In questo senso, egli si fa portavoce di quel “giusnaturalismo esistenziale”, proprio del Novecento, la cui massima istanza si sintetizza nell’aspirazione a che «per il diritto, la determinazione dell’uomo alla libertà etica [sia e continui ad essere] la sostanza inviolabile della personalità umana»⁵⁹. Pertanto, nella sua interpretazione, lo stesso concetto pufendorfiano di diritto – quale ordine etica-

⁵⁵ Vd. *ivi*, pagg. 47-48.

⁵⁶ Questo saggio di Welzel, infatti – che fa attualmente parte delle succitate *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie* – apparve per la prima volta nella *Festschrift für Julius von Gierke*, Walter de Gruyter, Berlin, 1950.

⁵⁷ Sul punto si veda di nuovo *Das Gesinnungsmoment im Recht*, cit., pag. 262.

⁵⁸ Cfr. Samuel PUFENDORF, *De Jure Naturæ et Gentium*, libri octo, cum integris Commentariis Joh. Nicolai Hertii atque Johannis Barbeyraccii, recensuit & Animadversionibus illustravit Gottfridus Mascovius, Lausannæ & Genevæ, 1744, liber I, caput VI, par. X, pag. 95: «Diversa quippe sunt cogere & obligare. Illud solis viribus naturalibus potest effici; hoc vero nequaquam».

⁵⁹ Thomas WÜRTEMBERGER, *Das Naturrecht und die Philosophie der Gegenwart*, in Werner MAIHOFFER (Hrsg.), *Naturrecht oder Rechtspositivismus*, cit., pag. 443.

mente vincolante, radicato sull'idea di dignità umana – costituisce il primo saldo nucleo teorico, che sia ancora in grado di dare conforto nel presente alla validità di una concezione giuridica, che è volta a tracciare «la linea di confine, all'interno dell'ambito sociale, tra [le pretese] (...) di un ordinamento positivo, caratterizzato da sovranità e potere, e la sfera individuale propria della personalità umana»⁶⁰.

Infatti, «per la prima volta con Pufendorf, il concetto di *dignità umana*, così importante per l'epoca successiva (fino a Kant incluso) appare al centro del complesso fondativo del diritto naturale»⁶¹. E proprio tale concetto di dignità, insieme con alcuni suoi corollari, è ritenuto da Welzel «il contributo fondamentale di Pufendorf alle idee dell'epoca successiva»⁶². Più in particolare, la *dignitas individui* viene, da un lato, elaborata dall'autore seicentesco come idea strettamente collegata alla libertà etica dell'uomo, mentre dall'altro, essa è difesa, in quanto tale, nei confronti di un ordine giuridico potenzialmente annichilatore.

Si può conclusivamente osservare che proprio il principio pufendorffiano di dignità umana – il quale viene considerato come il presupposto minimo della validità di un diritto concepito come ordine di valori – costituisca, per Welzel, una preziosa eredità spirituale, alla quale è possibile ispirarsi in tutte le epoche in cui l'umanità venga minacciata dalla prepotenza delle forze e degli apparati collettivi.

⁶⁰ Cfr. ID., *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, cit., pag. 41.

⁶¹ *La dottrina giusnaturalistica di Samuel Pufendorf*, cit., p. 77. Anche a Welzel, infatti, «il rispetto [della] dignità umana, indissolubilmente collegata con il destino dell'uomo all'autonomia morale, nell'adempimento dei suoi compiti sociali, sembra l'ultima ed irrinunciabile esigenza di un giusnaturalismo "esistenziale" nei riguardi della sovranità e della configurazione di un ordinamento positivo del diritto e del potere»: Thomas WÜRTEMBERGER, *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, cit., pag. 42.

⁶² Cfr. *La dottrina giusnaturalistica di Samuel Pufendorf*, cit., pag. 29.

Aldo Moro e l'ordito della politica

MAURIZIO GRIFFO

The article analyzes Aldo Moro's political design forty years after his tragic death. The Christian Democrat politician was the bearer of a political project to normalize the Italian political system. A political system conditioned by an ideological cleavage that, according to Moro, had to be remedied with a careful mediation work. The design of Moro failed because the ideological cleavage had, in the end, the upper hand.

Aldo Moro, Italian politics, Communism, Red brigades

1. *Lo stile politico moroteo*

Per parlare di Aldo Moro in maniera non celebrativa occorre, come suggeriva saggiamente il compianto amico Matteo Pizzigallo, cercare di sottrarlo alla sua tragica morte e restituirlo alla dimensione storica che gli appartiene¹. Certo, la morte del leader democristiano e le circostanze in cui essa avvenne sono a loro volta un fatto storico da interpretare e da comprendere, ma per fare questo occorre ripartire dalla figura di Moro e dal contesto politico in cui si trovò ad agire. Questo è ancora più vero se si tiene conto che la fine di Moro viene sostanzialmente a coincidere, e su questo la storiografia è in gran parte concorde, con la fine della cosiddetta prima repubblica; sicuramente, dopo la sua scomparsa l'impianto del sistema politico resta in piedi per oltre dieci anni, cioè fino a che dura la guerra fredda, ma la logica evolutiva che guidava il sistema è esaurita. In sostanza, dopo la morte di Moro c'è una lunga agonia o un lungo girare a vuoto della prima repubblica. Ma, per addentrarci nella nostra analisi, occorre anzitutto venire alla personalità dell'uomo politico pugliese.

¹ Il fatto che la tragica fine abbia reso più difficile interpretare in maniera equilibrata l'operato di Moro era stato già notato poco dopo la sua scomparsa, cfr. P. SCOPPOLA, *De Gasperi e Moro*, in A.A. VV., *Moro, la Democrazia cristiana e la cultura cattolica*, Cinque Lune, Roma, 1979, pag. 14.

Per comprenderla è necessario andare oltre il cliché del maestro del politichese, o del grigio notabile democristiano che lo accompagna da quando, con la inattesa elezione a segretario del partito nel marzo del 1959, era salito alla ribalta della scena politica nazionale. A pochi mesi di distanza da quella nomina, Enzo Forcella, in una corrispondenza dal congresso democristiano di Firenze dell'ottobre 1959, disegnava un ritratto di Moro, per così dire, idealtipico. Lo definiva, infatti, un «uomo colto e gentile, triste esangue che a quarantatré anni ha la stanca saggezza di un vecchio»².

Un ritratto che si può accostare a quello tratteggiato pochi mesi dopo da Eugenio Scalfari. Nel marzo 1960, descrivendo l'atteggiamento del segretario democristiano durante la lunga trattativa per la designazione del candidato del partito alla presidenza del consiglio nel nuovo governo, Scalfari osservava: «Dal canto suo l'on. Moro ha opposto a entrambi i gruppi che cercavano di condizionarne i movimenti una resistenza passiva tenacissima, propria della natura di un uomo che per carattere prima ancora che per scelta politica riassume in sé tutte le abilità, i vizi e le insufficienze della palude democristiana»³.

Si tratta di giudizi che, pur nella intonazione polemica che li anima, colgono alcuni aspetti dell'attitudine politica morotea: l'abilità negoziale, la tenacia dissimulata, lo stile dimesso o, se si vuole, un *understatement* d'impronta meridionale. Sono giudizi che però trascurano o sottovalutano le doti di lucidità e di determinazione che l'uomo politico pugliese possedeva. Per descriverle sinteticamente possiamo far ricorso all'opinione di Roberto Ducci, un diplomatico che ha molto lavorato con il leader democristiano nella lunga stagione in cui questi ha retto il ministero degli esteri. A parere di Ducci «Moro era tutto fuorché sentimentale o populista: i suoi occhi guardavano gelidamente la realtà, e con freddezza valutavano i metodi per cambiare quella realtà poco a poco e quasi senza farsene accorgere»⁴.

Al giudizio di Ducci si può assortire un'altra valutazione, più colloquiale, espressa da uno stretto collaboratore dell'uomo politico pugliese, Sereno Freato, storico uomo di fiducia di Moro. Questi, e siamo nel 1968 o 1969, dichiarava: «Moro è uno che, di questi tempi, va in carrozza. Va piano, forse troppo, ma

² E. FORCELLA, *Budda a Firenze*, «Il Mondo», 3 novembre 1959, pag. 2.

³ E. SCALFARI, *Leoni, Piccioni ed altri animali*, «L'Espresso», 13 marzo 1960, pag. 3.

⁴ R. DUCCI, *I capintesta*, Rusconi, Milano, 1982, pag. 10.

arriva dove vuole»⁵. Freato espone in maniera bonaria ed ellittica quella che era una idea centrale di Moro: la necessità di tenere insieme tutto il partito democristiano per realizzare le varie scelte politiche. Così era stato nell'era degasperiana, con la formula del centrismo, così doveva continuare ad essere nell'epoca del centro sinistra, e successivamente in quella che aveva immaginato come 'la terza fase'. Per questo occorre andare piano, procedere per gradi, anche a prezzo di pagare pedaggi consistenti. L'unità del partito era la *conditio sine qua non* della centralità democristiana: occorre, perciò, salvaguardarla e difenderla. E Moro era il garante supremo di questa regola del gioco, esprimendone, al tempo stesso, la coscienza critica⁶.

Alla base di tale concezione stava, a sua volta, l'idea che la Democrazia cristiana svolgesse un ruolo insostituibile per rafforzare e consolidare la democrazia italiana. Ne troviamo una testimonianza esemplare nel discorso parlamentare del marzo 1977 sulla richiesta di *impeachment* per Luigi Gui e Mario Tanassi a proposito dello scandalo Lockheed. Respingendo l'accusa che la lunga e ininterrotta permanenza al potere della Democrazia cristiana si configurasse come un regime, Moro ricordava che nel trentennio a dominanza democristiana c'è stata «la più alta e la più ampia esperienza di libertà che l'Italia abbia mai vissuto nella sua storia». Una esperienza capace di «comprendere e valorizzare, sempre che non si ricorra alla violenza, qualsiasi fermento critico, qualsiasi ragione di contestazione, i quali possano fare nuova e vera la nostra società». La orgogliosa rivendicazione dei meriti della propria parte politica si accoppiava a una decisa messa in guardia contro l'abuso di motivi polemici che superavano i confini del corretto confronto democratico. «Onorevoli colleghi», proseguiva il leader democristiano, «che ci avete preannunciato il processo sulle piazze, vi diciamo che non ci faremo processare», invitando poi gli avversari politici a «non sottovalutare la grande forza dell'opinione pubblica che, da più di tre decenni, trova nella Democrazia Cristiana, la sua espressione e la sua difesa»⁷.

⁵ Il giudizio di Freato è riferito in C. PIZZINELLI, *Moro*, Longanesi, Milano, 1969, pag. 9.

⁶ Sull'importanza che Moro attribuiva all'unità del partito cfr. G. MALGERI, *L'Italia democristiana. Uomini e idee del cattolicesimo democratico nell'Italia repubblicana (1943-1993)*, Gangemi, Roma, 2005, pag. 279.

⁷ Discorso alla Camera dei deputati del 9 marzo 1977, ora in A. MORO, *Discorsi politici*, a cura di G. Rossini, introduzione di L. Elia, Cinque Lune, Roma, 1978, pag. 134. E in precedenza, con non minore energia, aveva osservato: «A chiunque voglia travolgere globalmente la nostra esperienza; a chiunque voglia fare un processo, morale e politico, da celebrare, come si è detto

Nella visione di Moro l'unità del partito aveva una duplice valenza. Da un lato consentiva alla DC di essere il perno attorno a cui ruotava il sistema politico⁸. Quello che è stato definito il condominio doroteo⁹. Al tempo stesso, però, l'unità del partito costituiva una garanzia democratica. Tenere unito il partito significava evitare che si creasse una destra elettoralmente forte e quindi in grado di condizionare negativamente la fragile democrazia italiana¹⁰. Il prezzo da pagare per tenere unito il partito era quello della decantazione continua, della dilatazione temporale e della diluizione contenutistica.

A tal proposito occorre richiamare l'attenzione su di un altro aspetto anch'esso funzionale alla logica politica che guidava le scelte dell'uomo politico pugliese. A differenza di Fanfani, Moro non ha mai operato per modernizzare il partito, per farlo assomigliare al tipo ideale del partito di massa e di integrazione sociale, ma si è sempre limitato a gestirlo così come era. In questo senso la sua azione, mutando quello che dev'essere mutato, si può avvicinare a quella dei leader dell'Italia liberale. Depretis, Giolitti per raggiungere gli obiettivi che si erano prefissi incoraggiavano o assecondavano una dinamica trasformistica (propria del sistema), gestendo maggioranze variabili e alleanze mutevoli. Analogamente Moro per far avanzare il proprio progetto politico seguiva la logica interna al regime dei partiti, che era la struttura portante del sistema politico dell'Italia repubblicana¹¹. Anzitutto operando le mediazioni necessarie affinché la Democrazia cristiana, il partito di maggioranza relativa, trovasse un minimo comune denominatore. A partire da questa unità interna si potevano poi pensare e promuovere le intese con le altre forze politiche.

cinicamente, nelle piazze, noi rispondiamo con la più ferma reazione e con l'appello all'opinione pubblica che non ha riconosciuto in noi una colpa storica e non ha voluto che la nostra forza fosse diminuita», *ivi*, pag. 133.

⁸ Su questi aspetti ci sia consentito di rinviare a M. GRIFFO, *Dimenticare la DC*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2007, pagg. 41-42.

⁹ Per la nozione di condominio doroteo cfr. P. CRAVERI, *La repubblica dal 1958 al 1992*, UTET, Torino, 1995, in particolare, pagg. 223-244.

¹⁰ Sulla fragilità della democrazia italiana secondo Moro cfr. IDEM, *Aldo Moro e la storia della repubblica*, in *Aldo Moro nella storia dell'Italia repubblicana*, a cura di Mondo Contemporaneo, Franco Angeli, Milano, 2011, pagg. 13 e 15 e R. RUFFILLI, *Moro e la Costituzione*, in *Moro la Democrazia cristiana*, cit., pagg. 21-22.

¹¹ Sugli aspetti di continuità e di rottura tra Italia liberale e Italia repubblicana ci sia permesso di fare riferimento a M. GRIFFO, *La crisi della "prima repubblica" riconsiderata in una prospettiva di lunga durata*, in A. Campi, S. De Luca (a cura di), *Il realismo politico. Figure, concetti, prospettive di ricerca*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2014, pagg. 872-873.

Da questa situazione generale, che imponeva spesso accordi al ribasso fra le divergenti anime del partito, derivava quella cifra grigia e un po' stazionata che abbiamo visto finire nel mirino dei commentatori laici¹². Ma, al di là delle apparenze torpide, se non levantine, il leader democristiano aveva un alto senso della politica e dei suoi compiti.

In un articolo pubblicato nei primi giorni del marzo 1978, due settimane prima del rapimento, troviamo una efficace sintesi del pensiero di Moro su questo argomento. A suo avviso, «il politico non ha solo il compito di non guastare quel che la vita sociale, nel suo evolversi positivo va di per sé costruendo», ma deve essere capace di «una indispensabile e lungimirante iniziativa politica», capace di produrre «una sintesi appropriata ed organizzare il consenso non intorno a dati particolari, benché importanti, ma intorno ad un disegno complessivo e, nella sua complessità, compiuto e stabile». Tuttavia la capacità di elaborare un progetto complessivo non era un esercizio solitario da svolgere in una sorta di vuoto pneumatico, bensì comportava un'attenta sollecitudine a mediare fra posizioni diverse. Raggiungere l'unità, infatti, richiede non solo «una visione di insieme», ma anche «la ricerca di giusti equilibri, un vero sforzo di organizzazione». L'inevitabile passaggio per le forche caudine della mediazione «rende la vita politica complicata, scarsamente decifrabile, qualche volta irritante». Da queste forme oscure ed opache origina «quella diffidenza che contesta alla politica la sua funzione ed il suo merito». Tuttavia non si tratta «di alchimie, di artifici, di cortine fumogene», bensì di un modo di procedere necessitato perché comprensivo «di una seria ponderazione degli elementi in gioco, di una ricerca di compatibilità, di una valorizzazione della unità nella diversità»¹³.

In poco meno di due colonne di stampa abbiamo un concentrato delle idee morotee sul significato della politica e le abbiamo espresse nel suo linguaggio involuto ma preciso. Quella di Moro era una visione politica riconducibile all'universo assiologico del cattolicesimo democratico, ma dotata di una particolare e propria intonazione. Il suo non era il cattolicesimo di frontiera di De Gasperi, quello di una minoranza linguistica di uno stato multinazionale, temprato poi nell'esperienza dell'imperial-regio parlamento di Vienna. Neanche assomigliava

¹² Da un altro punto di vista, in maniera a nostro avviso non peregrina, la concezione di Moro è stato riportata alla nozione classica della prudenza politica, cfr. S. SUPPA, *Lo Stato della persona e della democrazia in Aldo Moro*, in A. Filipponio, A. Regina (a cura di), *In ricordo di Aldo Moro*, Giuffrè, Milano, 2010, pag. 81.

¹³ A. MORO, *Un lungo sforzo di composizione*, «Il Giorno», 3 marzo 1978, pag. 2.

a quello di Fanfani, l'altro cavallo di razza democristiano, che aveva sublimato l'ansia di palingenesi dossettiana in un attivismo vitalistico e pragmatico. La concezione politica morotea era paludata, ma al tempo stesso casalinga, nostrana, adatta alla direzione di un partito dalle molte anime e dai tanti notabili, e tuttavia attraversata da una assai distinguibile intonazione etica.

A completare il nostro sommario ritratto della personalità politica di Moro sarà opportuno precisare ancora un aspetto. Un aspetto in cui le propensioni personali si combinavano egregiamente con le condizioni generali del quadro politico, offrendo un caso esemplare della concezione machiavelliana del 'riscontro'¹⁴. Moro non amava le comparse televisive, affrontava le tribune politiche con dolorosa rassegnazione¹⁵. In quelle occasioni, lui che pure era capace di infliggere alle platee congressuali democristiane relazioni *monstre*, di quattro o sei ore, non risultava particolarmente comunicativo, non buca il video, né si preoccupava di bucarlo. Tuttavia un simile atteggiamento non risultava controproducente. Il fatto è che Moro non parlava e non si proponeva di parlare all'opinione pubblica, ma si rivolgeva alla classe politica, ai dirigenti del suo e degli altri partiti. Perciò lo stile criptico, le formule enigmatiche, e anche le modeste prestazioni televisive risultavano funzionali allo scopo. In sostanza, anche sotto il profilo della comunicazione, la leadership morotea era una leadership adatta alla fase aurea della partitocrazia, in cui i partiti erano il tramite necessario delle scelte politiche.

2. La terza fase e il rapimento

Fissate le coordinate generali della concezione politica morotea conviene adesso venire a una periodizzazione delle varie stagioni del suo impegno concentrandosi poi soprattutto sulle ragioni delle scelte relative all'ultimo periodo.

Messosi in luce alla Costituente, Moro diventa nella fase degasperiana e in quella postdegasperiana uno stimato e influente notevole democristiano, ricoprendo importanti incarichi al governo e in parlamento. Dopo la nomina alla

¹⁴ Su questo tema machiavelliano della combinazione tra inclinazioni caratteriali e clima politico, come elemento essenziale per determinare il successo o meno di un uomo politico, cfr. riassuntivamente G.M. BARBUTO, *Machiavelli*, Salerno, Roma, 2013, pagg. 88-94.

¹⁵ Per la scarsa simpatia personale nei confronti del mezzo televisivo e più in generale per i non facili rapporti di Moro con la televisione cfr. R. BRIZZI, *Aldo Moro, la televisione e l'apertura a sinistra*, in *Aldo Moro nella storia dell'Italia repubblicana*, cit., pagg. 137-166.

segreteria, di cui si è detto, l'uomo politico pugliese è poi l'artefice dell'apertura a sinistra guidando, nel 1963, il primo governo di centro sinistra organico.

La successiva cesura è data, e mi uniformo qui all'analisi di Baget Bozzo¹⁶, dal fallimento dell'unificazione socialista e dall'effervescenza politica e sociale che si manifesta a partire dal '68. Questi avvenimenti lo convincono che il centro sinistra è esaurito e che per fronteggiare l'evoluzione sociale occorre lavorare per l'inserimento del Pci nell'area di governo. Si tratta di quella che definisce la terza fase della repubblica¹⁷. Nel disegno di Moro la terza fase non doveva essere solo un semplice allargamento della maggioranza ma doveva avere come esito finale una democrazia compiuta. Cioè, un sistema politico baricentrato su di una destra e una sinistra entrambe pienamente legittimate a governare il paese e capaci di animare una dialettica democratica "normale". In altri termini la terza fase non va confusa con il compromesso storico, ma individua una ben distinta e differente linea politica¹⁸.

Tuttavia le due formule politiche, per quanto pensate con intenti divergenti si collocavano entrambe in continuità con una preciso linea di sviluppo del nostro sistema politico. Dalla fine del centrismo in avanti, il sistema politico dell'Italia repubblicana aveva funzionato per aperture successive a sinistra, e con una destra non omologata e non omologabile, o nicchia nostalgica (i famosi voti in frigorifero). Per determinare questa linea evolutiva risultava decisivo il governo Tambroni e la sua fine, episodio che accelerava il centro sinistra ma che imprimeva alla deriva consociativa una spinta ulteriore, facendone una linea di tendenza non reversibile. La riprova di ciò la abbiamo con il governo tripartito (DC-PLI-PSDI) Andreotti-Malagodi, varato dopo le elezioni del maggio 1972, in cui era registrato uno spostamento verso destra dell'elettorato. Quel governo durava poco più di un anno. Nell'estate del 1973 cedeva il posto al governo Rumor IV, che riproponeva la formula del centro sinistra.

Nell'orizzonte della terza fase si comprende anche il posizionamento al ministero degli esteri. Moro, infatti, tiene quel ministero quasi intinterrottamente dal 1969 al 1972 e poi dal 1973 al 1974, attraversando ben cinque governi (II e

¹⁶ Cfr. G. BAGET BOZZO, *Cattolici e democristiani*, Rizzoli, Milano, 1994, pagg. 90-91.

¹⁷ Per un quadro d'insieme della terza fase cfr. G. FORMIGONI, *Aldo Moro. Lo statista e il suo dramma*, Il Mulino, Bologna, 2016, pagg. 283-336.

¹⁸ Sulla diversità e la non assimilabilità delle due formule politiche, con una dettagliata ricostruzione del momento politico in cui vennero ideate e proposte, cfr. R. GUALTIERI, *L'Italia dal 1943 al 1992. DC e PCI nella storia della Repubblica*, Carocci, Roma, 2006, pagg. 165-198 e, in particolare, pagg. 184-186.

III Rumor, Colombo, I Andreotti, IV e V Rumor). Una continuità insolita per gli organigrammi governativi dell'Italia repubblicana, che mostra la volontà del leader democristiano di agire su quel versante per articolare il proprio disegno politico¹⁹. In sostanza, come ministro degli esteri voleva operare per smussare o stemperare l'allineamento atlantico, senza rinnegarlo, facendo nel contempo avanzare la costruzione europea (in modo da avere un bilanciamento). Ma questo doveva avvenire in modo lento, quasi impercettibile e senza mettere in discussione la posizione internazionale dell'Italia²⁰.

In questo percorso finalizzato al coinvolgimento dei comunisti nella maggioranza, che immaginava anche più lungo di quello che aveva portato al centro sinistra, Moro non persegue la linea della revisione ideologica dei comunisti o comunque non la tiene in primo piano. Ho sempre ritenuto che questo fosse un difetto, una insufficienza della politica morotea, adesso comincio a credere che lui non sottovalutasse per nulla il problema, ma non ritenesse prioritario affrontare la questione. Cerchiamo di intendere il perché.

Va anzitutto considerato che Moro, pur avendo una visione d'insieme ed esprimendo anche una originale riflessione intellettuale²¹, era un politico di professione, e un politico lavora con quello che c'è non con quello che vorrebbe ci fosse. A partire dal 1969 risulta evidente, dopo il naufragio del Psu e il ritorno al Psi e al Psdi, che la prospettiva di una erosione dei consensi al Pci da parte socialista appariva assai poco verosimile. Una visione delle cose che era largamente supportata anche dagli equilibri elettorali. In quel torno di tempo il sistema po-

¹⁹ La scelta di assumere il Ministero degli esteri dipese anche da vicende interne alla DC e da un indebolimento della posizione di Moro dopo le elezioni del 1968, una puntuale ricostruzione di questi aspetti in G. FORMIGONI, *op. cit.*, pagg. 229-247.

²⁰ Sulla politica estera morotea una panoramica a più voci in *Aldo Moro nella dimensione internazionale. Dalla memoria alla storia*, a cura di A. Alfonsi, Franco Angeli, Milano, 2013. La scelta morotea di utilizzare la postazione del ministero degli esteri per lavorare all'inserimento dei comunisti nella maggioranza non mancò di creare qualche tensione con l'alleato americano, indicativi a tal proposito i giudizi su Moro contenuti nelle memorie di Kissinger, cfr. H. KISSINGER, *Gli anni della Casa Bianca*, Sugarco, Milano, 1980, pagg. 94, 728, 730. Rispetto alle osservazioni dell'allora Segretario di stato americano vedi le precisazioni formulate in A. NEGROTTO DI CAMBIASO, *Appunti. Per un ricordo di Aldo Moro*, nel volume citato all'inizio di questa nota, pagg. 143-144.

²¹ Secondo Ugo La Malfa, «Moro ha una valutazione delle condizioni politiche più profonda degli altri [...], ha un pensiero politico molto nutrito, molto attento ai fatti sociali, ai partiti, alle masse», U. LA MALFA, *Intervista sul non-governo*, a cura di A. Ronchey, Laterza, Roma-Bari, 1977, pag. 83.

litico italiano si caratterizzava più che mai come un bipartitismo imperfetto fra Democrazia cristiana e Partito comunista²².

Ma la ragione principale dipendeva forse da una riflessione ulteriore, a partire da questi dati di fatto. Una ragione speculare, per così dire, a quella che lo portava a considerare vitale per la democrazia italiana l'unità della Democrazia cristiana. In altri termini, in lui era assai acuta la consapevolezza che insistere sulla revisione ideologica avrebbe comportato problemi di consenso per il Pci, avrebbe forse prodotto una scissione, rendendone inutile o insufficiente il coinvolgimento nell'area di governo. Rispetto a questo pericolo era preferibile mantenere il quadro politico vigente e lavorare sul tempo. Peraltro, Moro guidava un partito che doveva una parte significativa del proprio consenso all'anticomunismo, per cui aveva poco interesse a sollecitare la revisione ideologica²³. Come sappiamo a giocare questa carta proverà poi Craxi che, molto più di Moro, aveva la necessità di sollecitare il duello a sinistra²⁴. D'altronde l'idea che non fosse opportuno procedere a una revisione ideologica era condivisa dal Pci. Qualche anno addietro Napolitano, intervistato a proposito delle differenze di linea politica tra lui e Berlinguer, sottolineava il fatto che lui era entrato in parlamento nel 1953, invece Berlinguer solo nel 1968²⁵. In sostanza, anche i comunisti sapevano che la revisione ideologica del Pci andava perseguita non direttamente, bensì per via inerziale, latomistica, facendo lavorare il tempo, o che comunque quella era la soluzione preferibile. Quella meno onerosa per un partito, ricordiamolo, che era assai moderato ma che aveva una matrice terzinternazionalista, mai rinnegata.

²² Il riferimento è, ovviamente, a G. GALLI, *Il bipartitismo imperfetto. Comunisti e democristiani in Italia* (1966), Mondadori, Milano, 1984².

²³ Come è stato giustamente rilevato, in Moro «raggiunse il suo acme la consapevolezza del carattere potenzialmente distruttivo della contrapposizione comunismo-anticomunismo e l'arte di governare tale contrapposizione raggiunse in lui la sua più raffinata espressione», A. GIOVAGNOLI, *Presentazione* a P. PANZARINO, *Il centro-sinistra di Aldo Moro (1958-1968)*, Marsilio, Venezia, 2014, pag. XI.

²⁴ Cfr. G. AMATO, L. CAFAGNA, *Duello a sinistra. Socialisti e comunisti nei lunghi anni '70*, il Mulino, Bologna, 1982.

²⁵ Queste le parole di Napolitano: «Berlinguer è stato, se mi consente, troppo poco in Parlamento. Quello cui lei ha accennato all'inizio, di un mio percorso che mi ha portato a un alto livello, e poi al più alto, di responsabilità nelle istituzioni repubblicane, quel percorso inizia per me in Parlamento, quando vi arrivai nelle elezioni del 7 giugno 1953. Compìi 28 anni il 29 giugno di quell'anno, e mi immersi nel Parlamento, cosa che, per esempio, Berlinguer non fece, diventò molto tardi parlamentare, nel 1968», G. NAPOLITANO, E. SCALFARI, *Intervista al Presidente*, con C. Tito, Gruppo editoriale L'Espresso, Roma, 2013, pag. 31.

L'emergenza terroristica non fa cambiare idea a Moro, anzi lo convince ancora di più della inevitabilità della linea da lui perseguita. Semmai è l'evoluzione politica che pare suggerire dei tempi più rapidi di quanto in un primo tempo era stato immaginato. Dopo le elezioni del 1976, poiché in Parlamento non c'era una maggioranza di centro sinistra si dovette ripiegare sul cosiddetto governo della "non sfiducia", un monocolore democristiano guidato da Andreotti che godeva della benevola astensione di Psi, Psdi, Pri e soprattutto del Pci. Proprio il 16 marzo 1978, il giorno del rapimento, era previsto il voto di fiducia per il nuovo governo. Si trattava ancora di un monocolore democristiano guidato da Andreotti che segnava un passo avanti rispetto alla situazione precedente, con l'ingresso del Pci nella maggioranza. Una soluzione politica che era stata oggetto di una lunga e defatigante trattativa in seno al partito di maggioranza relativa. Insomma, si procedeva per gradi, e non sappiamo se ci sarebbero stati nuovi rapidi avanzamenti o invece, come appare assai più probabile conoscendo lo stile di Moro, se avremmo avuto ampie pause di riflessione, lunghe decantazioni, arretramenti tattici e altre manovre, forse "scarsamente decifrabili" ma, a suo avviso, del tutto necessarie per condurre a buon fine l'impresa.

Dopo il rapimento lo scenario cambia di colpo, non solo perché la fiducia al nuovo governo, ancora in bilico fino al giorno prima, venne concessa subito senza indugi, ma per un mutamento improvviso e impreveduto di ruoli. Adesso l'operazione politica che il leader democristiano aveva indirizzato non era più nella sua disponibilità. Moro, che fino ad allora era stato il dominus della situazione, diventava oggetto passivo di una politica di cui era stato soggetto e animatore. Questa condizione spiega i drammatici paradossi di quel momento, confuso e convulso.

Durante i cinquantacinque giorni del rapimento si ha una inversione delle posizioni, solo apparentemente, sorprendente. I fautori dell'accordo tra Dc e Pci, cioè della opzione politica che Moro aveva sostenuto, sposavano quella che venne definita la linea della fermezza, ritenevano cioè che non si dovesse negoziare con i brigatisti per ottenere la liberazione del prestigioso ostaggio. Al contrario coloro che vivevano con disagio la politica di unità nazionale, anzitutto il segretario socialista Craxi che cercava spazi di autonomia, tentarono di stabilire canali di comunicazione con i terroristi per arrivare al rilascio del prigioniero²⁶. Tuttavia,

²⁶ Per un'analisi precisa, con un'attenta periodizzazione, dell'atteggiamento del segretario socialista durante il rapimento cfr. M. GERVASONI, *Il caso Moro e il Psi: una transizione necessaria*, nel forum, *Moro e la lunga crisi del sistema politico italiano*, a cura di M.S. Piretti in «Contemporanea», a. XI, n. 1, gennaio 2008, pagg. 100-105.

riguardando le cose con il distacco che il tempo passato consente, questo capovolgimento non è per nulla casuale ma risponde alla diversa convenienza politica che la nuova situazione, cioè il rapimento, aveva determinato. Rispondeva, cioè, alla logica necessitata della lotta politica. A sua volta, l'uomo politico pugliese diventava vittima proprio di quel fattore ideologico che aveva consapevolmente tenuto in sordina nel perseguire il suo disegno politico: le Brigate Rosse, infatti, erano comunisti che volevano realizzare il comunismo²⁷.

Dalla prigionia quello che oramai è un ex leader politico scrive le famose lettere in cui risuona un amaro rammarico e una toccante disperazione umana. Lettere che sono state oggetto di esaurienti analisi storiche e letterarie²⁸. Senza poter aggiungere nulla di decisivo su questo aspetto ci limiteremo perciò a concludere con una notazione essenziale. Queste corrispondenze, soprattutto quelle in cui il prigioniero si rivolge agli altri dirigenti dello scudo crociato, per il tono e il piglio che le caratterizza, ci mostrano il rovescio, personale ed esistenziale (di solito invisibile), di quell'ordito politico che Moro era stato maestro a intrecciare.

²⁷ Come è stato opportunamente rilevato: «al di là di tanta dietrologia, la sostanza è che Moro fu rapito e ucciso da una scheggia eccentrica della sinistra italiana», A. MASTROPAOLO, *Da una democrazia all'altra*, in *Moro e la lunga crisi del sistema politico italiano*, cit., pag. 89. Da altro punto di vista, va sottolineato che il rapimento Moro è stato anche un acceleratore della chiarificazione del PCI rispetto alla violenza politica; su questo aspetto, con considerazioni puntuali ed equilibrate, cfr. A. GIOVAGNOLI, *Il caso Moro. Una tragedia repubblicana*, Bologna, Il Mulino, 2005, pag. 14.

²⁸ Un'assai accurata edizione delle lettere è: A. MORO, *Lettere dalla prigionia*, a cura di M. Gotor, Torino, Einaudi, 2008, dove si trova anche un importante saggio del curatore (*La possibilità dell'uso del discorso nel cuore del terrore: della scrittura come agonia*, pagg. 185-389). La testimonianza letteraria più significativa rimane il libro di Leonardo Sciascia pubblicato a pochi mesi dall'assassinio del leader democristiano, L. SCIASCIA, *L'affaire Moro* (1978), Milano, Adelphi, 1994.

La problematica della causa del contratto nella prospettiva dell'art. 41 Cost.

RAFFAELE MANFRELOTTI

The work analyzes the cause of contract in a constitutional law perspective. After an historical reconstruction, it verifies the mean of the institut in the frame of art. 41 Cost.

Cause of contract, italian constitution

1. *La posizione giuridica soggettiva ex art. 41 Cost.*

Costituisce un'acquisizione pacifica della scienza giuridica quella per cui, essendo la Costituzione l'atto originante l'ordinamento e il suo vertice, le diverse branche del diritto e le problematiche ad esse connesse debbono trovare nella Costituzione stessa il proprio fondamento normativo, per quanto generale esso possa essere: non vi è problema o questione della scienza giuridica, per la ragione ora esposta, che non sia problema o questione di diritto costituzionale. Se si condivide tale postulato, esso deve necessariamente trovare una conferma anche a proposito di uno dei concetti su cui si fonda il sistema del diritto privato italiano, ossia quello di autonomia contrattuale. Sarebbe, invero, alquanto bizzarro che la Costituzione tralasciasse di dettare qualsivoglia disciplina proprio a proposito di uno dei perni fondamentali che regolano i rapporti giuridici tra i soggetti di diritto. Rivedendo parzialmente un'opinione espressa in un passato ormai non recente¹, chi scrive ritiene che il fondamento costituzionale dell'autonomia contrattuale debba essere rinvenuto, in linea generale e salvo le precisazioni che seguiranno, nell'art. 41 Cost.

Una tesi diffusa circoscrive la posizione soggettiva garantita dalla disposizione alla sola libertà di impresa, quale attività economica organizzata ed esercitata

¹ R. MANFRELOTTI, *Per una sintesi tra iniziativa economica privata e utilità sociale nel contesto dell'integrazione comunitaria*, in *Unione Europea e governo dell'economia*, a cura di S. PRISCO, Cedam, Padova, 2002, pagg. 45 ss.

professionalmente per la produzione e lo scambio di beni o servizi², sia pure, secondo alcune opinioni, con una certa elasticità quanto alla necessaria sussistenza dei requisiti della professionalità o dell'organizzazione, di guisa tale da ricomprendere nella norma le sole attività economiche esterne al complesso produttivo che coinvolgono terzi³.

Questa impostazione è parsa, tuttavia, sin dai primi commenti, eccessivamente riduttiva. Invero, il dato testuale *ex art. 41 Cost.* si riferisce espressamente all'iniziativa economica privata, di cui la libertà di impresa è senz'altro un'espressione, e, tuttavia, non l'unica. L'ampia formula costituzionale comprende qualsivoglia attività dalla quale un determinato soggetto possa trarre un utile economicamente valutabile, quando anche non esercitata nelle forme dell'impresa⁴. Tale affermazione, tuttavia, viene, in qualche misura limitata quanto alla sua portata, poiché la dottrina in esame esclude che rientri nella fattispecie dell'art. 41 l'attività di godimento dei singoli beni, quando anche si traduca nel conseguimento di un'utilità economica, perché essa deve considerarsi una declinazione del diritto di proprietà privata disciplinato dall'art. 42 Cost., nonché, in generale, la libertà contrattuale, che "si può ritenere costituzionalmente garantita (in via indiretta) nella sola misura in cui si palesi «strumentale» per la realizzazione di una situazione giuridica soggettiva espressamente protetta dalla Costituzione"⁵. Proprio l'ultimo rilievo, tuttavia, appare contraddetto dalla circostanza che il contratto è lo strumento con cui due o più soggetti di diritto costituiscono, regolano o estinguono un rapporto economicamente rilevante, e dunque dispongono di un proprio interesse economico giuridicamente protetto. Esso si configura, pertanto, con un atto di iniziativa rilevante sul piano delle conseguenze che esso produce nell'ordinamento così come nell'equilibrio economico che viene a determinarsi tra le parti del contratto stesso; per cui, se non si ritiene che l'art. 41 Cost. si limiti a disciplinare la sola attività d'impresa, in esso deve ricomprendersi necessariamente anche l'autonomia contrattuale quale potere privato di disposizione dei

² V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'attività economica privata nel diritto pubblico*, Jovene, Napoli, 1959, pagg. 69 ss.

³ A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI, Giuffrè, Milano, 1971, pagg. 582 ss.

⁴ C. ESPOSITO, *La costituzione italiana*, Padova, 1954, pagg. 172 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Cedam, Padova, 1992, pag. 465; A. PREDIERI, *Pianificazione e costituzione*, Edizioni di Comunità, Milano, 1963, pagg. 152 ss.

⁵ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., pag. 469.

propri interessi economici giuridicamente rilevanti⁶. Questa conclusione si oppone anche all'ulteriore esclusione dalla disposizione in esame degli atti di godimento di un bene che si sostanzino nell'assunzione di vincoli contrattuali, perché anche in tal caso gli stipulanti dispongono di un proprio diritto limitandolo al fine di trarne un corrispettivo economicamente valutabile (si pensi alla locazione o all'affitto); sicché anche tali atti debbono considerarsi espressione dell'autonomia contrattuale e, dunque, trovano la loro disciplina nell'art. 41 della Carta.

Occorre sin d'ora rilevare, tuttavia, che la dottrina confutata coglie nel segno quando lega la tutela costituzionale della libertà contrattuale ad una posizione soggettiva costituzionalmente riconosciuta. L'equivoco è nel concepire i diritti costituzionali come una sorta di "compartimenti stagni" ciascuno dei quali disciplina interessi diversi. In realtà, le norme della Prima Parte della Costituzione tutelano interessi omogenei sotto profili differenti. Valga un esempio a chiarire il pensiero: il fatto che Tizio si rechi da A a B esprime un interesse suscettibile di essere analizzato nella prospettiva della libertà *ex art. 16 Cost.* se considerato nella sua dimensione storico-oggettiva, della libertà *ex art. 49 Cost.* avendo riguardo al profilo soggettivo (si supponga che Tizio intenda spostarsi per partecipare ad una riunione politica del suo partito), della libertà *ex art. 41 Cost.* se considerato nella sua dimensione economica (Tizio stipula un contratto di trasporto con le Ferrovie per realizzare il proprio spostamento). L'iniziativa economia privata, in altri termini, nella sua accezione di autonomia contrattuale, configura l'esercizio di un diritto costituzionalmente tutelato considerato però nella sua prospettiva economica.

Ne consegue che le categorie in cui si ripartono le posizioni soggettive costituzionali devono essere intese come descrittive e non ontologiche, di guisa che la tutela di un determinato profilo legato ad una certa categoria comporta un innalzamento del livello di protezione giuridica attribuito ad un certo interesse nella sua posizione costituzionale complessiva.

A ben vedere, questo modello di protezione dei diritti, che ne salvaguarda la dimensione sociale e politica attraverso la tutela della rilevanza economica, non rappresenta una novità della Costituzione italiana ma costituisce un *modus operandi* che il costituzionalismo ha avuto sin dalle sue prime manifestazioni. Il punto di vista dei rapporti economici rappresentava il punto di partenza per de-

⁶ E. CAPACCIOLI, *Programmazione e autonomia individuale nel diritto privato italiano*, in «Dir. Econ.», 1966, pag. 35.

finire il limite dell'intervento pubblico non meno che il fondamento dello stesso ove si fosse reso necessario. Il diritto dei rapporti tra privati e la sua codificazione, nel legarsi ai diritti della persona oltre la loro rilevanza economica, ha dunque mantenuto sin dal XVIII secolo una profonda rilevanza costituzionale⁷.

Ragionare di tutela costituzionale delle libertà economiche significa dunque interrogarsi, altresì, sulla tutela riconosciuta agli interessi connessi a tali libertà che costituiscono l'oggetto di altri diritti costituzionalmente rilevanti. Questi ultimi, in altri termini, possono coincidere con le libertà economiche, semplicemente che li si guardi dalla prospettiva del governo dell'economia piuttosto che da quella dei rapporti civili, etico-sociali o politici. Certamente, non si nega che possano esistere libertà 'meramente' economiche, che devono la loro rilevanza giuridica esclusivamente all'art. 41 Cost.; ma di fronte a tali fattispecie vi sono gli interessi, parimenti di natura economica, dei consumatori che si legano invece quasi sempre a bisogni non economici tutelati dalle disposizioni della Prima Parte della Carta. La libertà di realizzare i propri diritti attraverso la gestione del loro profilo economico configura, appunto, la libertà contrattuale, che in quanto caratteristica comune alle posizioni soggettive costituzionalmente riconosciute⁸ deve considerarsi uno strumento fondamentale di realizzazione dei diritti costituzionali rimessa all'iniziativa dei medesimi interessati.

Alla luce di queste considerazioni può ipotizzarsi che esista una categoria di posizioni soggettive costituzionalmente tutelate che si possono qualificare come accessorie, in quanto si riempiono di contenuti solo in connessione ad una posizione soggettiva principale e ne disciplinano un profilo peculiare di realizzazione. L'archetipo di tali posizioni accessorie è rappresentato dal diritto alla difesa giurisdizionale *ex art. 24 Cost.*, concettualmente autonomo rispetto alla posizione soggettiva che intende tutelare⁹, e tuttavia logicamente inconcepibile in assenza di questa ultima che ne costituisce la causa dell'esercizio (c.d. interesse ad agire: cfr. art. 100 c.p.c.). Allo stesso modo, la libertà contrattuale *ex art. 41 Cost.* costituisce una posizione soggettiva distinta dal diritto di cui, per il tramite di essa, il contraente dispone (il diritto di stipulare un contratto di compravendita

⁷ Ampiamente, M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Cedam, Padova, 2003, pagg. 105 ss.; e si veda anche G. FERRARA, *La Costituzione*, Feltrinelli, Milano, 2006, in part. pagg. 44 ss. e 76 ss.

⁸ M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, cit., pag. 259.

⁹ G. CHIOVENDA, *Lazione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Giuffrè, Milano, 1993, pagg. 6 ss., non ché ID., *Principii di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 1965, pagg. 42 ss.

è evidentemente altro dalla proprietà oggetto del contratto stesso), e tuttavia presuppone quale propria giustificazione, o meglio, quale propria causa, la titolarità del diritto di proprietà in capo al contraente così come l'esercizio dell'azione presuppone l'interesse ad agire in capo all'attore.

Tale nesso tra la posizione soggettiva principale e quella accessoria sembra presentare, come in parte accennato, rilevanti potenzialità dal punto di vista scientifico per indagare uno dei concetti più controversi del sistema del diritto civile e, in generale, di tutto l'ordinamento italiano: appunto, la problematica della causa del contratto.

2. *Delimitazione dell'indagine: contratto e negozio giuridico nell'art. 41 Cost.*

Preliminarmente, occorre giustificare l'approccio seguito nel contesto del presente lavoro per cui l'indagine è limitata alla causa del contratto e non a quella della più generale categoria del negozio giuridico, in ossequio ad una consolidata tradizione civilistica. Affinché le tesi espresse risultino chiare e distinte, sembra utile premettere sin dal principio che la ragione di tale limitazione risiede nella circostanza che, ad avviso di chi scrive, la categoria del negozio non trova cittadinanza nel diritto italiano.

Il concetto di negozio sorge ad opera degli studi della Pandettistica tedesca del XIX secolo sulla nozione di diritto soggettivo. Quest'ultimo era concepito intorno al dogma della volontà del titolare, di cui era una manifestazione di signoria¹⁰. Partendo da questa premessa, venne elaborata la nozione di manifestazione di volontà che, integrando la fattispecie normativa relativa al diritto, risultava strumentale alla realizzazione di un interesse giuridicamente tutelato, e la si definì, appunto, negozio giuridico¹¹. Sebbene la nozione sia recepita dalla dottrina prevalente praticamente immutata¹², un'autorevole tesi minori-

¹⁰ Secondo la celebre definizione di B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, I, tr. it., Unione Tipografica Torinese, Torino, 1902, pag. 170, peraltro influenzata dalla filosofia idealistica tedesca (in termini analoghi, G. W. F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, tr. it., Laterza, Roma-Bari, 2005, pagg. 27 ss.).

¹¹ F. K. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, III, De Gruyter, Berlin, 1840, pagg. 3 ss.; B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., pagg. 264 ss.

¹² Per la dottrina italiana, per tutti, F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1997 (rist.), pagg. 125 ss.

taria¹³ ha tuttavia criticato il legame tra il negozio giuridico e la volontà, sottolineando la natura integrativa del dato normativo da parte del negozio stesso, e riconducendo i relativi effetti alla norma, non alla volontà. Ne consegue che al momento del suo perfezionamento «il processo volitivo deve avere, ed ha normalmente, già percorso il suo *iter* formativo, ha raggiunto la sua meta definitiva: si è già esaurito e concretato in una ferma risoluzione, e gli effetti sono determinati dall'ordine giuridico in conformità con la funzione del negozio»¹⁴. Il rilievo è confermato dall'analisi della disciplina del contratto, l'archetipo del negozio giuridico, contenuta nel codice civile vigente, che lo configura come accordo (e non come manifestazione di volontà) disciplinato quale fenomeno oggettivo e riconoscibile e, solo in ragione di ciò, normativo (cfr. artt. 1325 ss. c.c.)¹⁵. Sicché, secondo questa impostazione, l'elemento qualificante il negozio non è quello soggettivo della volontà, ma quello oggettivo della dichiarazione, ossia del perfezionamento delle forme giuridicamente significative previste dalla legge per ciascuna tipologia di negozio, ossia la regolamentazione privata degli interessi così come esternata dalle parti: ma tale manifestazione si traduce in una serie di obblighi, che della volontà costituiscono l'antitesi¹⁶. Il precetto negoziale trascende la dimensione psichica delle parti divenendo una realtà ad esse contrapposta che le vincola (in ipotesi, coartandone l'attuale volontà).

Le critiche ora sommariamente riassunte appaiono inconfutabili. La questione è che la dottrina in esame finisce in tal modo, senza accorgersene, con il negare la categoria del negozio. Quest'ultima, come si è accennato, risponde all'esigenza storica di affermare la volontà del soggetto, conformemente alla filosofia politica liberale che animava la Pandettistica ottocentesca. Estrapolare da tale categoria concettuale l'elemento che la qualificava equivale, in buona sostanza, a negare la categoria stessa, di cui viene conservata la terminologia senza che ad essa ne corrisponda più l'essenza, e a farne un ibrido concettuale avulso dal con-

¹³ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2002 (rist.), pagg. 58 ss.

¹⁴ *Ivi*, pag. 58.

¹⁵ Si pensi alla disciplina dell'errore, che rileva solo in quanto essenziale e riconoscibile (art. 1428 c.c.): se il codice avesse inteso dare un qualche rilievo alla volontà soggettiva, indipendentemente dalla sua manifestazione, la disciplina sarebbe stata diversa. Discorso analogo rileva per gli altri vizi del consenso, la violenza e il dolo, che rilevano solo in quanto sanzione per un comportamento *contra jus* (cfr. rispettivamente artt. 1437 e 1438 c.c. e art. 1439, co. II c.c.).

¹⁶ G. GENTILE, *I fondamenti della filosofia del diritto*, Le lettere, Firenze, 2003, pagg. 8 ss.

testo storico-liberale in cui è stata elaborata. Non è senza significato che il sistema del diritto privato italiano non abbia accolto l'istituto della presupposizione¹⁷, che è forse il maggior tributo della Pandettistica al dogma della volontà¹⁸. E del resto, la stessa nozione di causa quale giustificazione giuridica del negozio e degli obblighi da esso nascenti era estraneo all'elaborazione pandettistica, perché incompatibile con la centralità dell'elemento volontaristico quale ragione necessaria e sufficiente per il sorgere del vincolo negoziale¹⁹.

Questa conclusione è corroborata dalla circostanza che non vi è, nell'ordinamento italiano, una sola disposizione che faccia riferimento al negozio giuridico²⁰, che esso sia completamente ignorato. Il sistema del codice conosce esclusivamente la categoria degli atti giuridici, contrapponendola a quella dei fatti. L'atto giuridico identifica un concetto diverso dal negozio: esso rappresenta lo svolgimento di una situazione giuridica soggettiva, ossia in una manifestazione attraverso cui un soggetto di diritto dispone di un interesse giuridicamente tutelato nell'esercizio della propria autonomia ovvero in quanto a ciò obbligato dalla legge²¹. Il nesso con una posizione soggettiva costituisce appunto il *discrimen* tra gli atti e i fatti giuridici, che si configurano come meri accadimenti produttivi di effetti (ivi compreso il sorgere di una posizione soggettiva rispetto a cui, però, il fatto è causa efficiente, non svolgimento: cfr. art. 2043 c.c.).

Tra gli atti giuridici acquista rilevanza, ai fini che in questa sede interessano, il contratto, che come si è già detto è l'istituto attraverso il quale le parti dispon-

¹⁷ F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., pag. 194.

¹⁸ B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., pagg. 394 ss.

¹⁹ Si vedano le citate opere del Savigny e del Windscheid, in cui manca qualsivoglia riferimento alla causa tra gli elementi essenziale del negozio.

²⁰ Tale non può, infatti, considerarsi l'art. 1324 c.c., prevalentemente identificato quale fondamento per l'applicazione del negozio all'ordinamento italiano. In verità, la norma non consente un risultato di tal fatta. Essa si limita a consentire, in quanto compatibile, l'estensione analogica della disciplina dei contratti agli atti unilaterali tra vivi produttivi di obbligazioni ("aventi contenuto patrimoniale"). Sul piano formale, la disposizione è chiara nell'escludere la disciplina contrattuale agli atti *mortis causa*, pure tradizionalmente compresi nella categoria negoziale. L'obiezione più significativa, tuttavia, risiede nella già analizzata circostanza, sul piano sostanziale, che nella disciplina del contratto la volontà delle parti è lontana dal ruolo centrale che essa assume, invece, nel negozio giuridico. La compatibilità di tale ricostruzione con i principi del diritto civile italiano avrebbe richiesto, dunque, un intervento normativo di ben altro spessore che una clausola che estende ai soli atti unilaterali *inter vivos*, e soltanto in quanto compatibile, la disciplina *ex art. 1321 c.c.*

²¹ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998 (rist.), pagg. 215 ss.

gono di interessi economici giuridicamente rilevanti. È dunque il contratto, e non il negozio, l'atto con il quale i privati esercitano la propria autonomia ai sensi dell'art. 41 Cost., modificando la propria situazione economica mediante un precetto normativo che disciplina il nuovo equilibrio patrimoniale quale perseguito dalle parti stesse. Tale precetto ha nell'autonomia contrattuale delle parti la sua fonte principale, ma non esclusiva: l'ordinamento prevede infatti numerose regole che incidono nel regolamento contrattuale a tutela di interessi indisponibili dalle parti, e dunque, ça va sans dire, indipendenti dalla loro volontà (cfr. artt. 1322, co. I e 1374 c.c.).

Il contratto costituisce dunque lo strumento che l'art. 41 Cost. presuppone ai fini dell'esercizio dell'iniziativa economia privata. Risulta dunque confermata la premessa per la quale il precetto costituzionale è il parametro normativo fondamentale nel quadro della disciplina dell'istituto; ne consegue, altresì, che le norme codicistiche relative al contratto debbono essere interpretate alla luce dell'art. 41 Cost., al fine di trarne un sistema coerente con i principi costituzionali.

3. *La dimensione sociale e giuridica del contratto*

Come tutti gli istituti disciplinati dal diritto il contratto è, prima di tutto, un fenomeno sociale: esso è dunque uno strumento attraverso cui le parti danno vita ad una relazione di tipo economico sociale. L'ordinamento, tuttavia, prevede talune condizioni a che il contratto come fenomeno sociale (*pactum*) acquisti rilevanza giuridica (*contractus*), di guisa che gli obblighi in esso contenuti assumano una dimensione normativa e siano assistiti dalle garanzie di coattività proprie del diritto²². Tali reciproci vincoli, che sostanziano la disposizione degli interessi dedotti in contratto da parte dei titolari, sono definiti dal diritto civile obbligazioni; sicché il contratto è disciplinato, nel sistema del codice vigente, quale fonte di obbligazioni.

La prima di tali condizioni è rappresentata dal controllo di meritevolezza dell'ordinamento sugli interessi privati alla cui cura il contratto è strumentale²³:

²² R. J. POTHIER, *Pandectae Justinianae*, I, Apud Januarium Mirelli, Napoli, 1823, pag. 97; F. K. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, cit., pagg. 314 ss.; per la dottrina italiana, P. BONFANTE, *Sui contractus e sui pacta*, ora in *Scritti giuridici*, III, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1926, pagg. 140 ss.

²³ E. BETTI, *Teoria generale*, cit., pagg. 53 ss.

il diritto si riserva, cioè, un sindacato sulla dimensione pubblica degli interessi sociali coinvolti, che l'art. 41 Cost. definisce con l'espressione utilità sociale. La trascendenza degli interessi dei singoli secondo una considerazione di carattere pubblico costituisce una novità del codice civile del 1942 rispetto a quello del 1865, ed è una prospettiva che il Costituente ha ritenuto coerente con la forma di Stato sociale disegnata dalla Carta. L'utilità sociale quale limite della rilevanza giuridica del regolamento privato dei reciproci interessi esclude che esso possa trovare tutela, sul piano del diritto, quando si indirizzi a scopi futili o capricciosi, o, peggio, vietati dalla legge. Essa si configura, dunque, con la selezione degli interessi sociali che l'ordinamento valuta meritevoli di tutela, riconoscendoli sul piano normativo e dettando, a mezzo di tale riconoscimento, le condizioni e i limiti di tale meritevolezza.

Ma a ben guardare, ciò significa che l'utilità sociale consiste, nel modello dell'art. 41 Cost., nella individuazione delle posizioni giuridiche soggettive che possono essere oggetto di disposizione contrattuale. Vi è, in altri termini, un legame tra il riconoscimento delle posizioni soggettive da parte dell'ordinamento (*id est*: degli interessi sociali meritevoli di tutela) e l'esplicazione dell'autonomia contrattuale, tale che il primo è condizione di esercizio della seconda. Tale legame costituisce il paradigma normativo fondamentale a cui ricondurre la disciplina costituzionale dell'autonomia contrattuale, e dunque delle regole civilistiche in materia di contratti. In particolare, tale nesso rappresenta una prospettiva interessante da cui guardare il concetto di causa del contratto, tanto rilevante sul piano scientifico-ricostruttivo quanto controverso nella delimitazione dei suoi esatti confini.

4. *Causa dell'obbligazione e causa del contratto*

Nella tradizione storico-romanistica la causa era considerata un elemento dell'obbligazione, non del contratto, e si identificava con la fonte dell'obbligazione medesima (contrattuale, legale, da fatto illecito), ossia della fattispecie originante il rapporto obbligatorio ma, per questo, preesistente ad esso²⁴.

²⁴ Cfr. GAI. D. XLIV, 7, 1 pr.; ULP. D. XLVI, 3, 1 (ma, altresì, 5 e 7); Sc. D. XLVI, 3, 89; PAP. D. XLVI, 3, 97; MAE. D. XLVI, 3, 103. Talvolta l'espressione *causa* era utilizzata quale sinonimo di fonte legale delle obbligazioni discendenti dalla regolazione dei singoli istituti: JUL. D.

Per lo più, solo a proposito della *obligationes ex contractu* il pensiero giuridico romano si pose il problema della legittimità degli obblighi discendenti dalla stipulazione nel quadro del rapporto sinallagmatico²⁵, giungendo raramente ad identificare la causa con l'intento concretamente perseguito dalle parti²⁶. I romani identificarono quindi, di norma, la causa delle obbligazioni contrattuali nella corrispettività degli obblighi dei contraenti²⁷, rilevando che il venir meno della controprestazione avrebbe inficiato il sinallagma, rendendo nulla l'obbligazione²⁸. La causa dell'obbligazione si calava nel rapporto sinallagmatico, ne plasmava l'efficacia in funzione dell'interesse contrattuale quale esternato dalle parti²⁹ e acquisiva rilevanza giuridica in termini di liceità o illiceità sulla base del rispetto dell'equilibrio economico immanente ad esso³⁰, della legittimità o della possibilità della controprestazione³¹ ovvero della circostanza che questa fosse adempiuta (c.d. *exceptio non adimpleti contractus*)³². Il modello ricostruttivo entrava, ovviamente, in crisi nei contratti di liberalità, quali la donazione,

XLVI, 3, 36; Mar. D. XLVI, 3, 48; CEL. D. XLVI, 3, 71; PAU. D. XLVI, 3, 101. Nei contratti innominati (D. XIX, 5), talvolta il termine *causa* designava, invece, l'oggetto dell'obbligazione (riferimenti dettagliati in H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, Librairie Dalloz, Paris, 1923, pagg. 101 ss.).

²⁵ V. ARANGIO-RUIZ, *Corso di istituzioni di diritto romano*, Jovene, Napoli, 1921, pagg. 176 ss.

²⁶ Sicché, ad esempio, la causa novativa di una *stipulatio* riconduceva esclusivamente a quest'ultima la disciplina dell'obbligazione novata (Ven. D. XLVI, 4, 21).

²⁷ ULP. D. II, 17, 2.

²⁸ ULP. D. II, 17, 3 e 4.

²⁹ PAU. D. XLI, 1, 31 pr.; JUL. D. XLI, 1, 36; PAU. D. XLIV, 7, 44; CEL. D. XLV, 1, 97; MAR. D. XLV, 1, 98; JAV. D. XLV, 1, 104.

³⁰ Sicché, ad esempio, non era ammessa l'obbligazione di restituire una somma di valore maggiore di quella presa a mutuo (ULP. D. XII, 12,1,11,1) o di pagare il prezzo di una compravendita che fosse rimesso esclusivamente alla volontà del venditore indipendentemente dal valore del bene venduto (GAI. D. XVIII, 1, 35, 1), ovvero nell'ipotesi in cui il bene fosse perito, sia pure all'insaputa delle parti (PAU. D. XVIII, 1, 15). Era invece consentito, in caso di più cose date in pegno, che il creditore pignoratizio le trattenesse tutte anche in caso di adempimento parziale, poiché la causa del pegno era la garanzia dell'intero credito (ULP. D. XX, 1,19).

³¹ ULP. D. XII, 5, 2; PAU. D. XII, 6, 65; AFR. D. XIX, 2, 33; ULP. D. XIX, 15 e 19; PAP. D. XLV, 1, 123; nonché, in generale, D., XII, 7. Il problema della liceità della controprestazione si pose con peculiare rilevanza nelle ipotesi in cui essa coinvolgeva interessi legati all'ordinamento giuridico familiare. Il diritto romano ritenne, ad esempio, lecita la causa di una *stipulatio* nella quale la controprestazione di una somma di denaro corrisposta dal padre naturale era la *manumissio* di un figlio adottivo (Jav. D. XLV, 1, 107), ma non quella della promessa di dote svincolata dall'individuazione della sposa (Jav. D. XLV, 1, 108).

³² Sc. D. XVIII, 4, 22; ULP. D. XIX, 1, 13 e 25; ULP. D. XXI, 1, 31; PAU. D. XLIV, 4, 5.

per i quali la giustificazione dell'obbligazione assunta era rinvenuta nell'intento liberale del donante³³.

Fu la riflessione successiva all'esperienza giuridica romana che penetrò il rapporto tra creditore e debitore ponendosi consapevolmente il problema della giustificazione giuridica dell'obbligo assunto da quest'ultimo. La dottrina della causa dell'obbligazione quale suo presupposto economico giuridicamente rilevante ebbe la sua più compiuta formulazione nel XVIII secolo con l'opera del Pothier³⁴. Il Maestro francese concepì il contratto quale fonte di obbligazioni, delle quali ciascuna aveva la propria giustificazione in quelle assunte dalla controparte; la visione di una causa contrattuale unitaria gli era, pertanto, estranea³⁵. Come è noto il pensiero del giurista francese influenzò profondamente la codificazione napoleonica e, di riflesso, il codice civile italiano del 1865, che si esprimeva in termini di causa dell'obbligazione, non del contratto (art. 1104 e artt. 1119-1122). La causa del contratto era dunque scomposta in quella delle singole obbligazioni³⁶, che trovavano l'una ragione nell'altra³⁷ e ne costituivano la "causa lecita" (art. 1104). La disciplina codicistica poneva dunque una presunzione di sussistenza causale per le obbligazioni nascenti dai contratti a prestazioni corrispettive, dal momento che la stessa presenza di una controprestazione costituiva la causa delle singole obbligazioni e, quindi, dell'intero contratto³⁸; per gli atti di liberalità la

³³ JUL. D. XXXIX, 5, 1 pr.; Ulp. D. XXXIX, 3 (in riferimento alle conseguenze della riconducibilità dell'obbligazione ad una *causa donandi* pura o condizionata).

³⁴ R. J. POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, tr. it., Napoli, 1842, in part. I, pagg. 29 ss. e III, pagg. 107 ss.

³⁵ R. J. POTHIER, *Pandectae Justinianae*, cit., pagg. 90 ss.

³⁶ H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, cit., pagg. 14 ss., che negava l'autonomia scientifica della causa del contratto dovendosi avere riguardo, esclusivamente, a quella delle obbligazioni da esso scaturenti.

³⁷ G. LOMONACO, *Istituzioni di diritto civile italiano*, V, Jovane, Napoli, 1895, pagg. 65 ss. La ricostruzione, assolutamente prevalente nella dottrina italiana, era tuttavia revocata in dubbio da una parte della dottrina francese in relazione alla codificazione napoleonica, che rinveniva la causa dell'obbligazione nella volontà di ottenere il bene oggetto della controprestazione e non quest'ultima oggettivamente intesa (così H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, cit., pagg. 29 ss.). La tesi risulta palesemente ispirata al dogma della volontà del soggetto che si obbliga, sul quale si rinvia alle considerazioni critiche svolte *infra*. Sotto altro profilo, essa incontra una evidente difficoltà nel momento in cui si trova a ragionare sull'ipotesi di nullità dell'obbligazione per mancanza di causa (e non di mera illiceità della stessa), che nell'impostazione dell'A. appare difficilmente configurabile (pagg. 184 ss. e pagg. 347 ss. per le obbligazioni derivanti da promessa unilaterale).

³⁸ E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, IV, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1927, pag. 183.

causa dell'obbligazione era assorbita dalla forma solenne prescritta, mentre per le obbligazioni che non derivavano da un rapporto sinallagmatico contrattuale la causa doveva essere provata³⁹. Ciò condusse a ricondurre la causa dell'obbligazione ad un interesse giuridicamente tutelato dello stesso obbligato (che nei contratti sinallagmatici era, appunto, la controprestazione), il quale poteva emergere, nel contesto di un rapporto contrattuale, anche mediante il ricorso ad elementi accidentali⁴⁰.

Ne derivava un sistema in cui la nozione di causa era sì riferita all'obbligazione, ma attraverso il sinallagma entrava a far parte del meccanismo contrattuale e ne partecipava, in qualche modo, alla disciplina. La causa, in altri termini, veniva a configurarsi nella duplice prospettiva di presupposto dell'obbligazione e di elemento essenziale del contratto quale fonte di obbligazioni.

Il codice civile del 1942 ha enfatizzato il legame tra la causa e il contratto complessivamente considerato (art. 1325, n. 2 c.c.). Naturalmente, nel sistema del codice il contratto è fonte di obbligazioni; esso costituisce dunque uno strumento per realizzare interessi giuridicamente rilevanti mediante l'incidenza nell'equilibrio economico delle parti. L'interesse (anche non patrimoniale) delle parti e la patrimonialità della prestazione costituiscono due aspetti collegati e, tuttavia, concettualmente distinti: l'art. 1174 c.c. ha codificato al livello legislativo la politica normativa che si è visto essere sottesa all'art. 41 Cost., per la quale interessi giuridicamente tutelati sono proiettati nella loro dimensione economica e, in ragione di ciò, sono oggetto di disposizione contrattuale mediante il sorgere di obbligazioni che li vincolano o li realizzano⁴¹. Sicché, pur avendo il legislatore del 1942 espressamente legato la causa al contratto, esso continua a presupporla anche all'interno delle singole obbligazioni, richiedendo la sussistenza, nell'ambito del singolo rapporto obbligatorio, di un interesse giuridicamente tutelato che lo giustifichi, ossia, appunto, di una causa dell'obbligazione.

In verità, l'art. 1174 non è l'unica norma in cui la causa viene riferita alla singola obbligazione, e non al contratto. L'art. 2041 c.c. richiede, espressamente, una causa della prestazione mediante la quale un soggetto reca un vantaggio patrimoniale ad un altro: la presenza di una "giusta causa" dell'arricchimento

³⁹ L. BORSARI, *Commentario al codice civile*, III, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1877, pagg. 230 ss. A medesime conclusioni giungeva la dottrina francese a proposito del *Code civil*: H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, cit., pagg. 354 ss.

⁴⁰ L. BORSARI, *Commentario al codice civile*, cit., pag. 227.

⁴¹ E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Giuffrè, Milano, 1953, pagg. 52 ss.

costituisce dunque l'elemento discriminante tra la fattispecie descritta nella disposizione e la figura giuridica dell'obbligazione⁴².

Alla nozione di causa dell'obbligazione è ispirato, altresì, l'art. 1988 c.c., nella parte in cui dispone che la promessa di pagamento o la ricognizione di debito fanno presumere la sussistenza di un "rapporto fondamentale" che giustifichi la prestazione debitoria, ossia, appunto, di una causa del rapporto obbligatorio rispetto a cui è ammessa la prova contraria: per cui, l'assenza di una causa dell'obbligazione, ove provata dal promittente debitore, inficia la medesima obbligazione. La causa dell'obbligazione viene, infine, in rilievo nella disciplina delle eccezioni opponibili in materia di delegazione astratta, nella quale l'art. 1271 c.c. prevede, in linea di principio l'irrelevanza per il delegatario dei rapporti causali sottostanti⁴³; il delegato può tuttavia opporre la nullità del rapporto di valuta, poiché tale vizio rende priva di causa la prestazione a cui il delegato è tenuto nei confronti del delegatario.

Accanto a tali esempi il codice civile disciplina numerose fattispecie nelle quali la causa è bensì riferita all'obbligazione, ma nel quadro di un sinallagma contrattuale che "colora" l'obbligazione stessa di legittimità o illegittimità in funzione della controprestazione dell'*altera pars*. Così, la sproporzione *ultra dimidium* tra la prestazione del debitore in istato di pericolo o di bisogno conosciuto dalla controparte e quella a cui si obbliga quest'ultima rende ingiustificato il sacrificio del debitore e ne fa venir meno la causa dell'obbligazione (art. 1447 c.c.). Il codice detta una disciplina analoga nell'ipotesi in cui il vizio causale sia non genetico ma funzionale, consegna cioè alla fase attuativa del vincolo obbligatorio di origine contrattuale in ragione del mancato adempimento della controprestazione (artt. 1453 ss. c.c.) o della eccessiva onerosità sopravvenuta che alteri il rapporto tra il valore delle due prestazioni (art. 1467 c.c.). Infine, la prestazione che abbia

⁴² Il principio trova una rilevante applicazione in materia di titoli di credito a proposito dell'opponibilità dell'eccezione di adempimento da parte di tutti i coobbligati cartolari (e non soltanto del *solvens*), nonostante il carattere causalmente astratto (*id est*: la presunzione di causalità dell'obbligazione cartolare) dei titoli. Sul punto, G. F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, Jovene, Napoli, 1974, in part. pagg. 391 ss.

⁴³ Analogamente l'art. 1272, co. II in riferimento all'espromissione: cfr. R. CICALA, *Espromissione*, L'Arte Tipografica, Napoli, 1995, pagg. 91 ss. Diversa è, invece, la disciplina dell'accollo ai sensi dell'art. 1273, co. IV, c.c. che configura un'ipotesi di successione dell'accollante nel rapporto obbligatorio preesistente, di guisa che la causa dell'obbligazione da lui assunta risulta la medesima di quest'ultima (così ancora R. CICALA, *Accollo*, in *Saggi raccolti per le esecitazioni di diritto privato*, L'Arte Tipografica, Napoli, 1969, pagg. 114 ss.).

quale causa una controprestazione contraria al buon costume (*causa turpitudinis*) non può essere ripetuta (art. 2035 c.c.). Nelle ipotesi considerate la disciplina della causa dell'obbligazione si fonde con quella della causa del contratto, per cui le vicende dell'una si riverberano sull'altra: i due concetti, seppur concettualmente distinti, vengono così a confondersi nell'unitaria nozione di causa contrattuale, quale legame tra le obbligazioni contrattuali che giustifica l'una in funzione delle altre⁴⁴, non diversamente da quanto accadeva, come visto, nel sistema del codice del 1865 e, ancor prima, nella tradizione romanistica.

In realtà, la dottrina ha sempre rifuggito, almeno apparentemente, tale conclusione, giungendo a divergenti elaborazioni della nozione di causa del contratto che, ancora oggi, si contendono il campo.

5. *La problematica della causa del contratto*

Sin dalle prime riflessioni sul concetto di causa del contratto, quest'ultima è stata intesa come un elemento in qualche misura esterno all'equilibrio tra le obbligazioni derivanti dal contratto, e ricondotta ad una dimensione preliminare al sorgere del contratto stesso ovvero successiva ad esso, quasi circoscritta al momento esecutivo del programma in esso contenuto.

La prima ricostruzione dell'elemento causale vanta l'autorevole avallo della *Relazione* al codice civile del 1942⁴⁵. In essa la causa consisterebbe nella funzione economico sociale del contratto. La tesi riposa nella circostanza che la volontà privata è legittimata a produrre effetti giuridici solo se a ciò autorizzata dall'ordinamento giuridico: la causa del contratto costituisce dunque, in questo quadro, lo scopo a cui l'ordinamento stesso riconduce un determinato tipo contrattuale, perché è nei limiti di tale scopo che il fine privato individuale coincide con il fine pubblico generale e, pertanto, che il primo trova tutela sul piano dell'ordinamento⁴⁶. L'interesse privato dedotto nel contratto trova, in altri termini, tutela solo se e nei limiti in cui coincidente con un interesse pubblico tipico. Ne deriva che l'autonomia contrattuale troverebbe la sua *ratio* giuridica nell'utilità sociale per-

⁴⁴ F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., pagg. 184 ss.

⁴⁵ Per ulteriori riferimenti, G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966, pag. 118.

⁴⁶ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pagg. 169 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., pagg. 126 ss.

seguita mediante ciascuna tipologia contrattuale, rispetto a cui si porrebbe come mezzo a fine: mediante il contratto, le parti realizzano il fine economico generale che il sistema assegna al tipo da esse prescelto, e, indirettamente e di riflesso, il proprio fine economico individuale che del primo costituisce un'articolazione e come tale è tutelata. In tale contesto, il concetto di causa finisce per confondersi con quello di tipo contrattuale, perché è attraverso le forme disciplinate dalla legge che l'ordinamento assicura la coincidenza tra lo scopo privato e la funzione economica pubblica⁴⁷; ne consegue che la causa riacquista una propria autonomia logica e giuridica nella sola ipotesi di contratti atipici *ex art. 1322, co. II c.c.*

Molto si è scritto contro la soluzione della causa nel tipo, che priverebbe di significato norme quali l'art. 1343 e 1344 c.c. in relazione ai contratti tipici e condannerebbe tali norme ad una posizione marginale⁴⁸. In questa sede, tuttavia, interessa sottolineare come la dottrina della causa come funzione economico-sociale del contratto sopporti una insanabile contraddizione con la disciplina costituzionale dell'autonomia contrattuale. Ai sensi dell'art. 41 Cost., infatti, l'utilità sociale costituisce bensì un limite all'iniziativa economica privata, ma da ciò consegue che essa opera, per così dire, all'esterno di essa al fine di delimitarne l'esplicazione. Nella tesi oggettiva della causa l'utilità sociale opera, invece, quale motore interno al contratto e lo funzionalizza all'interesse pubblico, mortificando la stessa possibilità di ricostruire l'iniziativa privata in termini di autonomia⁴⁹. Il vizio della tesi che individua nella causa la funzione economico-sociale del contratto risiede, dunque, nell'utilizzo della stessa categoria giuridica della funzione, perché essa risulta incompatibile con la libertà del soggetto privato di curare i propri interessi economici mediante il contratto⁵⁰: quest'ultimo costituisce il mezzo attraverso il quale le parti perseguono la ricerca di un equilibrio economico autovincolandosi, e non certamente il fine a cui le parti stesse sono tenute a piegare la propria libertà di vincolarsi, come finisce per essere nel contesto di una concezione oggettiva della causa contrattuale. Ne consegue che una lettura costituzionalmente orientata delle norme codicistiche sulla causa del contratto

⁴⁷ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pagg. 181 ss.

⁴⁸ Per tutti, M. GIORGIANNI, *Causa (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, IV, Giuffrè, Milano, 1960, pagg. 573 ss.

⁴⁹ *Ivi*, pagg. 548 ss.

⁵⁰ G. B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., pag. 112; S. PUGLIATTI, *Nuovi aspetti del problema della causa nei negozi giuridici*, ora in *Diritto civile. Metodo – teoria – pratica*, Giuffrè, Milano, 1951, pag. 89.

toglie alla *Relazione* al codice civile gran parte del suo valore ermeneutico, perché ispirata ad una concezione del rapporto tra interesse pubblico ed autonomia contrattuale diversa da quella oggi accolta dall'art. 41 Cost.

Nel panorama dottrinario e giurisprudenziale sembra, dunque, oggi prevalere una diversa nozione di causa, per la quale essa deve essere intesa non nella sua dimensione economico-sociale bensì economico-individuale, ossia come sintesi degli interessi economici delle parti⁵¹. La causa costituirebbe, in questa ricostruzione, un fattore di unificazione degli elementi di cui si compone il contratto, ivi compresi gli elementi accidentali, orientandone l'efficacia coerentemente con lo scopo voluto dalla parti⁵². In questa ricostruzione, la causa, quale ragione motrice dell'autonomia contrattuale, appare intesa in un'accezione senz'altro più coerente con la disciplina costituzionale della medesima, poiché l'autonomia stessa non è più funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico economico ma è libera di esplicarsi per il perseguimento degli interessi che meglio ritiene, nel rispetto del limite dell'utilità sociale quale tradotto negli obblighi e nei divieti che la legge prevede in relazione ai singoli contratti, unico *discrimen* ai fini della valutazione della meritevolezza degli interessi dedotti nel contratto⁵³.

Anche la dottrina della causa in concreto sembra, tuttavia, esporsi ad alcune considerazioni critiche. In primo luogo, così come la tesi della causa in senso oggettivo ha finito con il negare l'autonomia concettuale dell'istituto risolvendolo nel tipo, la ricostruzione in esame finisce per ricondurre la causa all'efficacia del contratto, poiché tale è la sintesi degli interessi dedotti nello schema contrattuale: in altri termini, se la causa sintetizza gli effetti attraverso cui il contratto persegue gli interessi delle parti, alcuna autonomia scientifica può avere la causa dall'efficacia, sicché tale elemento, e tutta la riflessione su di esso, finirebbe per costituire un vero e proprio monumento all'inutile.

Per altro verso, la dottrina della causa concreta finisce per estendere illimitatamente il novero degli interessi deducibili nel contratto, e dunque ampliare

⁵¹ La tesi deve la sua prima formulazione a G. B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., pagg. 370 ss.; più recentemente, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009, pagg. 808 ss. In giurisprudenza l'orientamento che identifica la causa come sintesi degli interessi concreti perseguiti dalla parti del singolo contratto è inaugurato dalla celebre pronunzia della C. Cass, sez. III, n. 10490 del 2006.

⁵² G. B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., pag. 371.

⁵³ Ancora G. B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., pagg. 375 ss.

la portata dell'art. 41 Cost. a qualsivoglia appetito o capriccio del soggetto privato, solo che questo non sia vietato dalla legge e che ad esso sia attribuita una valutazione patrimoniale. L'art. 41 Cost. finisce, dunque, per essere una norma a fattispecie aperta attraverso cui può trovare tutela giuridica qualsiasi interesse privato, lasciando alle parti il ruolo esclusivo di giudici della meritevolezza dei propri interessi e, dunque, della loro rilevanza sul piano giuridico una volta che li si esprima in un contratto.

Sul punto, la dottrina costituzionalistica ha già avuto modo di esprimere le proprie perplessità relative ad un'estensione incondizionata degli interessi meritevoli di tutela, indipendentemente da una testuale previsione positiva⁵⁴, in ragione della correlazione con gli obblighi imposti agli *omnes*, la cui sfera giuridica costituzionalmente garantita sarebbe in tal modo incisa da interessi costituzionalmente irrilevanti. La previsione da parte dell'ordinamento di un interesse meritevole di tutela esprime un'opzione politica precisa, nel quadro di un contesto sociale pluriclasse ed eterogeneo, relativamente alla prevalenza dello stesso nel confronto con altri interessi confliggenti all'interno della società civile prima, e dell'organo rappresentativo poi⁵⁵. Con l'introduzione di un catalogo dei diritti da parte della Costituzione del 1948, però, gli specifici interessi sociali risultano, in linea di principio, selezionati *a priori*, perché meritevoli di tutela solo se coerenti con una delle fattispecie complesse che compongono la disciplina dei diritti costituzionali, e comunque soggetti al dovere di solidarietà *ex art. 2 Cost.* in ragione del quale la loro eventuale prevalenza su altri interessi costituzionalmente protetti non può essere assoluta, perché questi ultimi, indisponibili dalla volontà politica, non possono essere assolutamente negati. L'art. 2 pone dunque il fondamentale principio di giustizia sociale, che impone la valutazione e il ragionevole temperamento di tutte le istanze sociali, purché riconducibili al quadro assiologico costituzionale⁵⁶. Sul piano strutturale, questo si traduce, per ogni posizione soggettiva riconosciuta dall'ordinamento, nella posizione di obblighi non meno che di pretese, nella disciplina giuridica della stessa, al fine di scongiurarne la prevalenza oltre misura.

⁵⁴ P. F. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1972, pagg. 158 ss.

⁵⁵ L. DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, Alcan, Paris, 1908, pagg. 23 ss.

⁵⁶ K. BAYERTZ, *Il concetto e il problema della solidarietà*, in K. BAYERTZ – M. BAURMANN, *L'interesse e il dono*, Edizioni di Comunità, Torino, 2002, pagg. 35 ss.

Le considerazioni che precedono introducono il problema della tipicità dei diritti costituzionalmente protetti. Il riconoscimento dei c.d. “nuovi diritti” non può prescindere dalla constatazione che la previsione di ulteriori fattispecie può incidere su quelle disciplinate dalla Costituzione, perché strutturalmente incompatibili ovvero perché impegna risorse finanziarie che sarebbero in tal guisa *a fortiori* sottratte ai diritti tipici. L’idea di un catalogo aperto dei diritti costituzionali, che prescinda da una revisione del catalogo nelle forme dell’art. 138 Cost., è dunque fuori dalla realtà giuridica, perché sposterebbe il livello delle tutele dalla Costituzione al legislatore ledendo le relative garanzie costituzionali. Questa visione è tuttavia solo apparentemente rigida, una volta che si ritenga ciascuna delle norme costituzionali sui diritti una fattispecie complessa che descrive una tipizzazione meramente tematica, relativa cioè ad un valore suscettibile di declinarsi secondo una pluralità di interessi, anche di nuova emersione nel tessuto sociale, purché coerenti con tale valore. In questa prospettiva, il legislatore ritrova una parte dello spazio che gli aveva assegnato l’ordinamento liberale, lì dove traduce sul piano positivo una ricognizione degli interessi sociali che, sebbene coerenti con le singole disposizioni della Carta richiedono una specificazione normativa ulteriore⁵⁷. Il diritto all’ambiente, alla riservatezza, al cambiamento di sesso, e tutti i diritti che derivano dall’evoluzione tecnologica (ad esempio quelli legati alla società informatica) trovano il loro fondamento costituzionale nella tutela della salute come interesse della collettività, della dimensione privata della persona, della sua integrità psichica, nella manifestazione del pensiero; nonché, come accennato, nella tutela delle libertà economiche ove tali diritti vengano in rilievo, per profili specifici, come interessi dei consumatori⁵⁸. In tal guisa, gli interessi sociali di nuova emersione, per effetto delle norme costituzionali che li comprendono, danno luogo a posizioni soggettive articolate in funzione della disciplina legislativa che ne compie la tutela.

Il sistema costituzionale esprime, in conclusione, un catalogo molto ampio ma definito di posizioni soggettive meritevole di tutela, ed è rispetto ad esse che,

⁵⁷ F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella Giurisprudenza Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995, pagg. 7 ss.

⁵⁸ A questi si aggiungono poi le posizioni soggettive di nuova emersione che si legano alle pretese della persona verso il solo soggetto pubblico, derivanti dai limiti costituzionali alle modalità di azione dello stesso: ad esempio il diritto alla pace (cfr. art. 11 Cost.) e il diritto di accesso al procedimento amministrativo (cfr. art. 97, co. II Cost.), i quali vengono declinati come fattispecie partecipative all’attività pubblica: così L. CHIEFFI, *Il valore costituzionale della pace tra decisioni dell’apparato e partecipazione popolare*, Liguori, Napoli, 1990, pagg. 207 ss.

La problematica della causa del contratto nella prospettiva dell'art. 41 Cost.

come visto, l'iniziativa economica privata funge da posizione soggettiva accessoria disciplinandone il potere del titolare di disporre economicamente. Sicché, è da questa constatazione che occorre partire per l'elaborazione di una teoria della causa del contratto che abbia origine dalla riflessione sull'art. 41 Cost.

6. *Causa contrattuale e limiti all'iniziativa economica privata*

Si è già detto che il contratto è un atto attraverso cui le parti dispongono di proprie posizioni soggettive economicamente rilevanti, limitandole per mezzo di reciproche obbligazioni. Si è anche ricondotta la libertà contrattuale all'iniziativa economica privata, e, alla luce della tipicità delle posizioni soggettive costituzionalmente tutelate, si è concluso che l'autonomia contrattuale legittima di disporre soltanto degli interessi che trovino tutela in una norma costituzionale.

Alla luce di questa premessa è possibile enucleare un primo, generale significato dell'elemento contrattuale della causa: esso si identifica con la rilevanza giuridica dell'interesse privato dedotto in contratto, in quanto espressione economica di una posizione soggettiva costituzionalmente tutelata⁵⁹. Debbono, quindi, considerarsi nulli per mancanza di causa i contratti che, ancorché formulati secondo uno schema tipico, siano tuttavia impiegati per realizzare interessi costituzionalmente irrilevanti (come il contratto d'opera stipulato con un cartomante per divinare il futuro o ricevere protezione astrale⁶⁰ o un contratto di destinazione patrimoniale *ex art. 2645ter* finalizzato al perseguimento di finalità costituzionalmente irrilevanti). Così concepita la causa opera, dunque, preliminarmente come fattore di legittimazione alla stipula del contratto, nel senso che l'esercizio dell'autonomia contrattuale presuppone la titolarità dell'interesse oggetto della disposizione delle parti e, dunque, la sua rilevanza giuridica.

La rilevanza costituzionale degli interessi contrattuali non è tuttavia sufficiente ai fini del giudizio di liceità della causa. È, altresì, necessario che le parti rispettino i limiti che la Carta pone in relazione alle posizioni soggettive che essa tutela. Come è noto, nessun diritto costituzionale è affermato in senso assoluto,

⁵⁹ Il legame tra la meritevolezza della causa e le posizioni soggettive costituzionalmente protette è stato, talvolta, affermato anche dalla giurisprudenza del Supremo Collegio: si vedano C. Cass., sent. n. 4469 del 1997; sent. n. 8367 del 2000; sent. n. 14343 del 2009.

⁶⁰ Così F. GAZZONI, *Manuale*, cit., pag. 817.

ma ogni volta che la Costituzione riconosce una posizione soggettiva detta, altresì, i limiti di tale riconoscimento oltre i quali l'interesse diviene giuridicamente irrilevante o, persino, un illecito. Tali limiti sono, talvolta, dettagliatamente previsti dalla stessa Carta (art. 36, u.c. Cost.), ma più spesso vengono specificati dalla legge, in ragione di clausole generali contenute nelle singole norme (art. 16, co. I Cost.) o in ragione della generale previsione del limite dell'utilità sociale di cui all'art. 41, co. II Cost. Il limite dell'utilità sociale consiste nell'apprezzamento, da parte del legislatore, delle condizioni entro le quali può considerarsi lecito l'equilibrio economico perseguito dai contraenti, sulla base di valutazioni politiche dai confini assai ampi⁶¹: costituisce un'esplicazione del limite dell'utilità sociale, ad esempio, la previsione di limiti stringenti all'autonomia contrattuale finalizzati a tutelare i contraenti economicamente più deboli⁶², riequilibrando la posizione delle parti in sede di contrattazione, ovvero le previsioni finalizzate a conciliare l'autonomia privata con le finalità di politica economica (o, secondo una terminologia diffusa, con l'ordine pubblico economico⁶³).

Una peculiare declinazione dell'ordine pubblico economico consiste nella salvaguardia di una qualche proporzionalità tra le reciproche obbligazioni, per cui l'ordinamento non tollera, in linea di principio, l'arricchimento di una delle parti ingiustificato alla luce della controprestazione a cui essa è tenuta. Nel limite dell'utilità sociale vi è, dunque, l'eco della concezione romanistica della causa, che come visto è sottesa agli istituti della risoluzione per inadempimento e della rescissione.

Il secondo comma dell'art. 41 individua ulteriori limiti all'iniziativa economica privata nella sicurezza, nella libertà e nella dignità umana. Si tratta di una

⁶¹ M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Cedam, Padova, 1983, pagg. 117 ss. L'ampiezza della discrezionalità riconosciuta al legislatore non si traduce però, come l'illustre Autore parrebbe sostenere, in un'assoluta assenza di vincoli, tale che la clausola dell'utilità sociale perderebbe qualsivoglia valenza precettiva nei riguardi dell'indirizzo politico.

⁶² G. FERRI, *Programmazione e autonomia individuale nel diritto privato italiano*, in «Dir. Econ.», 1966, pagg. 16 ss.

⁶³ F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, Cedam, Padova, 2007, pagg. 98 ss. Le considerazioni dell'A. non sono, tuttavia, condivisibili quando esclude che il limite dell'ordine pubblico possa trovare applicazione in riferimento ai contratti tipici, in ragione della funzione economico-sociale del contratto che verrebbe assicurata dalla disciplina codicistica (pag. 101). La tesi è ispirata ad una concezione oggettiva della causa contrattuale, per cui si rinvia alle critiche già avanzate nel paragrafo che precede.

previsione che lascia all'interprete, come sembra evidente, margini di discrezionalità più ristretti che nel caso dell'utilità sociale. La differenza tra quest'ultima e il rispetto della sicurezza, della dignità e della libertà può essere apprezzata ragionando sulla disposizione di cui all'art. 1343 c.c., che sembra costituire una specificazione della norma costituzionale, nella parte in cui individua l'illiceità della causa nella contrarietà a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume. Si è già detto che il limite dell'utilità sociale è (parzialmente) assimilabile al concetto di ordine pubblico; gli altri limiti riguardano invece non l'operazione economica complessivamente realizzata mediante il contratto, bensì i singoli effetti su ciascuna delle posizioni soggettive da esso coinvolte⁶⁴, ossia le singole obbligazioni originate dal contratto. In altri termini, mentre l'utilità sociale riguarda la causa del contratto, il rispetto della sicurezza, della libertà e della dignità concernono la causa delle singole obbligazioni incidenti su ciascuno dei diritti coinvolti dalla disposizione contrattuale.

Una conferma di quanto detto si rinviene nel terzo comma dell'art. 41 Cost., nella parte in cui disciplina la funzione di programmazione del soggetto pubblico finalizzata all'indirizzo e al coordinamento dell'iniziativa (anche) privata verso "fini sociali", ossia fini immediatamente legati al perseguimento dell'utilità sociale. Si è osservato che il piano opera sulla struttura del contesto economico in cui si svolge l'iniziativa privata, e dunque incide sul gioco delle c.d. "leggi di mercato", ossia sui condizionamenti esterni dell'autonomia privata, senza coinvolgere, almeno direttamente, l'esercizio delle posizioni soggettive dei singoli⁶⁵. Sicché, dal punto di vista della struttura regolativa, il limite dell'utilità sociale opera esternamente all'autonomia privata definendo il sistema economico in cui esso opera (ad esempio, strutturando il mercato come concorrenziale⁶⁶) e limitando i condizionamenti di fatto che l'autonomia privata subisce in ragione dei poteri economici, anche privati, che operano nel mercato⁶⁷: astratta dal contesto, la forma contrattuale non è in grado di realizzare il principio costituzionale di eguaglianza sostanziale, e questo in ragione della sua incapacità di tradurre nel

⁶⁴ Ancora F. ANGELINI, *Ordine pubblico*, cit., pag. 100.

⁶⁵ E. CAPACCIOLI, *Programmazione e autonomia individuale nel diritto privato italiano*, cit., pagg. 16 ss.

⁶⁶ Per qualche ulteriore considerazione si rinvia, ove il lettore lo desideri, a R. MANFRELLOTTI, *Autorità indipendenti e funzione sociale del mercato*, Giappichelli, Torino, 2012, pagg. 71 ss.

⁶⁷ C. M. BIANCA, *Le autorità private*, Jovene, Napoli, 1977, pagg. 62 ss. E. CAPACCIOLI, *Programmazione e autonomia individuale nel diritto privato italiano*, cit., pagg. 34 ss.

mondo del diritto le disuguaglianze derivanti dalla diversa posizione economico-sociale delle parti contraenti. La conclusione cui tale impostazione è pervenuta è che il principio *ex art. 3, co. II Cost.* impone l'intervento dell'autorità pubblica nelle relazioni contrattuali private in misura tanto più rilevante quanto maggiore sia la disparità che sul piano fattuale deve registrarsi tra le parti contraenti.

La *ratio* dei limiti della sicurezza, della libertà e della dignità si traducono, di converso, in condizionamenti normativi che ineriscono all'iniziativa economica al fine di reprimerne le manifestazioni illecite. Dove l'utilità sociale (e l'ordine pubblico economico) rappresenta una garanzia di tutte le posizioni soggettive costituzionalmente tutelate, ivi compresa la libertà di disposizione economica delle stesse, gli altri limiti contenuti nel secondo comma dell'art. 41, co. II hanno invece lo scopo di evitare il sopravvento di una visione "paneconomica" dei diritti costituzionali, salvaguardandone i profili che, nel programma costituzionale, non possono essere oggetto di valutazione patrimoniale.

La causa si identifica, dunque, con la ragione giuridica del vincolo contrattuale, nella duplice prospettiva della rilevanza giuridica degli interessi di cui le parti intendono disporre e dei limiti che l'ordinamento pone all'autonomia privata in relazione a tale disposizione. In questa prospettiva è, naturalmente, irrilevante la circostanza che l'atto di disposizione sia oneroso o gratuito, pur non negandosi che, nell'ipotesi di contratti a prestazioni corrispettive, l'elemento causale si leghi anche ad una componente di proporzionalità tra le due prestazioni. Il modello di causa che si è cercato di tratteggiare può, dunque, essere utilizzato anche a proposito di contratti con obbligazioni a carico di una sola parte, in particolare la donazione, risolvendo lo stallo per il quale la causa tradizionalmente individuata tende a confondersi con la volontà del disponente (il c.d. *animus donandi*) ovvero con l'effetto di depauperamento del donante e di arricchimento del donatario del contratto stesso⁶⁸.

Il contratto è fonte di obblighi e, dunque, di norme: non delle norme generali e astratte attraverso cui si esprime, almeno in linea di principio, il soggetto pubblico, ma di norme private, elaborate dagli stessi soggetti che esse vincolano, e tuttavia pur sempre norme, che in quanto tali debbono essere coerenti con i principi dell'ordinamento e con i valori supremi che lo informano. La funzione

⁶⁸ Per un inquadramento della problematica, che esulerebbe troppo dalla prospettiva del presente lavoro, F. GAZZONI, *Manuale*, cit., pagg. 544 ss.; A. TORRENTE, *La donazione*, Giuffrè, Milano, 1956, pagg. 34 ss.

La problematica della causa del contratto nella prospettiva dell'art. 41 Cost.

di legittimazione svolta dalla causa del contratto, nei termini di cui si è detto, costituisce il presidio ultimo di tale coerenza⁶⁹, ed esprime l'esigenza irrinunciabile a che quei valori permeino tutte le manifestazioni dell'agire giuridico, indipendentemente dalla natura pubblica o privata di esse.

⁶⁹ Ancora E. CAPACCIOLI, *Programmazione e autonomia individuale nel diritto privato italiano*, cit., pagg. 171 ss.

Dato e costruito nel diritto: l'apporto di François Géný

VINCENZO RAPONE

The subject of this paper is the distinction, so important, between "science" and "technique" in Law, in the thought of François Géný. This distinction, after all, has no other purpose, other than to free the science of Law from its false logic, unmasking its catatt of relative legal technique. Géný's thought is critic of the conservatorism of traditional legal thought, whose concepts begin to prove fallacious in the light of a pragmatist approach. Inside the French sociologist legal theory, born a tension and a doctrinal conflict, between realist and solidariste currents and pragmatist currents.

Positiv Law ; Pragmatism ; Moral ; Jurisprudence ; Civil Law ; Science ; Juridical Technique

1. *Il Positivismo scientifico, nei suoi limiti critici*

Premessa la considerazione in virtù della quale interrogare la scientificità della giurisprudenza quale "scienza normativa" significa valutare *anche* la misura in cui il suo oggetto può essere all'altezza di una scepsi rigorosa, appare del tutto lecito scrutare i modi per il cui tramite un insieme di fenomeni, preliminarmente unificato, giunga a configurarsi 'positivamente'. In questo senso, che il diritto divenga oggetto di scienza, nell'accezione positivista del termine, è questione non solo epistemica, ossia "interna" al discorso scientifico: una serie di condizioni "esterne" al discorso scientifico, di tipo politico-sociale (che possono essere anche, in una certa misura, indotte) possono contribuire in egual misura, a configurare quest'esito. Dunque, se consideriamo non tanto il metodo, quanto, piuttosto, la costituzione dell'oggetto, sono chiaramente rilevabili i limiti di quegli approcci che circoscrivono al puro e semplice ambito formale il processo di costituzione "positiva" delle scienze. Procedendo su questa linea associativa, si rileva come, costituirsi in aperta polemica con il programma positivista (politico e sociale) di costituzione della giurisprudenza come scienza, implichi misconoscere la misura in cui l'iscrizione di quest'ultima nel suo programma scientifico di "positivizzazione" abbia luogo nell'ambito di un più ampio progetto, teso alla realizzazione di un sapere emancipato nella forma e nei contenuti dall'universo teologico-metafisico, per costituirsi in modo proble-

maticamente funzionale (finanche nella sua costituzione formale) ad una società in grado di interrogarsi intorno allo statuto dei propri quadri di regolazione, e intellettuale, e normativa. Lo scopo perseguito in quest'ambito di ricerca non è legato tanto alla perfezione sistematica – equiparata ad un astratto ideale di scientificità, formalisticamente inteso e legato al metodo, che, declinato in questo senso, cessa di essere strumento, per costituirsi come luogo teorico, dotato di spessore etico ed ontologico – quanto, piuttosto, l'implementazione di una strategia complessiva, volta alla razionalizzazione materiale dell'oggetto della scienza giuridica, finalizzata alla realizzazione del miglior compromesso possibile tra ordinamento oggettivo (sociale) ed elaborazione degli strumenti formali funzionali alla sua regolazione. Si tratta, in definitiva, della costruzione teorica di quadri di organizzazione del reale che risultino, il più possibile, coerenti con l'assetto sociale, così come si presenta in una data fase storica. In questa prospettiva, ciò che va rilevato è l'adire, oltrepassando l'ambito della sola costruzione formale dell'oggetto, la dimensione in virtù della quale il diritto non è valido solo perché formalisticamente ritenuto tale: si tratta di un progetto dalle linee di fondo ben precise, che intende collegare la normatività alle idee-forza, positività e socializzazione, così fortemente caratterizzanti la civilizzazione tardo-ottocentesca. Nella prospettiva assunta dal positivismo "scientifico"¹, quindi, legare lo studio della dimensione normativa ai suoi effetti sociali vuol dire, prima di tutto, sottoporre un principio ordinatore come la sovranità al mutamento sto-

¹ «In una prima generalissima accezione, *positivo* può significare ciò che trae comunque origine da un atto istituzionale divino o umano, che è stato *posto e stabilito* e che si oppone pertanto a *naturale, necessario, eterno*. In tal senso, p. es. si dice *diritto positivo* o *religione positiva*. In una seconda accezione, implicante già un preciso atteggiamento metodologico e speculativo, *positivo* vuol dire ciò che è dato nell'esperienza, come *fatto*, di cui si può anche mettere da parte la ragion d'essere e la relativa ricerca. In questo senso, Francesco Bacone chiamava *positiva* la forza o la legge naturale, a cui il filosofo poteva arrestarsi, senza procedere oltre nella ricerca o finzione delle cause. A. Comte accetta questo secondo significato del termine "positivo" che vuole indicare per lui innanzi tutto ciò che è reale, effettivo, attuale, in opposizione a ciò che è astratto o chimerico. Perciò il filosofo che accetta il nuovo metodo d'indagine positiva esclude i misteri impenetrabili di cui si occupava l'infanzia dell'umanità, e si attiene esclusivamente alle ricerche che sono accessibili alla sua intelligenza»: C. CARBONARA, *Positivismo*, in *Enciclopedia filosofica*, vol. V, Sansoni, Firenze, 1967, pag. 171. Per un'introduzione critica al positivismo, cfr. AA.VV., *L'età del positivismo*, a cura di P. Rossi, il Mulino, Bologna, 1986; *Scienza e filosofia nella cultura positivista*, a cura di A. Santucci, Feltrinelli, Milano, 1982; L. KOLAKOWSKI, *La filosofia del positivismo*, Laterza, Roma-Bari, 1974; S. POGGI, *Introduzione al positivismo*, Laterza, Roma-Bari, 1991.

rico-sociale, ora inteso come principio, ma, anche, tentare di epurare la scienza del diritto da quell'elemento volontaristico che, insieme alla nozione di personalità giuridica e di presunzione del predominio della legge sulle altre fonti di diritto, si costituisce come un vero e proprio "ostacolo epistemologico" alla costituzione scientifica della giurisprudenza. In questo senso, l'istanza di cui Comte² in particolare si fa corifeo, è da inquadrarsi all'interno dell'affermazione progressiva dello "spirito scientifico", le cui concretizzazioni non possono esser ridotte, lo si ribadisce, né a ideale di perfezione formale, né, su un versante specularmente opposto, ma, in definitiva, ugualmente unilaterale, a quello della sola efficacia applicativa delle norme, tale da iscrivere, riduttivamente, la giurisprudenza all'interno delle *Naturwissenschaften*. Lungi dal configurarsi alla stregua di un oggettivismo radicale, la scienza positivista opera tramite la costante discussione del rapporto tra "certezza" e "verità", iscrivendosi a pieno titolo nella modernità: quella che si propone, in questa sede, è una lettura del profondo rapporto tra positivismo e "spirito critico", che si pone in essere nel rifiuto consapevole delle interpretazioni che ne hanno visto un semplice oggettivismo, portato più della critica mossa dalla cultura idealistica. In quest'ottica, quella che si evince è la misura in cui le prospettive derivanti dal "mondo nuovo", che nasce dalle ceneri dell'universo dei rapporti gerarchici e dell'organizzazione politico-culturale precedente la Rivoluzione Francese³, si sposano con un ordine di considerazioni almeno duplice, riguardante l'essenza stessa della modernità.

A partire da Descartes, il soggetto moderno mette in discussione il realismo metafisico, così come il valore della tradizione, rendendo la relazione tra certezza

² Sul pensiero di Comte, cfr. A. NEGRI, *Introduzione a Comte*, Laterza, Roma-Bari 1983; ID. *Augusto Comte filosofo dell'età industriale*, Guida Editori, Napoli, 1989; G. LANARO, *Il positivismo tra scienza e religione. Sulla fortuna di Comte in Gran Bretagna*, Franco Angeli, Milano, 1991. Sulla formazione scientifica di Comte, resta imprescindibile il riferimento a H. GOUHIER, *La jeunesse d'A. Comte et la formation du positivisme*, 3 voll., Librairie philosophique J. Vrin, Paris, 1933, 1936 e 1941.

³ Scrive A. COMTE (*Appel aux conservateurs*, Paris, 1855, pag. 1, cit., in A. NEGRI, *Introduzione a Comte*, cit., pag. 129): «Destinata a mettere termine alla grande rivoluzione cominciata, in tutto l'Occidente, nel quattordicesimo secolo, la crisi in cui la Francia si trova gettata dal 1789 non ha ancora acquistato un carattere decisivo. Essa continua ad oscillare tra la retrogradazione e l'anarchia, lasciando sempre temere tempeste senza soluzione. Il bisogno di conciliare radicalmente l'ordine e il progresso è, tuttavia, sentito sempre di più da sessant'anni a questa parte. Esso ha fatto gradualmente sorgere, sotto il nome di conservatori, un partito numeroso e potente che si sforza sinceramente di mettere da parte, contemporaneamente, i rivoluzionari e i retrogradi».

e verità problematica. Conseguentemente, è in discussione l'univoca linearità del rapporto tra rappresentazione soggettiva e realtà oggettiva; d'altro canto, l'affermazione del mondo borghese prima e di quello industriale poi, imperniato sull'egemonia di un nuovo soggetto giuridico-politico, l'individuo, genera una spinta anomica di dissoluzione del legame sociale, che necessita di venir ripensato alla luce di una nozione di ordine, entità di cui si intravede la precarietà (centrale in questo senso la riflessione di Saint-Simon). Problematizzare il rapporto di definizione logica della verità dalla certezza sensibile, rapporto realisticamente inteso in contesti teologico-metafisici, implica pensare gli elementi oggettivi e quelli soggettivi disposti secondo una modalità che è quella del reciproco adeguamento, realizzantesi sotto la costante verifica e il controllo dello scienziato. In questo senso, se primato e sovranità della legge equivalgono a esercizio della potenza statale volontaristicamente strutturato (ma anche a costante destabilizzazione potenziale dell'ordine sociale), rendere scientifica la giurisprudenza significherà centrare la dimensione normativa sul diritto inteso come formazione spontanea, se non consuetudinaria, e organizzare politicamente la società in un modo che risulti il più possibile omogeneo alla sua evoluzione oggettiva⁴.

Evoluzione del diritto che, si badi bene, non dev'essere però desunta esclusivamente da fatti oggettivi, rispondendo, piuttosto, allo "spirito del tempo", e, quindi, ad una definizione concettuale di quest'ultimo – il che avvicina significativamente Comte ad Hegel⁵ – da cui l'opportunità di una "legge" il cui rigore è stato oggetto di così tante critiche, come quella dei "tre stadi". Se l'epoca dell'industrialismo è quella della strutturazione orizzontale e solidaristica

⁴ È con dovizia argomentativa che A. FALZEA rende ragione della misura in cui le teorie della socialità si sono costituite come "terza via" tra individualismo liberale e statualismo (*Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto di diritto*, Giuffrè, Milano, 2008, pag. 138): «Concezioni tradizionali, come per esempio l'imperativismo e il contrattualismo, non avevano difficoltà nel vedere nel fenomeno giuridico la risultante sociale di forze e componenti elementari che nella loro natura ultima erano gli individui umani con le loro coscienze e volontà individuali. Si può anche dire che, per le concezioni tipiche dell'individualismo moderno (appunto: contrattualismo, imperativismo, in generale volontarismo), il diritto è fenomeno sociale: ma di una socialità che è semplice proiezione dell'individualità. Il fenomeno giuridico si costituisce fin dalle origini in una realtà sociale che per le sue stesse dimensioni passa appena tangente rispetto al singolo individuo e alle rappresentazioni della sua coscienza, trascende, per la sua complessità qualitativa e quantitativa, la sfera del singolo e ha la sua radice in un modo necessario di esistenza e di attività dei gruppi sociali. Questa radice del diritto si chiama *costume*».

⁵ Per un'attenta ricostruzione del rapporto tra le rispettive filosofie della storia, cfr. O. NEGTE, *Hegel e Comte*, il Mulino, Bologna, 1975.

dei rapporti sociali, che è parte integrante dello “spirito positivo”, quest'ultimo si rivela ispirato a criteri non più riconducibili a una struttura gerarchica politicamente e individualistica socialmente, ragion per cui sovranità e culto della volontà quale momento produttivo di diritto dovranno essere abbandonati come criterio e di legittimazione dell'ordinamento e di organizzazione positiva dei rapporti, a favore di una modalità “positiva”, in un certo senso orizzontale e solidaristica.

Per quanto sia altrettanto rilevante, la sua affinità con Condorcet, non è sbagliato considerare Comte, per quanto in posizione di eretica dissidenza, almeno nella prima fase della sua opera, l'erede di Saint-Simon, ossia un continuatore di alcuni tratti scientifici del suo pensiero: le problematiche relative allo statuto della conoscenza e dell'ordine della società industriale sono, infatti, comuni ai due autori, per quanto, come vedremo, la soluzione sono prospettate differiscano in maniera significativa.

Se Comte, da un lato, collega la sua riflessione a quella di un'epoca, l'Illuminismo, che, per sua stessa costituzione – ne è testimonianza il contributo di Kant⁶ – manca di una precisa definizione concettuale del suo statuto, ossia di una precisa rappresentazione di se stessa, dall'altro, in maniera del tutto sintonica, il fondatore del positivismo cerca, rispettando la specificità della sua epoca, una declinazione il più possibile coerente tra l'organizzazione normativa e assetti sociali.

Conscio del tramonto del realismo metafisico medioevale, il fondatore della “scienza positiva” persegue nell'obiettivo della definizione intellettuale di un rapporto relativamente omogeneo tra le modalità di costituzione dell'essere sociale e della sua regolazione normativa: in questo senso, può e deve esser considerato, almeno fino ad un certo punto, allievo di Saint-Simon⁷.

La necessità di elaborare una sintesi tra Settecento e Ottocento, il riconoscimento del significato storico della Rivoluzione francese, un certo interesse per le realtà dell'industrialismo e della classe operaia, la posizione di una nuova epoca a quella teologico-metafisica, costituiscono forti elementi, seppur non assolutiz-

⁶ Cfr. I. KANT, *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?* (1784), trad. it., *Che cos'è l'Illuminismo?*, a cura di N. Merker, Editori Riuniti, Roma, 1987, pagg. 48-55.

⁷ Su Saint-Simon, cfr. M. LARIZZA LOLLI, *Il sansimonismo (1825-30). Un'ideologia per lo sviluppo industriale*, Pubblicazioni dell'Istituto di scienze politiche dell'Università di Torino, Torino, 1976; V. MARTINO, *Saint-Simon tra scienza e utopia*, Dedalo, Bari, 1979; E. PITOCCHIO, *Millennio e utopia. Il sansimonismo*, Bulzoni, Roma, 1984.

zabili, di continuità tra i due autori, con la significativa differenza che, mentre l'idea fondamentale del saintsimonismo è quella di un liberal-socialismo anti-individualista in grado legittimare pratiche sociali di autogoverno, Comte oppone all'individualismo liberale e al suo portato disgregatore il solo culto dello Stato. Stato, inteso come entità profondamente rivisitata nella sua struttura: l'affermazione teorica del ruolo della scienza e il riconoscimento delle valenze politiche dei fenomeni di industrializzazione forniscono quelle categorie concettuali, alla luce delle quali pensare la trasformazione della società in un'entità strutturata da rapporti di collaborazione, più che gerarchicamente strutturata, rapporti propri di una socializzazione potenziale essa stessa rimedio agli esiti anomici del liberalismo borghese, prodromica di nuove realtà, che si crede di poter intravedere, seppur in via solo embrionale.

Razionalizzazione generalizzata della società, progressiva socializzazione delle forme produttive ed equa distribuzione del profitto, alternanza di trasformazione e ordine, sono dunque momenti teorici in cui il positivismo si ricollega idealmente allo spirito del Cristianesimo, la cui aspirazione originaria è quella della riduzione ad immanenza della sovranità divina, realizzata positivamente nella crocifissione e teologicamente nella Trinità.

Il fatto che la riflessione di Comte, soprattutto nell'ultima fase, e cioè a partire dal *Système de politique positive* e dal *Catéchisme positiviste*, assuma in maniera ancor più decisa come valore il ristabilimento dell'unità e del monismo contro il pluralismo sociale caratterizzante la società industriale, rivendicando la riproposizione di gerarchie stabili, sussumendo nello Stato le forze sociali, elevando la società domestica e suoi rapporti gerarchici a paradigma di organizzazione di tutto il poliverso sociale, sminuisce, ma solo fino ad un certo punto, il positivismo "scientifico" come impresa critica.

Resta da valutare la misura e la portata critica del fatto che l'opera di Comte appaia, in questa seconda fase, più una continuazione del tradizionalismo di Bonald e de Maistre, che non del socialismo utopistico di Saint-Simon: qualsiasi cosa si pensi in questa direzione, è in questo contesto – quello, cioè, in cui i rapporti tra regolazione normativa e assetti sociali cominciano a situarsi in un rapporto reciproco che è di relativa disomogeneità – che si mettono in discussione alcuni dei dogmi della scienza giuridica, tanto di quella illuministica, che con l'apporto fondamentale di Bonaparte culminava nella consacrazione codicistica, quanto di quello storicismo giuridico, il cui esito concettuale è l'idea di sistema, soluzioni che, tradotte politicamente, legittimano la negazione del potere normativo della società e la sua significativa riduzione ad entità statuale. Saranno

le teorie c.d. dell'istituzione e del diritto sociale⁸ a raccogliere l'eredità del positivismo scientifico in materia di organizzazione dei rapporti tra normatività e società, declinando il rapporto tra il dover-essere della norma e l'essere della società in una forma ben precisa, quella del passaggio da ordinamento oggettivo a ordinamento giuridico: il conflitto tra Stato e società si rivela, progressivamente, riflesso dell'opposizione filosofica e culturale tra idealismo e materialismo, e, quindi, conseguentemente, tra una modalità di pensare l'oggetto come dedotto dal soggetto, propria dell'idealismo, o, al contrario, di pensare il soggetto a partire dall'oggetto, coppie oppostive la cui valenza è, ancor più che rilevante scientificamente, ideologica. In Italia, si rivela sensibile, tra i primi, al tema dell'istituzione Santi Romano⁹, per il quale questo concetto, così come elaborato in Francia da Maurice Hauriou¹⁰, sarebbe segnato da inemendabile astrusità: il giurista palermitano gli preferisce la nozione di ordinamento, ordinamento giu-

⁸ Per un'introduzione allo sviluppo storico queste correnti dottrinarie, cfr. G. GURVITCH, *L'Idée du Droit Social. Histoire doctrinale depuis le XVII^e siècle jusqu'à la fin du siècle, XIX^e*, con una Préface di L. LE FUR, Librairie philosophique J. Vrin, Paris, 1932.

⁹ In questo senso, come sostiene assai autorevolmente A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto di diritto*, cit., pagg. 152-53: «La possibilità di arrivare ad una concezione sociologica, neutrale rispetto alla varietà di indirizzi che stanno al suo interno, si vede anche nell'istituzionalismo di Santi Romano. Egli è riuscito ad inserire la prospettiva sociologica nei quadri della teoria generale del diritto e a mostrarla perfettamente compatibile con le esigenze tradizionali della dogmatica giuridica in classici trattati riguardanti il diritto amministrativo, il diritto costituzionale, il diritto internazionale e in varie monografie. Senza troppo pesare su motivazioni sociologiche, ma insistendo sul lato teorico-giuridico, Santi Romano sostiene che ogni ordinamento fa capo ad una istituzione della vita sociale e che, per inverso, ogni istituzione si esprime in un ordinamento giuridico, intendendo per istituzione ogni ente o corpo sociale che manifesti di fatto sufficiente permanenza e stabilità ed abbia una propria esistenza ed una vita propria». Ciò che dell'opera romaniana il più delle volte si misconosce, è la misura in cui il modello sociale di riferimento del giurista palermitano sia quello delle dottrine organicistiche, legato ad una ripresa del diritto germanico. Esplicativo, sul punto, il contributo di M. FUCHS, *La "Genossenschaftstheorie" di Otto von Gierke come fonte primaria della teoria generale del diritto di Santi Romano*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1979, pagg. 65-80.

¹⁰ Maurice HAURIOU (1856-1929) è conosciuto in Italia soprattutto per il suo: *Aux sources du droit: le Pouvoir, l'Ordre, et la Liberté* (1933), trad. it., *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, a cura di W. Cesarini Sforza, con una *Presentazione* di A. Baratta, Giuffrè, Milano, 1967. Per una ricognizione dei fondamenti filosofici dell'istituzionalismo di M. Hauriou, oggetto spesso delle lodi e dell'apprezzamento di Schmitt, sia consentito rimandare a V. RAPONE, *Istituzionalismo e decisionismo: ovvero dell'affinità tra "tipi di pensiero giuridico" radicalmente divergenti*, in *Natura e artificio. Norme, corpi, soggetti tra diritto e politica*, a cura di A. Catania e F. Mancuso, Mimesis, Milano, 2011, pagg. 263-277.

ridico, con il quale, è bene sottolinearlo, l'elemento sociale è tradotto in fattore normativo senza mediazione critica¹¹.

A carico dell'istituzionalismo, delle teorie sociologiche e di quelle caratterizzanti in c.d. diritto sociale, si configura il compito di individuare i criteri di una mediazione critica tra le forme sociali e la loro traduzione normativa, operata per il tramite di una sorta di norma implicita, la c.d. regola sociale di diritto, sulla quale, tuttavia, metodologicamente, correnti finzionistiche e realistiche si dividono. In patente violazione del principio di indeducibilità del dover-essere dall'essere, che informa di sé tutta la cultura formalistica in materia di diritto, l'istituzionalismo ha condotto una lotta senza quartiere contro il predominio del soggettivismo e dell'individualismo, inteso non solo come valore politico, ma anche come *pivot* metodologico, caratterizzanti quella scienza del diritto che non voleva o non poteva fare a meno dell'idea di sovranità dello Stato e di monopolio statualistico delle fonti di produzione del diritto.

È in questa direzione, connotata con precisione anche politicamente, che l'oggettivismo giuridico ha tentato di spezzare il binomio Stato-diritto, ridimensionando il ruolo delle fonti di produzione del diritto maggiormente legate alla

¹¹ Pur riconoscendo ad Hauriou l'aver introdotto in campo giuridico "il concetto di istituzione ampiamente inteso", in realtà Romano ne critica l'astrattezza, se non l'astrusità, intendendo questo concetto in maniera ben diversa. Secondo Santi Romano, Maurice Hauriou, non identificando l'ordinamento giuridico con l'istituzione, ma intendendo il primo come prodotto della seconda, Hauriou non avrebbe superato l'impostazione normativistica (Cfr. SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1977, pagg. 32-33). In realtà, il rapporto tra essere e dover-essere, tra *Sein* e *Sollen*, e, quindi, *mutatis mutandis*, tra istituzione e ordinamento, è pensato da Santi Romano in assenza di qualsivoglia intermediazione critica, ossequiosa applicazione del brocardo *ubi societas, ibi jus*. Inoltre, è la semplice capacità ordinamentale che assurge a rango paradigmatico, al punto che le stesse associazioni criminali assurgono al rango di entità giuridiche, senza che il modello del pluralismo giuridico venga elevato a dignità teorica. Conferma puntualmente questo giudizio Renato TREVES (*Sociologia del diritto. Origine, ricerche, problemi*, Einaudi, Torino, 1993, pag. 125): «Non è facile dire cosa Hauriou intenda per istituzione. In genere, si può rilevare che per lui istituzione è ogni formazione sociale che ha per centro un potere intorno a cui gravitano le adesioni dei singoli che tutte insieme danno luogo a una situazione stabile. Ma se si vuol scendere nei particolari, non si può non osservare che le opinioni espresse dal nostro autore variano da periodo a periodo come risulta dal fatto che in un primo tempo egli ha messo specialmente in evidenza il potere che tiene oggettivamente unita l'istituzione e che in un secondo tempo egli ha dato invece maggiore importanza agli elementi interiori, alla finalità, all'idea». Un inquadramento storico delle problematiche della recezione italiana dell'istituzionalismo nei suoi molteplici rapporti con l'idealismo è reperibile in: F. RICCOBONO, *Idealismo e istituzionalismo nella cultura giuridica italiana del Novecento*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1981, pagg. 877-90.

volontà, e, quindi, all'idea di supremazia ontologica di una volontà che da quantitativa si trasforma in qualitativa, ossia 'generale', rendendo giustizia all'esistenza ed alla rilevanza normativa di totalizzazioni impersonali e non immediatamente personificabili e, soprattutto, alla loro rilevanza normativa. Queste ultime sono ritenute costitutive di realtà di tipo associativo, tese all'integrazione, in opposizione ad associazioni che ruotano intorno a rapporti gerarchici di dominio, e, conseguentemente alla costituzione dello Stato come effetto della sovranità, istituyente uno spazio gerarchicamente organizzato, costitutivo di rapporti di subordinazione, nei quali una volontà, quella del governante, è ontologicamente suvalente a quella del governato.

Il problema della portata e del valore scientifico della giurisprudenza, a questo punto, viene raccolto da quei teorici che, in un senso o nell'altro, 'realistica' o 'finzionistica', ne hanno negato ogni consistenza logica autonoma, considerando la sfera normativa alla stregua di una funzione, di una semplice 'traduzione' di rapporti sociali, strutturata sulla base del perseguimento del criterio dello scopo. In effetti, il XX secolo ci pone di fronte a tutta una serie di novità, riguardanti il diritto del lavoro, così come il diritto internazionale, nonché la stessa riflessione giusfilosofica, che mettono seriamente in dubbio il pregiudizio che lega a doppio filo diritto positivo e dimensione politico-statuale: all'inizio del secolo scorso, infatti, una serie di correnti dottrinali, intrecciandosi, si è pronunciata nel senso di un sempre maggiore allargamento della nozione di diritto positivo, nella costante moltiplicazione delle "fonti formali", con sempre maggiore frequenza ritenute equivalenti a quelle dello Stato.

Per spiegare tutta una serie di fenomeni, riguardanti tanto ambiti del diritto positivo, tipicamente, tanto il diritto internazionale e il diritto del lavoro, quanto la dottrina dei primi decenni del secolo scorso, è necessario fuoriuscire dal paradigma proprio del monismo politico-statuale e della superiorità della legge scritta, quale "verbo perfetto di Dio" sulle altre fonti di diritto. Riflessi caratteristici di questo nuovo atteggiarsi nei confronti della sfera del diritto – che tiene in sé, in maniera non acritica, le lezioni sociologiche di Comte e di Durkheim – sono così rinvenibili, a livello dottrinario, nei rappresentanti delle teorie dell'oggettivismo giuridico o del diritto sociale, che dir si voglia, (Duguit, Saleilles, Hauriou)¹², nozione caratterizzata anche per una certa vaghezza, ma molto in voga in quegli anni.

¹² Cfr. G. GURVITCH, *L'Idée du Droit Social. Histoire doctrinale depuis le XVII^e siècle jusqu'à la fin du siècle, XIX^e*, cit., pagg. 595 ss., ma anche A. DESQUEYRAT, *L'institution, le droit objectif et la technique positive*, Librairie du recueil Sirey, Paris, 1933.

Appartengono, a buon diritto, a quest'orientamento la teoria della "regola sociale di diritto" di Léon Duguit¹³, caratterizzantesi nell'oggettivare normativamente la realtà sociale, pensata alla luce di un criterio, quello solidaristico, in grado di fare da perno nella traduzione normativa di dati sociali. Per il giurista bolognese, sulla scorta dell'insegnamento di Durkheim, la solidarietà è sì un fatto, al limite constatabile, ma, al tempo stesso, è anche un valore. In questa prospettiva, l'essere della socialità è anche un dover-essere normativo, dal momento che ogni gruppo si costituisce sulla base della condivisione di regole e valori comuni, la cui violazione è sanzionabile prima di tutto dal sentire comune, prima che lo Stato la organizzi formalmente: si giustifica così il predominio della sanzione nella definizione del fenomeno normativo, nella misura in cui quest'ultima si costituisce come formalizzazione ed istituzionalizzazione della semplice reazione sociale a comportamenti che violano la costituzione solidaristica di un determinato gruppo¹⁴. In virtù di questo ragionamento, manifestazioni di piazza

¹³ Cfr. *L'État, le droit objectif et la loi positive* (1903), Dalloz, Paris, 1903. Léon DUGUIT (1859-1928) è rappresentante tra i più autorevoli ed originali dell'oggettivismo giuridico francese, è stato docente e doyen della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bordeaux. Pensatore rigoroso e prolifico, si è impegnato in un lavoro di ripensamento radicale delle categorie della scienza giuridica, la cui importanza è caduta parzialmente in oblio a causa dell'ascesa del giuspositivismo. Tra le sue opere principali: *L'État, le droit objectif et la loi positive* (cit.); *L'État, les gouvernants et les agents* (Paris 1903), nonché le tre edizioni del *Traité de droit constitutionnel* (Paris 1911, 1921, 1927). Su Duguit ci limitiamo a segnalare il volume collettivo *Autour de Léon Duguit. Colloque commémoratif du 150 anniversaire de la naissance du doyen Léon Duguit*, Bordeaux, 29-30 mai 2009, Bruylant, Bruxelles, 2011. Tra le (poche) traduzioni italiane del giurista, segnaliamo le più recenti: *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État* (1908), trad. it., *Il diritto sociale, il diritto individuale e le trasformazioni dello Stato*, a cura di L. BAGOLINI, Sansoni, Firenze, 1950; trad. it., *Le trasformazioni dello Stato. Antologia di scritti*, a cura di A. Barbera, C. Faralli, M. Panarari, Torino, 2003; *Souveraineté et liberté: Leçons faites à l'Université Columbia (New York), 1920-1921*, (1922), trad. it., *Sovranità e libertà*, trad. e cura di V. Rapone, Giappichelli, Torino, 2007, pagg. 1-255; *The Law and the State; French and German doctrines*, Paris, 1917, trad. e cura di V. Rapone, *Il diritto e lo Stato. La dottrina francese e quella tedesca*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2012.

¹⁴ Solidarietà, definita da DURKHEIM (*De la division du travail social* (1893), trad. it., *La divisione del lavoro sociale*, a cura di A. Pizzorno, Edizioni di Comunità, Milano, 1996, pag. 65) come un «[...] fenomeno di natura esclusivamente morale, che, di per sé, non si presta né all'osservazione esatta, né alla misura. Per procedere a questa classificazione e a questo confronto tra diversi tipi, è dunque necessario sostituire al fatto interno che ci sfugge, un fatto esterno che lo simbolizzi, e studiare il primo attraverso il secondo. Questo simbolo visibile è il diritto». Una completa disamina della questione sociologica e politica della solidarietà in Francia è sviluppata nell'esaustivo testo di M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public française: le passé, le*

e sanzione statale sono declinazioni, diversamente strutturate, di un medesimo fenomeno, cioè la reazione sociale ad un comportamento contrario ai vincoli e alle regole della solidarietà sociale.

Lo sforzo di Duguit, quindi, va nella direzione di una radicale contestazione delle teorie soggettivistiche del diritto, operata in nome di un approccio che egli ama definire realismo giuridico o oggettivismo. Di realismo in questo caso, non è lecito parlare in senso ingenuo, né in quello, altrettanto acritico, di un'elisione aprioristica di ogni elemento di riflessione derivato dalla metafisica o dal trascendentalismo, che sono entrambi presenti nella sua elaborazione metodologica: piuttosto per il giuspubblicista di Bordeaux, il problema è quello di costruire, realisticamente, l'elemento normativo a partire da quel dato sociale esemplificato dalla solidarietà sociale.

Oltre che in Duguit, importanti riflessi caratterizzanti quest'indirizzo possono essere rinvenuti anche nell'opera di Maurice Hauriou¹⁵, giurista che, in virtù di una complessa teoria, legata al concetto di istituzione, elabora un suo originale approccio, in grado di rivedere in profondità il problema delle fonti primarie del diritto positivo, contribuendo a sgombrare il campo dal dogma al tempo stesso statico e statualista della supremazia della legge sulle altre fonti, consuetudinarie o sociali. In questo approccio, l'esistenza di persone giuridiche collettive si spiegherebbe sulla base della presupposizione di realtà determinate (da lui definite *institution-corps*) che preesisterebbero ad ogni personificazione.

Bisogna, però, sottolineare come tanto la teoria del diritto oggettivo di Duguit – centrata sull'idea di solidarietà quale vettore in grado di presiedere alla costituzione della “regola sociale di diritto”, tale da presiedere alla trasformazione di fatti sociali in norme – quanto l'istituzionalismo di Hauriou – che elabora un'originale teoria delle “fonti primarie” del diritto, preesistenti ad ogni personalizzazione – non potrebbero essere intesi nel loro giusto valore, prescindendo dall'apporto, a tutti gli effetti decisivo, di GénY¹⁶. Si può sostenere, senza tema

présent et l'avenir de la solidarité, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1993.

¹⁵ Su questi stessi punti, si sofferma con grande lucidità C. GORETTI, *Il liberalismo giuridico di M. Hauriou*, Tip. edit. Libreria L. di G. Pirola, Milano, 1933.

¹⁶ François GÉNY (1861-1959) è stato docente di Diritto Privato e Doyen presso l'Università di Nancy. La sua figura è stata centrale nella critica degli eccessi del formalismo (sia di matrice esegetica che di derivazione storicistica) ricostruzione della scienza giuridica transalpina: la sua produzione scientifica resta fondamentale associata a due opere di monumentale importanza: *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2 voll., Librairie générale de droit

di smentita, che è proprio il giusprivatista francese a preparare, confezionandone le coordinate teoriche, questo nuovo approccio al tema del diritto, che nega il dogma del monismo politico-statuale, pur restando nel perimetro tracciato dal diritto positivo. Certamente, un ruolo preciso in questo senso è stato giocato anche, in senso critico-decostruttivo, dall'insieme di quegli approcci ascrivibili al giuliberismo: il c.d. "movimento del diritto libero" (*Freirechtsschule*)¹⁷ dà luogo, agli inizi del secolo scorso, ad una lotta senza quartiere contro la staticità del diritto scritto e della scienza del diritto, ove opposta alla dinamica propria del movimento sociale¹⁸.

Anche nei paesi anglosassoni, numerosi giuristi, tra cui Roscoe Pound, sep-

& de jurisprudence, Paris 1919, e *Science et Technique en Droit privé positif*, 4 voll., Sirey, Paris 1923. Tra la ricca bibliografia critica a lui dedicata, oggetto di un rinnovato interesse negli ultimi anni, cfr. François Gény e la scienza giuridica del Novecento, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 20, 1991; François Gény, *Mythe et réalités, 1899-1999. Centenaire de Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, a cura di C. Thommaset, Bruylant, Paris, 2000. Mi sia consentito rimandare, infine, a V. RAPONE, *Logique ou réalité? Una lettura di Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif di François Gény*, Aracne, Roma, 2004.

¹⁷ Le problematiche in gioco nel conflitto dottrinario tra queste due correnti di pensiero sono trattate con rigore in M. Porzio, *Formalismo e antiformalismo nella storia della metodologia giuridica moderna*, Napoli, 1969. Per un'introduzione alla *Freirechtbewegung*, rimandiamo all'ormai classico L. LOMBARDI-VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 1975. Ormai da qualche anno, Giuseppe Acoella porta avanti un progetto scientifico molto articolato, nel cui ambito si evidenzia come la critica antiformalista del primato della legge sia stata prelusiva di quegli eccessi contemporanei del potere giurisprudenziale, ancor più meritoriamente perseguita perché associata alla pubblicazione annuale di una rivista («Materiali per una cultura della legalità») che è anche un progetto culturale. Per un'introduzione a quest'approccio critico, la cui referenza è individuabile nella riflessione di Lopez de Oñate avente per oggetto la certezza, cfr. G. ACOCELLA, *La legalità tra potere legislativo indiretto e interpretazione*, in («Materiali per una cultura della legalità»), 2017, pagg. 191-201, con particolare riferimento alle pagg. 132-141. Per un inquadramento generale del problema della legalità, cfr., ancora, G. ACOCELLA, *Per non concludere. Critica della legalità*, capitolo VII di *Paradigmi della legalità*, in Id. (a cura di) *La legalità ambigua*, Giappichelli, Torino, 2013, pagg. 78 e ss.

¹⁸ Per una critica molto serrata alle pretese di una certa scienza del diritto, formalisticamente orientata, cfr. E. EHRlich, *Die juristische Logik*, Mohr, Tübingen, 1925, con riferimento, soprattutto, alla Parte Prima: *Die historischen Grundlagen der Juristischen Logik* (pagg. 1-178). Lo studioso austriaco considera proprio della scienza giudica il rappresentare il diritto così come esso è («wie es gilt»), perché la conoscenza del diritto non può essere ridotta alla sola dimensione dell'intenzione del legislatore; infatti: (E. EHRlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft* (1903), Scientia, Aalen, 1987, pag. 35): «[...] wer nichts weiter kennt als die Absicht des Gesetzgebers, kennt das wirkliche geltende Recht noch lange nicht».

pur all'interno di un modello che è a tutti gli effetti di *Common Law*, nel quale la posizione del giudice non è quella della subordinazione strutturale alla legge, che si dà in virtù di un'inferiorità qualitativa della sentenza, espressione a sua volta di una volontà generale, hanno conferito grande valore a quegli *standards* e a quelle direttive, la cui funzione è di stabilizzare la funzione giurisprudenziale, facilitandone l'opera di produzione normativa. Infine, negli stessi anni, in Russia, Léon Petrazychi elabora un'interessante teoria, legata al "diritto intuitivo", collegandola alla molteplicità potenzialmente infinita delle fonti di diritto, contribuendo a positivizzare certe istanze radicali (se non velleitarie) della *Freirechtsschule*. È François Géný a costruire quei quadri formali di organizzazione di quello stile di pensiero e di analisi, nel quale si è dato peso e conferito valore di intellegibilità al ruolo che nella vita giuridica reale gioca il diritto "non organizzato", oggetto di elaborazioni successive nell'ottica delle opposizioni tra società e Stato, opposizione che sussume in sé quelle, attigue, tra spontaneità e organizzazione, tra pluralismo delle fonti e monismo giuridico.

2. Scienza e tecnica nella riflessione di François Géný

Autore di opere ponderose, quali *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* e *Science et Technique en Droit privé positif*, François Géný va correttamente situato in quell'insieme di correnti di pensiero che pensano la legge non come espressione della "volontà generale", quanto, piuttosto, come modalità di "accertamento tecnico" di realtà sociali ad essa temporalmente e logicamente preesistenti, sostenendo la necessità di un ampliamento sempre maggiore della nozione di diritto positivo, giungendo così a negare il primato delle fonti statuali a favore della rivendicazione di una pluralità degli ordinamenti giuridici.

Pur non essendo un caso isolato, il giusprivatista francese costituisce un vertice ineguagliato di uno stile di riflessione, teso a relativizzare il concetto di scienza normativa, nonché la stessa identificazione tendenziale tra quest'ultima e la giurisprudenza.

Le analisi del *Doyen* di Nancy evidenziano, in primo luogo – ed è la *pars destruens* del suo discorso – i limiti di quell'atteggiamento, definito da lui stesso "feticismo della legge", in virtù del quale la sola formula legislativa, applicata meccanicamente, è considerata sufficiente a tutti i *desiderata* della vita sociale; lentamente, si abbozza anche quella che possiamo definire la *pars construens* del suo discorso. Il giusprivatista francese, in questo senso, si sforza di evidenziare la

misura in cui il diritto positivo e le modalità formalistiche della sua applicazione, colte nella loro complessità, e quindi già eccedenti rispetto alla sola legge come fonte suprema, si rivelano insufficienti di fronte alle esigenze della vita giuridica, caratterizzate, prima di tutto, da variabilità e mobilità.

È in questo senso che va letto in seguente passo, che costituisce il nucleo di un vero e proprio programma scientifico, ma anche politico: «Et, sur le terrain de la simple observation pratique, comment ne pas reconnaître, que, pour jouer le rôle, spontané et mécanique, qu'on prétend en obtenir, une loi devrait avoir une plénitude et une perfection de teneur dépassant les facultés humaines, qu'en réalité, elle n'est et ne peut être qu'une ébauche de réglementation, entrevue à travers les complexités mouvantes de la vie sociale, et que, pour en tirer les solution précises qu'elle doit fournir, in ne faut pas moins, que l'intervention constante d'un agent, placé en contact direct avec les faits à régir, et concrétisant, dans un nouveau travail, ce qui n'a été vu, que de haut et de façon abstraite, par les auteurs du texte légal»¹⁹.

L'opera di Géný, dunque, non ha solo il merito di rispondere e sistematizzare, come si è in parte anticipato, e le aspirazioni – per certi aspetti velleitarie – dei teorici della *Freirechtsschule*, rilevando, forse in misura maggiore, nella misura in cui prende posizione nel merito di un dibattito parallelo, e, per certi versi complementare, a quello sulle fonti del diritto: quello relativo all'essenza stessa di una scienza che si voglia 'normativa'.

Non capiremmo, infatti, *Science et Technique en Droit privé positif* senza prendere preliminarmente in considerazione un importante contributo di Lucien Lévy-Bruhl, di qualche anno precedente, datato 1902-03: *La morale et les sciences des mœurs*²⁰, testo che, con grande rigore, evidenzia come il progresso della scienza non accomuni allo stesso titolo le scienze fisiche, quelle biologiche e mediche e quelle sociali. Il tenore dell'analisi di Lucien Lévy-Bruhl è il seguente: per le scienze 'dure', chimica, fisica, biologia – il riferimento, seppur indiretto, all'importante figura di Claude Bernard è d'obbligo – medicina, gli aspetti teoretici sono giunti effettivamente a separarsi dagli aspetti pratici, e questo, nell'ambito di un processo di oggettivazione progressiva dei corpi dottrinari che sarebbe giunto a configurarsi secondo la seguente triplice scansione, in virtù della quale i fenomeni non sono più stati considerati parte né dei sistemi religiosi (processo esemplificato nell'abolizione

¹⁹ F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, cit., vol. II, pag. 324.

²⁰ L. LÉVY-BRUHL, *La morale et la science des mœurs*, Alcan, Paris, 1903.

di quelle credenze in virtù delle quali erano prodotti da divinità, o entità religiose che dir si voglia), né di sistemi metafisici (considerati, cioè, come il prodotto di entità logiche che li avrebbero prodotti, a titolo di principio vitale, per esempio), né di sistemi strutturati sulla base di antropomorfismi, di natura, in ultima analisi, proiettiva. Attraverso questo triplice passaggio, e solo attraverso di esso, le scienze si sono potute costituire in maniera separata da quella che si definisce arte, o tecnica; in questo senso: «Alors seulement, les sciences théoriques de la vie ont été nettement séparées des arts qui reçoivent d'elles leurs moyen d'action. Alors seulement, en un mot, les phénomènes biologiques ont commencé d'être étudiés avec la même objectivité et dans le même esprit où les phénomènes du monde inorganique le sont depuis longtemps. L'expérience à prouvé très vite, cette fois encore, que la distinction nette et méthodique de la science et de la pratique, et l'établissement de rapports rationnels entre elles, ne sont pas moins profitables à l'une qu'à l'autre. Mais l'histoire fait voir aussi combien il était difficile de gagner ce point»²¹.

La difficoltà di separare scienze teoretiche e applicazioni tecniche diventa però maggiore, questa la tesi di fondo di Lévy-Bruhl, nella misura in cui ci si sposta nella direzione delle scienze morali: il sociologo francese critica, invalidandoli, quelli che sono definiti gli erronei postulati delle “metamoralità tradizionali”: l'orizzonte di queste ultime sarebbe circoscritto da un'ingenua giustapposizione di essere e dover-essere, o, in altri termini, di aspetti cognitivi e doveristici: proposizioni teoriche e vere e proprie norme, giudizi di valore e giudizi di realtà, si dedurrebbero impropriamente dall'erronea presupposizione metafisica di una natura umana identica e costitutiva di un'armoniosa totalità. Per Lévy-Bruhl, che, successivamente, ha fornito, nel corso della sua ricerca, importanti contributi in tema di mentalità primitiva²², che hanno informato tutto il dibattito antropologico novecentesco in materia, ogni metamorale si istituisce sulla base di un circolo vizioso, di una *petitio principii*, che tradurrebbe in senso normativo premesse teoretiche, in maniera epistemologicamente acritica, sovrapponendo e confondendo giudizi di valore e giudizi di realtà.

Per il sociologo francese, che su questo punto si dimostra pienamente concorde con la posizione fatta propria da Simmel nei suoi lavori introduttivi alla scien-

²¹ *Ivi*, pag. 6.

²² In questo senso, ci limitiamo a segnalare solo uno dei suoi contributi, che hanno avuto notevole risonanza nel dibattito etno-antropologico sulle società ‘primitive’: L. LÉVY BRUHL, *L'âme primitive* (1927), trad. it., *L'anima primitiva*, con Prefazione di E. DE MARTINO, Bollati Boringhieri, Torino, 1949.

za sociale, in definitiva: «Ainsi, de quelque façon qu'elle s'y prenne, la spéculation philosophique échoue nécessairement dans son effort, si souvent renouvelé, pour constituer une 'science théorique' de la morale. Cette science devrait être à la fois théorique et normative, c'est-à-dire satisfaire en même temps à deux exigences incompatibles, si elles sont simultanées. Et, comme ces deux exigences la seconde est la plus impérieuse, comme il faut avant tout que la morale formule les règles fondamentales de la conduite, c'est la première qui est sacrifiée. La prétendue science morale n'est théorique que de nom, ou par emprunt»²³.

Sulla scorta di tale impianto critico, Lévy-Bruhl dispone l'eliminazione di quella che egli stesso definisce morale teoretica, e lo fa a favore di un approccio scientificamente informato ma pur sempre tecnico, come può esserlo quello proprio della scienza dei costumi (*science des mœurs*) o della sociologia della morale (*sociologie de la morale*): si tratta di uno dei possibili esiti della presa d'atto critica dell'impossibilità logica di un realismo di tipo metafisico all'interno della prospettiva intellettualistica caratterizzante il moderno, presa d'atto il cui iniziatore, nel campo delle scienze sociali, è stato proprio Comte.

Mutatis mutandis, tra le posizioni di Lévy-Bruhl e quelle di Gény in materia di scienza normativa vi è più di un punto in comune, con la differenza che, mentre per il primo, una volta situati sul terreno dell'immanenza, e quindi della pratica empirica, è possibile definire le linee di quella che egli stesso definisce *science des mœurs*, per il secondo, la giurisprudenza non solo non è una scienza in senso proprio, ma non può neanche essere considerata scientifica nel suo costituirsi sul piano pratico. Essa è pensata, piuttosto, in una forma vicina all'elaborazione tecnica, che però riposa sulla formalizzazione scientifica di alcuni nuclei di senso, intesi in senso doveristico, cioè estrapolati in quanto espressione normativa dal seno dell'essere sociale.

Per Gény: «Il n'en saurait être autrement pour le droit, bien que l'on affecte volontiers de le mettre à part et comme en dehors du champ d'application des méthodes scientifiques. Quels que soient les prétextes ou les ignorances, qui puissent expliquer ce dédain, il reste évident, pour ceux qui savent voir et juger, que le caractère, éminemment complexe, à la fois abstrait et vivant, encore incomplètement déterminé, d'ailleurs, de l'investigation juridique, requiert, pour sa pénétration et son affinement, un effort de prise de possession plus direct et plus réaliste que tout autre objet de recherches. Les travaux accumulés, persévérants,

²³ L. LÉVY-BRUHL, *La morale et la science des mœurs*, cit., pag. 21.

fouillés, des spécialistes, sont, donc, ici, fouillés, des spécialistes, sont, donc, ici, particulièrement indispensables»²⁴. All'evacuazione di ogni sostanza ontologica della giurisprudenza corrisponde la sua riduzione a tecnica, il cui compito sarà di adattare la sfera normativa ai *données* (dati) della vita sociale, che potremmo definire istanze doveristiche prodotte dall'essere sociale nel suo fluire dinamico e che non possono essere assimilati, a parere di chi scrive, ad una vera e propria scienza normativa, esprimendo, piuttosto, un'istanza che è solo auspicabile, ma non necessaria: quella di un relativo adeguamento della tecnica ai dati sociali, adeguamento in mancanza del quale i fatti tornano a 'vendicarsi', come nel caso del Codice²⁵, nei confronti di una tecnica giuridica incapace di rendere ragione delle trasformazioni sopravvenute nel contesto da regolare in senso normativo. Nella seconda fase del suo pensiero, oggetto qui del nostro interesse, e, dunque, in *Science et Technique*, GénY, rivolta e, al tempo stesso, completa il paradigma esplicativo della sua prima opera, nella quale aveva evidenziato i limiti del formalismo giuridico e della scienza del diritto nel suo orientamento tradizionale, prodotto dall'incrocio tra la c.d. Scuola dell'Esegesi e lo Storicismo giuridico.

La questione del 'dato' nel diritto (*donné*) segue temporalmente il lavoro sul metodo, ma precede teoricamente un'indagine critica sui presupposti positivistici della legge. Come anticipato poco sopra, il richiamo ai 'dati' (*données*) assume un valore primario: in questa prospettiva, GénY stabilisce la differenza tra gli ambiti del 'dato' e del 'costruito' nel diritto, distinzione che egli associa da un lato alla "libera ricerca", dall'altro alla "tecnica giuridica". È in questo senso che il giurista persegue il fine di fondare con rigore la "libera ricerca scientifica" per sottrarla alle tentazioni soggettivistiche, così come al protagonismo estetizzante degli esponenti della *Freirechtsschule*. Si può così affermare che la "libera ricerca scientifica" (*libre recherche scientifique*) costituisca una reazione all'immobilismo della legge e un completamento di quelle tecniche di interpretazione che fissavano in uno schematismo rigido e atemporale la dialettica mobile e pluralisticamente connotata della società.

GénY, considerando il diritto afferente alla dimensione della tecnica, oppone alle procedure meccaniche d'interpretazione e di adattamento dei precetti giu-

²⁴ F. GÉNY, *Science et Technique en droit privé positif*, vol. I, *Introduction, Première Partie, Position actuelle du problème du droit positif. Éléments de sa solution*, cit., pagg. 8-9.

²⁵ Si allude qui all'importante saggio di G. MORIN, *La révolte des faits contre le Code*, Bernard Grasset, Paris, 1930.

dici alla realtà sociale la “libera ricerca scientifica” (*libre recherche scientifique*). Circoscrivendo quelli che sono considerati gli irriducibili ‘*données*’ di un diritto definito naturale perché basico, sottostante e preesistente al diritto positivo, Gény rende possibile l’opera di riempimento degli inevitabili vuoti del diritto legislativo, di quelle ‘lacune’ del diritto positivo, il cui senso è soprattutto quello del lavoro di costatazione e di formalizzazione di realtà preesistenti. Nonostante gli sforzi profusi, la *pars destruens* del discorso del *doyen* non è produttiva di una teoria realmente orientata nel senso del pluralismo giuridico: sembra lecito, a questo punto, chiedersi se, in altri termini, il giurista francese non individua delle fonti di diritto realmente in grado di iscrivere la produzione normativa statale in una dialettica allargata, sia imputabile al fatto che la sua attenzione è rivolta ad un superamento del diritto positivo formale nella direzione di un recupero, seppure critico, del giusnaturalismo.

Come sostiene correttamente Lambert²⁶, il lavoro teorico del giurista transalpino va più nella direzione di limitare in senso giuspositivistico l’opera di interpretazione ed applicazione del diritto che di allargare le maglie del diritto positivo, aprendo a fonti di produzione extra-statali: in un certo senso per l’autore di *Science et Technique*, l’insieme delle tecniche interpretative che legittimano il predominio dello Stato si rivelano un ostacolo all’applicazione fedele del dettato legislativo. Nella sua prospettiva, il formalismo, pragmaticamente inteso a partire dal suo uso, impiegato al di fuori dei propri limiti costitutivi, elevato, dunque, da prospettiva metodologica ad ontologia definitiva, non servirebbe realmente la causa del positivismo giuridico.

Procedendo in questo senso, la critica del *doyen* di Nancy al “feticismo della legge” procede più nella direzione della riabilitazione del diritto naturale, che non in quella della definizione di fonti positive, realmente sottratte al predominio della legge come fonte di produzione del diritto: in quest’ottica, i quattro *données* (reale, storico, razionale, ideale), rinvenuti e ritenuti presenti nella dinamica normativa, sono considerati elementi di fatto o di ragione, o, talvolta, un misto di entrambi, elevati a dignità doveristica. Si tratterebbe di elementi in parte

²⁶ Assolutamente condivisibile, sul punto, il punto di vista E. LAMBERT, per il quale la tensione teorica di Gény è tutta orientata (*La fonction du droit civil comparé*, V. Giard & E. Brière, Paris, 1903, pag. 119): «[...] par la préoccupation de faire reconnaître le droit à l’existence d’autres sources formelles (que la loi), mais bien plutôt par le désir de restreindre la productivité des sources du droit positif, pour élargir d’autant le champ laissé à l’action de la libre recherche scientifique et par son intermédiaire au droit naturel».

positivi, in parte extra-positivi, estranei dunque alla dinamica del diritto formalmente inteso, di natura talvolta ideale, talora determinabile attraverso l'indagine sociologica: tutto lo sforzo di François GénY va nella direzione di evidenziare la solo precaria instabilità tra la rigidità delle formule giuridiche, che sono fisse, e il mobile fluire della vita sociale, instabilità che genera una tensione che solo l'attribuzione di una funzione discrezionale a carico del giudice può risolvere. È sotto questa forma che fa capolino quell'"irriducibile diritto naturale"²⁷ di cui si è detto sopra e che, nell'analisi del giusprivatista francese, è esso stesso un esito dei processi storici di positivizzazione del diritto.

Per quanto poi lo stesso GénY sia alquanto restio a costituire il potere giurisprudenziale in posizione antagonista di quello legislativo, con la riproposizione critica del diritto naturale, quella che si profila è un'importante distinzione, tutta interna all'ordinamento concreto. Da un lato, ci sono regole di diritto la cui forza obbligatoria deriverebbe, secondo un'espressione dello stesso giurista, da *procédures techniques de constatation*, di natura prevalentemente formale, dall'altro, regole la cui forza obbligatoria deriverebbe, invece, dall'attuazione di norme, anche in assenza di mediazione, espresse dai precitati *données*. La giurisprudenza, GénY è esplicito su questo punto, non può abbandonare le istanze razionalistiche che ne presiedono la costituzione, né può, conseguentemente, abbandonarsi al vitalismo o alla credenza che il metodo sia, pragmatisticamente, questione di *pouvoir* più che non di *savoir*. Ciò che l'impianto razionalistico deve regolare, nell'ambito di un progetto scientificamente meno ambizioso, è solo ed esclusivamente l'elaborazione tecnica del diritto; in questo senso: «Nous disons seulement que, l'homme possédant, en lui-même, des facultés capables de pénétrer, par certain côtes, l'énigme du monde et d'en diriger le mouvement dans un sens plus conforme à sa destinée, tout lui commande d'user au mieux de tous ses moyens, sans méconnaître la puissance des chose qui les dominant, mais, au contraire, en employant sa raison et sa volonté à y ajuster son activité propre»²⁸.

Se l'autorità sulla quale le regole di diritto si fondano, è sempre e comunque la stessa, diverse sono le sue modalità di constatazione, al punto che si può parlare di una progressiva differenziazione tra un *droit positif formel* e un *droit positif*

²⁷ Ad un "irriducibile diritto naturale" allude, sin dal titolo, uno dei pochi contributi dedicati in Italia al giusprivatista francese: V. PETRUCCI, *François GénY "L'irriducibile diritto naturale"*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1995.

²⁸ F. GÉNY, *Science et Technique en droit privé positif*, cit., vol. I, pagg. 14-15.

intuitif: questa distinzione, tutta interna al diritto positivo, ne richiama un'altra, che la determina a monte, quella tra fonti primarie (*droit positif formel*) e fonti secondarie (*droit positif intuitif*), essendo le prime fonti sulla cui autorità trova fondamento di legittimità, in ultima istanza, l'ordinamento giuridico, mentre le seconde, avrebbero semplicemente la veste di modalità tecniche di formalizzazione, che, per l'appunto, devono situarsi su un piano tecnico e metodologico, restando subordinate alle prime, la cui area è quella di una 'scienza'. In un certo senso, dunque, tutto lo sforzo di Géný può essere semplificato nel senso della presupposizione di vere e proprie fonti primarie (*sources primaires*), constatabili secondo diverse modalità, più o meno caratterizzate per la loro mediazione tecnica. A queste "fonti primarie" può essere ricondotta la formalizzazione relativa ai *données*, opposti agli elementi concettuali, tecnicamente costruiti comunque in funzione dei 'dati': è in questo senso che, nonostante le peculiarità metodologiche, che ne fanno un realista giuridico, la teoria di Géný appartiene pienamente a quell'oggettivismo il cui esito, a sua volta, è nella teoria dell'istituzione.

Per Duguit e Hauriou, esponenti dell'oggettivismo giuridico al pari di Géný, infatti, nonostante, lo ripetiamo, tutte le differenze di metodo, il problema è quello della definizione di fonti primarie (la solidarietà per il primo, le istituzioni per il secondo), ossia di "fatti normativi" (*faits normatifs*) al limite tra sfera fattuale e sfera normativa, tali da costituire una base per la formalizzazione successiva del diritto positivo propriamente detto, nella modalità del diritto positivo formale (*droit positif formel*) o di quello intuitivo (*droit positif intuitif*).

«La technique juridique représente dans l'ensemble du droit positif, la forme opposée à la matière, et cette forme reste essentiellement une construction largement artificielle du donné, œuvre d'action plus que d'intelligence, où la volonté du juriste peut se mouvoir librement, dirigée seulement par le but prédéterminé de l'organisation juridique qui suggère les moyens de sa propre réalisation»²⁹: impostato il discorso in questi termini, posta dunque la distinzione tra dato (*donné*) e costruito (*construit*) nella vita del diritto, cui specularmente corrisponderebbero gli ambiti teoretici della scienza (*Science*) e della tecnica (*Technique*), quella che rileva è la considerazione in virtù della quale la tecnica, momento formalmente istituito, che deve configurarsi sempre alla stregua di un metodo, costruisce in maniera artificiale i dati (*données*), l'elaborazione dei quali è, in un certo senso, prodotto di una costruzione in qualche modo pratica, nonché esito volontaristi-

²⁹ *Ivi*, vol. III, pag. 23.

co, come ben esemplificato dalla citazione precedente, dell'azione del legislatore.

Al tempo stesso, sarebbe un errore credere che per il giusprivatista francese l'intelletto debba cedere il passo di fronte ad un'edificazione volontaristica del fenomeno normativo: il suo sforzo, piuttosto, va nella direzione di evidenziare la misura dello scarto che si dà tra quelli che sono i concetti artificiali propri della tecnica giuridica e l'ambito realmente irriducibile dell'ordinamento giuridico, oggetto esclusivo della "scienza del diritto".

Ad ulteriore conferma di ciò, vi è il fatto che, tra i dati (*données*), quelli razionali (*rationnelles*) e quelli ideali (*idéales*) sono considerati alla stregua di veri e propri elementi fondamentali, approcciabili e a loro volta formalizzabili solo intellettualmente.

Nell'ambito della polemica che vede su versanti contrapposti pragmatismo e realismo, nell'ambito della quale Durkheim³⁰ e Duguit³¹ si sentono investiti dell'onere di fronteggiare il combinato disposto delle teorie, allora molto in voga, di James e di Bergson, la posizione di Géný si configura in una maniera che è duplice. Se da un lato è anti-pragmatista, perché le radici e la legittimazione della tecnica affondano, in ultima analisi, nell'ambito dati (*données*), propri della scienza, dall'altro, la traduzione tecnica di questi ultimi non è realista, bensì finzionistica, ispirata a criteri che non si esiterebbe a definire artificiali, il che può farne un alleato del pragmatismo stesso. Il combinato disposto di queste due posizioni conduce Géný a teorizzare una vera e propria opposizione tra quello che potremmo definire il *logos* del diritto e l'insieme di concezioni che, da artificiali e variabili quali sono, tendono a configurarsi alla stregua di dogmi nel pensiero giuridico: in questo senso, il compito di una filosofia del diritto epistemologicamente avvertita è quello di operare un costante svuotamento sostanzialistico della scienza del diritto, che, in questo modo, viene riportata al suo versante di applicazione tecnica.

Lo sforzo di Géný, per più di un verso mirabile, va proprio nella direzione di mostrare che ciò che normalmente si definisce logica giuridica non è altro se non il prodotto dell'assolutizzazione di categorie nate in un determinato contesto storico e sociale ed elevate al rango di dogmi assoluti: primo tra questi, quel primato

³⁰ Cfr. É. DURKHEIM, *Sociologie et pragmatisme. Cours inédit prononcé à La Sorbonne en 1913-1914 et restitué par Armand Cuvillier d'après des notes d'étudiants*, Vrin, Paris, 1955.

³¹ Per una ricostruzione complessiva delle correnti pragmatiste e della loro influenza sulla scienza del diritto e sulla teoria di Géný, cfr. L. DUGUIT, *Le pragmatisme juridique*, a cura e con una *Présentation* di S. Gilbert, L'Harmattan, Paris, 2008.

assiologico del diritto romano, astratto dalle condizioni che lo hanno prodotto e a cui rispondeva, e considerato dallo storicismo la matrice razionale, la quintessenza logica del diritto in quanto tale. In molti, sensi, dunque, l'opera del giurista transalpino si collega a quelle correnti fenomenologiche che guardano, da un lato, alle modalità pre-logiche di costituzione del giudizio logico, e che, dall'altro, non cessano di insistere sull'«*instabilité de la raison se renouvelant sans cesse*», e, quindi sulla continua temporalizzazione delle entità oggetto dell'attenzione dell'attività astrattiva, su cui tanto hanno insistito, tra gli altri, Léon Brunschvicg e Max Scheler. Con questo, la scienza giuridica ottocentesca, nella modalità in cui si era andata costituendo nel corso dell'800, e cioè attraverso il lavoro congiunto della Scuola dell'esegesi e dello Storicismo giuridico – lavoro oggetto della possente e per certi versi grandiosa critica di Gény nella prima delle sue due grandi opere, *Méthode et Sources en droit privé positif* – viene riportata sul più umile binario della semplice tecnica, il cui compito è, in definitiva, solo quello di rendere possibile la costatazione di elementi basilari, attività che, orientata teleologicamente nella direzione dell'assolvimento di bisogni di natura sociale, non ha in sé le sue ragioni. Così: «Ravaler la loi à la fonction de simple moyen technique, n'est-ce pas la découronner et la rabaisser, par là-même, la priver de son prestige fécond? Je déclare tout d'abord que je ne recule pas devant cette conséquence, que même je m'en réjouis, comme d'un résultat désirable; elle seule exprime, en dépit des préjugés courants, le rôle vrai que mérite la loi dans l'ensemble de l'interprétation juridique»³². In definitiva, nella prospettiva propria di Gény, che per molti versi apre alla riflessione fenomenologica in filosofia del diritto ed anticipa molte problematiche dell'istituzionalismo in ambito più propriamente giuridico, l'autorità delle fonti formali, evacuata della sua pretesa sostanzialistica, è considerata solo di riflesso rispetto ai dati (*données*), la cui ragion d'essere sussiste, semplicemente, nella misura, a tutti gli effetti verificabile, in cui i procedimenti di formalizzazione risultino adeguati ai *desiderata* della realtà sociale.

³² F. GÉNY, *Science et Technique*, cit., III vol., pag. 84.

Perché non possiamo non dirci eurocentrici: una nota sull'approccio alla *World History* della Scuola di Cambridge

TEODORO TAGLIAFERRI

*One of the chief sources of the international revival of world history, which has been going on for about thirty years, must certainly be seen in the reconceptualization in a polycentric key that has invested, in the same period, the field of studies dealing with "The Expansion of Europe". Focusing first on the founding fathers of the Cambridge School of imperial history – John Gallagher and Ronald Robinson –, then on the innovative work of their today's heirs, this essay outlines a synthetic profile of this historiographical and academical tradition. It aims to show how the most recent developments of the expansionist paradigm, as represented by John Darwin's book *After Tamerlane* (2007), can provide a way out from the false alternative in which present debates about the role of Europe in the history of the modern and contemporary world often risk to become entangled – i.e. the polemical demand of "provincializing Europe" and the uncritical re-proposal, in reaction to the radical assault against Eurocentrism, of a European centrality which is undoubtedly in need of a profound rethinking.*

Global History, Eurocentrism, Postcolonialism, Eurasian Polycentrism, Common Past and Experience

«Mentre prima nelle rappresentazioni storiche generali l'Europa occupava un posto centrale, ora si parla soprattutto di *World History*. Il ruolo del Vecchio Continente viene ridotto drasticamente, contro ogni evidenza storica. E all'Europa vengono imputate solo colpe, ad esempio il colonialismo, senza tener conto della parte complessiva dell'Europa nella storia del mondo».

Giuseppe Galasso, «Il Corriere del Mezzogiorno», 23 settembre 2017.

1. *Oltre l'eurocentrismo: il primo passo*

Una delle sorgenti da cui ha tratto feconda ispirazione la reviviscenza internazionale della *World History* in corso da circa un trentennio va scorta di sicuro nella riconcettualizzazione in chiave policentrica che ha investito, nel medesimo

periodo, il campo degli studi relativi a «The Expansion of Europe»¹. L'espressione inglese si riferisce all'oggetto d'indagine privilegiato di una ben definita tradizione scientifica e accademica, prevalentemente britannica e panbritannica, ma con cospicue diramazioni negli Stati Uniti e nei Paesi Bassi, nella quale si sono formati esponenti paradigmatici della nuova storia globale quali Christopher Bayly e John Darwin, il cui grande libro su ascesa e caduta degli imperi globali dal Quattrocento al dopo Guerra Fredda avrebbe meritato almeno una frazione della fortuna arrisa in Italia a *The Birth of the Modern World* di Bayly². A rendere di particolare utilità e urgenza poter disporre di un profilo sintetico della genesi e dello sviluppo di tale tradizione contribuisce la circostanza che nelle opere dei suoi migliori eredi odierni si delinea un'ipotesi metodologica idonea a sottrarre il dibattito post-eurocentrico intorno al ruolo dell'Europa nella storia del mondo moderno e contemporaneo alla falsa alternativa, in cui esso, specie in Italia, rischia di rimanere impigliato, tra l'estremizzazione polemica della fondata esigenza di «provincializzare l'Europa», avanzata dallo storico post-coloniale e subalternista indiano Dipesh Chakrabarty, e l'acritica riproposizione, in risposta all'attacco radicale contro l'eurocentrismo storiografico, di una centralità europea senza dubbio bisognosa di essere profondamente ripensata³.

Ricalcato con ogni evidenza sulla locuzione «The Expansion of England», titolo delle celebri lezioni tenute a Cambridge agli inizi degli anni Ottanta dell'Ottocento dal padre fondatore della storiografia imperiale britannica, John Seeley⁴,

¹ Sulle premesse teoriche ed etico-politiche del rinnovamento della *World History* nel trascorso trentennio, T. TAGLIAFERRI, *Christopher Bayly e «the return of universal history»*, in T. TAGLIAFERRI, *La persistenza della storia universale. Studi sulla professione di storico*, Bordeaux, Roma, 2017, pagg. 13-72.

² C. A. BAYLY, *The Birth of the Modern World, 1780-1914: Global Connections and Comparisons*, Blackwell, Oxford, 2003, trad. it. di M. Marchetti e S. Mobiglia, Einaudi, Torino, 2007. J. DARWIN, *After Tamerlane. The Rise and Fall of Global Empires, 1400-2000*, Allen Lane, London, 2007.

³ Cfr. D. CHAKRABARTY, *Provincializing Europe. Postcolonial Thought and Historical Difference*, Princeton University Press, Princeton, 2000 (trad. it. di M. Bortolini, Roma, Meltemi, 2004), e, per un esempio recente di eurocentrismo storiografico, J. B. HIRST, *Breve storia d'Europa. Le origini, gli eventi e i personaggi*, trad. it. di R. SERÙ, Bompiani, Milano, 2017 (ed. or. *The Shortest History of Europe*, Black, Collingwood, 2012), che in copertina promette di somministrare al lettore «un distillato essenziale di fatti e personaggi del Vecchio Continente e di come abbiano determinato le sorti dell'umanità intera». Sull'intera problematica è da vedere A. STANZIANI, *Eurocentrism and the Politics of Global History*, Palgrave MacMillan, London, 1883.

⁴ J. R. SEELEY, *The Expansion of England. Two Courses of Lectures*, London, Macmillan, 1883

«The Expansion of Europe» è il nome di un prestigioso e longevo *paper* d'esame istituito dalla medesima Università nel 1945. Sul finire degli anni Settanta l'esame fu sdoppiato in una prima parte, che conservò la vecchia denominazione di «The Expansion of Europe», e una seconda parte dedicata al periodo posteriore al 1918, intitolata «The West and the Third World», ma popolarmente nota come «The West and the Rest». La prima parte è altresì la progenitrice diretta dell'attuale Paper Twenty One dello *Historical Tripos*⁵ – *Empires in World History* –, che corrisponde in realtà all'esame di *World History* vertente sul periodo compreso tra la colonizzazione iberica del Nuovo Mondo e la Grande Guerra⁶.

Secondo il programma originario approvato dal Consiglio della Facoltà di Storia nell'aprile del 1945 (poche settimane prima della fine della guerra mondiale in Europa), i corsi relativi all'espansione avrebbero trattato «a grandi linee dei contatti avuti dai principali paesi europei – Russia compresa – con il resto del mondo dal 1400 in poi». La materia dell'insegnamento si trova descritta in un elenco degli argomenti pubblicato in *The Student's Handbook to the University and Colleges of Cambridge* per il 1947: «i viaggi di esplorazione; i pertinenti movimenti missionari, umanitari e politici; lo sviluppo dei traffici e degli investimenti transoceanici; le reazioni dei paesi extraeuropei all'influenza europea, ivi compresi gli effetti dell'apertura dei mercati internazionali sull'economia contadina e l'industrializzazione dei territori coloniali; la fondazione degli imperi coloniali e le caratteristiche generali della politica imperiale dei principali paesi europei; i problemi riguardanti l'autogoverno delle popolazioni native; le relazioni internazionali afferenti alla sfera coloniale, e la correlativa storia militare e navale»⁷.

(trad. it. di G. Falco, Laterza, Bari, 1928); T. TAGLIAFERRI, Greater Britain, *Stati Uniti, India nella visione imperiale di John R. Seeley*, in T. TAGLIAFERRI, *La nazione, le colonie, il mondo. Saggi sulla cultura imperiale britannica (1861-1947)*, Edizioni di Storia e Letteratura, Roma, 2018, pagg. 51-147.

⁵ La serie di esami scritti che debbono essere superati per conseguire il baccalaureato in Storia a Cambridge.

⁶ R. HYAM, *The Study of Imperial and Commonwealth History at Cambridge, 1881-1981: Founding Fathers and Pioneer Research Students*, in «Journal of Imperial and Commonwealth History», XXIX (2001), 3, pagg. 75-103, poi in R. HYAM, *Understanding the British Empire*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pagg. 479, 486.

⁷ *The Student's Handbook to the University and Colleges of Cambridge*, supplement for 1946-47, University Press, Cambridge, 1947, pag. 99; *Statutes of the University of Cambridge and Passages from Acts of Parliament relating to the University; Ordinances of the University of Cambridge, to 1 October 1952*, Cambridge University Press, Cambridge, pag. 206.

Nel decennio successivo, con il varo di uno specifico Seminario di storia dell'espansione europea, anche l'organizzazione della ricerca si sarebbe formalmente adeguata all'introduzione di questa rimarchevole innovazione didattica⁸. Ma per intenderne davvero appieno la rilevanza e le implicazioni storiografiche di notevole portata occorre soffermarsi sulle motivazioni addotte dai suoi fautori e sugli atteggiamenti intellettuali degli artefici del suo riuscito attecchimento. Tra questi ultimi un posto di primo piano spetta di certo ai giovani John Gallagher e Ronald Robinson, gli eminenti storici revisionisti dell'imperialismo britannico, che a partire dal 1953 (lo stesso anno della pubblicazione sulla «*Economic History Review*» del loro influentissimo articolo a quattro mani su *The Imperialism of Free Trade*), e per circa un trentennio, svolgono per buona parte, simultaneamente o a turno, i due corsi propedeutici sui lineamenti fondamentali dell'espansione europea prima e dopo il 1850, ossia le lezioni dedicate alla presentazione sintetica del fenomeno e al suo inquadramento macrostorico⁹.

A detta dei suoi propugnatori, l'esigenza di introdurre lo studio sistematico dell'espansione europea a Cambridge scaturiva dalla palese incapacità della storia coloniale e imperiale che vi veniva insegnata, a causa della sua eccessiva concentrazione sullo «imperial factor», di fornire risposte soddisfacenti agli interrogativi sollevati dagli epocali cambiamenti in corso nella «posizione dell'Europa in Africa e in Asia» di cui tanti allievi e giovani docenti e ricercatori avevano potuto fare di recente personale esperienza prestando servizio nelle forze armate sui diversi fronti extraeuropei del conflitto mondiale¹⁰. Oltre a rispondere a un'esigenza di relativizzazione e demitizzazione del caso britannico, l'adozione della categoria più ampia di «espansione europea» era intesa a porre rimedio a una concezione ristretta della storia coloniale ancora per lo più focalizzata in maniera pressoché esclusiva sul vittorioso protagonismo degli attori europei, e sul cui palcoscenico

⁸ Anche il «Seminar in Commonwealth and European Expansion» creato da Nicholas Mansergh nel 1958 è ritenuto da Hyam «il precursore dell'odierno World History's Seminar» (*The Study of Imperial and Commonwealth History at Cambridge*, cit., pag. 487).

⁹ *Ivi*, pag. 483. Cfr. P. DI GREGORIO, «Il più grande impero che il mondo abbia mai conosciuto»: alle origini del revisionismo sull'imperialismo britannico, in «*Storica*», XIV (2008), 41-42, pagg. 89-122.

¹⁰ J. W. DAVIDSON, *The Study of Pacific History, An Inaugural Lecture Delivered at Camberra on 25 November 1954*, The Australian National University, Camberra, 1955, pag. 7, 9; HYAM, *The Study of Imperial and Commonwealth History at Cambridge*, cit., pag. 482.

«solo di rado indiani e africani costituivano qualcosa di più di uno sfondo nella rappresentazione delle gesta di colonizzatori, missionari e commercianti»¹¹. Lo scopo principale che l'introduzione del nuovo *paper* si prefiggeva era dunque di allargare il contesto analitico dei processi di *empire-building* e dei differenti tipi di presenza, iniziativa e influenza europei nel mondo facendovi rientrare l'apporto di forze non europee riconosciute ora in grado di interagire dinamicamente con essi e di condizionarne il dispiegamento e gli esiti.

Un'esemplificazione storiografica piuttosto nota di tale approccio, e delle sue vaste ricadute metodologiche, è offerta dalla dibattutissima teoria dell'imperialismo avanzata da Gallagher e Robinson. Un suo tassello essenziale è la vigorosa enfasi posta sulle «fondamenta non europee dell'imperialismo europeo», ovvero sulla dipendenza costante del colonialismo e dell'espansione britannica ed europea, anche all'apice del cosiddetto «trionfo [...] del predominio europeo» nei decenni finali del lungo Ottocento, da una moltitudine di forme di «collaborazione», e dunque di compromesso e di negoziazione, attivamente coinvolgente i non europei, sia pure in una collocazione subordinata¹². Come ha messo in rilievo la ricerca influenzata dalla Scuola di Cambridge, la necessità imperativa di renderne partecipi strati delle élites e delle società autoctone conferì al governo o al controllo coloniale la fisionomia di «un'impresa multiculturale»¹³. Essa offre dunque una spiegazione plausibile del perché le rappresentazioni dell'Altro non europeo rinvenibili nella retorica di legittimazione ufficiale dell'autorità imperiale elaborate nella Metropoli europea, smentendo in parte le tesi di Edward Said, si astengano di norma, almeno nel caso britannico, dal ricorrere agli stereotipi denigratori del differenzialismo culturale, del razzismo biologico o del «fardello dell'uomo bianco». La consapevolezza del carattere interattivo della relazione di potere coloniale si rivela così condizione imprescindibile per una trattazione criticamente avvertita, non ideologica, del

¹¹ C. A. BAYLY, *What is Third World History?*, in *What is History Today...?*, edited by J. Gardiner, Macmillan, Basingstoke, 1988, pag. 158.

¹² R. E. ROBINSON, *Non-European Foundations of European Imperialism: Sketch for a Theory of Collaboration*, in *Studies in the Theory of Imperialism*, edited by R. Owen and B. Sutcliffe, Longman, London, pagg. 117-142, trad. it. di S. Calamandrei e F. Grillenzoni, *Studi sulla teoria dell'imperialismo: dall'analisi marxista alle questioni dell'imperialismo contemporaneo*, Einaudi, Torino, 1977, pagg. 137-169; P. VILLANI, *Trionfo e crollo del predominio europeo. XIX/XX secolo*, il Mulino, Bologna, 1983.

¹³ L. COLLEY, *Captives. Britain, Empire and the World, 1600-1850*, Cape, London, 2002, trad. it. di A. Fabbri, Einaudi, Torino, 2004, pag. 399.

tema della cultura dell'imperialismo, salito al vertice dell'agenda degli studi europei nell'ultima generazione¹⁴.

La propensione a connettere organicamente entro una medesima cornice interpretativa le dinamiche in svolgimento negli scenari europei e non europei dell'espansione, che si riscontra nei maggiori esponenti della tradizione cantabrigense, lascia tralucere un secondo aspetto qualificante del paradigma degli «Expansion studies»¹⁵, che consiste nella sua ambizione sinottica. È altamente probabile, beninteso, che il richiamo esercitato dalla neonata disciplina nel secondo dopoguerra riflettesse in buona misura il crescente interesse per la conoscenza dei mondi extraeuropei, che essa forniva una delle rare opportunità di coltivare nell'università inglese di allora, e dunque i prodromi di un *trend* che dalla metà degli anni Sessanta sarebbe proseguito manifestandosi nella forma più congeniale dello sviluppo degli *area studies*¹⁶. Rimane però vero che la specifica finalità istituzionale per la quale l'esame di storia dell'espansione europea era stato concepito, e sarebbe stato mantenuto in vita fino alla esplicita trasmutazione odierna in un corso di *World History*, era quello di delineare il più largo orizzonte storico-universale e comparativo all'interno del quale avrebbero dovuto trovare posto gli approfondimenti didattici e scientifici relativi a singole regioni extraeuropee e alla storia dell'Impero e del *Commonwealth* britannici¹⁷.

Al cuore dell'idea di «universal history» che informava di sé il pensiero degli storici di Cambridge nel secondo dopoguerra è facile scorgere una perdurante tendenza, di matrice vittoriana e ripresentatasi in veste aggiornata, in anni più vicini, negli scritti di Arnold Toynbee, a immaginare l'espansione europea come un fenomeno intrinsecamente unitario e a identificarla in pari tempo come il vettore di un processo di «unificazione del mondo» giunto, nell'epoca contemporanea, alla fase critica del suo compimento¹⁸. Anche per Gallagher e Robinson,

¹⁴ T. TAGLIAFERRI, *La cultura metropolitana e il mito di legittimazione dell'Impero britannico (1858-1947). Saggio d'interpretazione*, Giannini, Napoli, 2015.

¹⁵ HYAM, *The Study of Imperial and Commonwealth History at Cambridge*, cit., pag. 498, nota 19.

¹⁶ *Ivi*, pagg. 473, 485, 495.

¹⁷ TAGLIAFERRI, *Christopher Bayly*, cit., pagg. 34-35.

¹⁸ A. J. TOYNBEE, *The Unification of the World and the Change in Historical Perspective*, The Creighton Lecture in History for 1947-1948, delivered at the University of London, 17 November 1947, in «History», new series, XXXIII (1948), 1-2, pagg. 1-28, poi in A. J. TOYNBEE, *Civilization on Trial*, Oxford University Press, London, 1948, pagg. 62-93 (trad. it. di G. Paganelli e A. Pandolfi, Bompiani, Milano, 1983, pagg. 87-140); T. TAGLIAFERRI, *Storia ecumenica. Materiali per lo studio dell'opera di Toynbee*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2002; TAGLIAFERRI,

infatti, la «multiforme» entità «che si espande», sospinta dalle «energie espansive dell'Europa» e in particolare della società industriale britannica, e richiedendo il ricorso alla categoria di «espansione» appunto perché irriducibile alla dimensione dell'imperialismo politico, è propriamente la «Western civilization»; e le varie dimensioni della sua espansione, «irradiazioni» in forme diverse delle stesse «energie sociali», costituiscono «parti» «interrelate» di un «intero», di una «totalità» entro la quale l'imperialismo europeo, informale o formale a seconda delle variabili condizioni delle aree extraeuropee in cui il moto civilizzatore s'imbatte, adempie la «funzione politica» di «integrare nuove regioni» quando a tale scopo – come peraltro non è inevitabile che sempre accada – se ne richieda l'ausilio¹⁹.

Preso nel suo slancio olistico, la Scuola di Cambridge concepisce altresì le manifestazioni temporali dell'espansione come momenti di una vicenda plurisecolare che abbraccia insieme età moderna ed età contemporanea ed esige un'appropriata periodizzazione interna; le sue ubiquie manifestazioni spaziali – materiali o immateriali che siano –, come ramificazioni di «un singolo grande movimento»

Christopher Bayly, cit. William McNeill ha argomentato che, se Toynbee non avesse declinato l'offerta venutagli nel 1947 dal governo laburista e dall'Università di Cambridge di succedere a George N. Clark nel prestigioso e influente incarico di Regius Professor of Modern History, la tradizione delle *Cambridge Histories* inaugurata da Lord Acton si sarebbe potuta arricchire di «a new and genuinely ecumenical history of the world» (W. H. McNEILL, *Arnold J. Toynbee. A Life*, Oxford University Press, Oxford, 1989, pagg. 209 e 324, nota 8). È da notare altresì l'impatto esercitato sull'istituzionalizzazione dello studio dell'espansione europea dalla *Survey of British Commonwealth Affairs* di W. Keith Hancock, pubblicata in due volumi tra il 1937 e il 1942 e sensibilmente influenzata dal confronto del suo autore con le idee di Toynbee (R. E. ROBINSON, *Oxford in Imperial Historiography*, in *Oxford and the Idea of Commonwealth. Essays Presented to Sir Edgar Williams*, edited by F. Madden and D. K. Fieldhouse, Croom Helm, London, 1982, pag. 42; HYAM, *The Study of Imperial and Commonwealth History at Cambridge*, cit., pagg. 478, 479, 483, 498, nota 24; J. DAVIDSON, *A Three-Cornered Life. The Historian WK Hancock*, University of New South Wales Press, Sydney, 2010, pagg. 148-185).

¹⁹ J. GALLAGHER, R. ROBINSON, *The Imperialism of Free Trade*, in «The Economic History Review», new series, VI (1953), 1, pagg. 1-15, poi in J. GALLAGHER, *The Decline, Revival and Fall of the British Empire*, edited by A. Seal, Cambridge University Press, Cambridge, 1982, pp. 6, 7, 8; J. GALLAGHER, R. E. ROBINSON, *The Partition of Africa*, in *The New Cambridge Modern History*, vol. XI, edited by F. H. Hinsley, Cambridge, Cambridge University Press, 1962, pagg. 593-640 (trad. it. in *Storia del mondo moderno*, vol. XI, Garzanti, Milano, 1970, pagg. 745 e sgg.), poi in GALLAGHER, *The Decline, Revival and Fall*, cit. pag. 71; J. GALLAGHER, *The Decline, Revival and Fall of the British Empire* (The Ford Lectures 1974), *ivi*, pag. 75. Sulla concezione della *World History* invalsa tra gli storici economici e sociali britannici nel periodo tra le due guerre, cfr. T. TAGLIAFERRI, *La nuova storiografia britannica e lo sviluppo del welfarismo. Ricerche su R. H. Tawney*, Liguori, Napoli, 2000, pagg. 251-288.

geostorico²⁰; le sue subcorrenti nazionali, di cui l'espansione inglese non sarebbe che «l'ultima e la più ampia», come contribuenti a una comune opera storica «europea»²¹; i suoi poli di irradiazione europei e neo-europei e le sue zone di destinazione extraeuropee come articolazioni interne di un unico grande teatro, virtualmente ecumenico, di interazioni transregionali e transculturali. Un siffatto atteggiamento olistico, «onnicomprensivo»²², sembra essere stato particolarmente pronunciato in John Gallagher, mentore accademico sia di Bayly che di Darwin, nella cui personalità intellettuale esso coesiste peraltro, in rara combinazione, con un realismo storiografico che risente con ogni probabilità dell'influsso dell'empirismo elitista e della metodologia «anti-impressionistica» di Lewis Namier²³. Le testimonianze di alcuni allievi, tra cui lo stesso Darwin, che ha dichiarato di avere appreso da lui a considerare la storia mondiale «as a connected whole»²⁴, suggeriscono anzi che nel proprio magistero Gallagher si avvalsesse dell'approccio «globale» all'espansione europea per fare di quest'ultima l'asse ricostruttivo di una visione d'insieme della storia mondiale. Gallagher era solito infatti inaugurare il suo corso annuale sui lineamenti fondamentali dell'espansione avvertendo gli uditori che l'argomento lo avrebbe condotto in realtà a trattare dell'intero «gruppo di civiltà che si estende da Tokyo a Tipperary»²⁵.

Questo prezioso schiarimento circa il vero tema della storia dell'espansione delimita, conferendogli nello stesso tempo un rilievo del tutto privilegiato, uno spazio emisferico (cui la Scuola di Cambridge si mostra incerta se ascrivere o meno anche l'Africa subsahariana) nel quale, a differenza che nei “paesi giovani” dove l'Occidente si espanderebbe per «acquisizioni» omogeneizzanti promosse dalle società

²⁰ HYAM, *The Study of Imperial and Commonwealth History at Cambridge*, cit., pag. 481.

²¹ P. D. CURTIN, *The British Empire and Commonwealth in Recent Historiography*, in «The American Historical Review», LXV (1959), 1, pag. 73.

²² HYAM, *The Study of Imperial and Commonwealth History at Cambridge*, cit., pag. 483.

²³ A. SEAL, *Preface: John Andrew Gallagher, 1919-1980*, in GALLAGHER, *The Decline, Revival and Fall*, cit., p. XVIII; R. COBB, *Jack Gallagher in Oxford*, *ivi*, p. XXVI; T. TAGLIAFERRI, *Individui ed entità collettive: Sir Lewis Namier tra approccio tipologico e comprensione storica*, in *Il concetto di tipo tra Ottocento e Novecento. Letteratura, filosofia, scienze umane*, a cura di D. Conte ed E. Mazzarella, Liguori, Napoli, 2001, pagg. 297-332; M. GRIFFO, *Notabili e clienti di Allahabad fra '800 e '900*, in *Christopher A. Bayly. Dalla storia dell'Impero alla World History*, a cura di M. Griffio e T. Tagliaferri, in «Passato e Presente», XXXV (2017), 100, pagg. 99-103.

²⁴ DARWIN, *After Tamerlane*, cit., pag. XI.

²⁵ HYAM, *The Study of Imperial and Commonwealth History at Cambridge*, cit., pag. 483; R. HYAM, *The Oxford and Cambridge Imperial History Professoriate, 1919-1981: Robinson and Gallagher and Their Predecessors*, in *Understanding the British Empire*, cit., pag. 523.

coloniali neo-europee²⁶, i «contatti» che esso instaura con i mondi extraeuropei mostrano la particolare fisionomia di «contatti» tra «civiltà». Ma tale circostanza non rileva soltanto perché condiziona peculiarmente, in vari modi, la dinamica dell'espansione. Le «civiltà» euroasiatiche (o eurasiatiche) sono in definitiva le co-protagoniste di una storia comune, che se riceve la sua trama unitaria dall'espansione «occidentale», possiede un significato ulteriore, che consiste nel loro finale convergere e reciproco integrarsi nella contemporanea società mondiale²⁷.

A rendere del tutto espliciti i presupposti storico-universali del paradigma originario della storiografia dell'espansione europea sono stati del resto un paio di quei suoi cultori non britannici ai quali si è fatto cenno in precedenza. La definizione forse più compiuta del concetto postbellico di «Geschiedenis van de Europese Expansie» è stata avanzata da Henk Wesseling nel descrivere la missione istituzionale dell'omonimo Centro fondato presso l'Università di Leida nel 1974. Studiare l'espansione europea, secondo le parole dello storico olandese, equivaleva a concentrare la ricerca sull'intreccio di un triplice ordine di fenomeni: primo, «la storia degli incontri fra differenti sistemi di civiltà» generati dall'espansione; secondo, le relazioni di «reciproca influenza» stabilitesi tra tali civiltà; terzo, il loro «graduale sviluppo nella direzione di un singolo sistema di civiltà globale e universale»²⁸. Su un ulteriore tacito elemento-chiave del paradigma getta una luce assai vivida un'osservazione contenuta in un articolo del 1959 di Philip

²⁶ GALLAGHER, ROBINSON, *The Partition of Africa*, cit., pag. 71.

²⁷ In considerazione di questo privilegiamento del Vecchio Mondo, profondamente radicato nella metageografia dell'imperialismo britannico (T. TAGLIAFERRI, *Dalla Greater Britain alla World Society: Impero, internazionalismo e multiculturalismo nel discorso coloniale britannico tra l'Otto e il Novecento*, in TAGLIAFERRI, *La nazione, le colonie, il mondo*, cit., p. 153), la Scuola di Cambridge può essere giustamente tacciata di una certa proclività a sostituire all'eurocentrismo storiografico una forma di «Eurasian Centricism» (M. BERG, *Global History: Approaches and New Directions*, in *Writing the History of the Global. Challenges for the 21st Century*, edited by M. Berg, published for The British Academy by Oxford University Press, 2013, pag. 5), esplicitamente rivendicata del resto da John Darwin («the centre of gravity in modern world history lies in Eurasia – in the troubled, conflicted, connected and intimate relations of its great cultures and states, strung out in a line from the European “Far West” to the Asian “Far East”», *After Tamerlane*, cit., p. 19), che rischia di far passare troppo in secondo piano le interazioni dinamiche e le risultanti differenziazioni regionali interne all'«Estremo Occidente» su cui è tornato di recente a porre l'accento M. CARMAGNANI (*Le connessioni mondiali e l'Atlantico, 1450-1850*, Einaudi, Torino, 2018).

²⁸ *Expansion and Reaction. Essays on European Expansion and Reactions in Asia and Africa*, edited by H. L. Wesseling, Leiden University Press, Leiden, 1978, pag. 4. Cfr. H. L. WESSELING, *A Cape of Asia. Essays on European History*, Leiden University Press, Leiden, 2011.

Curtin, il grande storico della schiavitù atlantica voltosi poi anch'egli alla *World History*, che dalla metà degli anni Cinquanta aveva tenuto in varie università statunitensi un corso su «The Expansion of Europe» ribattezzato in seguito «The World and the West»²⁹. Secondo Curtin, l'assunto di base della nuova disciplina era che «l'impatto dell'Occidente» fosse stato «il fattore più importante» della storia «di ogni singolo paese» che l'avesse subito e dunque il «fattore unificante» del passato recente dell'intero mondo extraeuropeo. Focalizzandosi sull'«impatto dell'Europa» la storiografia dell'espansione avrebbe potuto insomma legittimamente aspirare a fornire una trattazione generale e «comparativa» della storia mondiale dotata d'intrinseca coerenza e organicità³⁰.

Pur concedendo ai non europei (o perlomeno ai non europei «civilizzati» dell'emisfero est) una capacità reale di interagire con l'Occidente, la concettualizzazione dell'espansione invalsa agli albori della decolonizzazione poggiava insomma su un'impalcatura teorica che manteneva confinata dentro limiti molto angusti la loro «agentività» – descritta per lo più in termini di reattività a una scossa esogena di mondi di per sé stagnanti –, lasciando largamente intatti antichi stereotipi e relegando ancora il passato anteriore al loro «incontro» con l'Occidente a una storicità qualitativamente diversa, se non antitetica, rispetto alla storicità europea³¹. La persistenza e la pervasività di tali stereotipi non andrebbe dimenticata quando, davanti agli eccessi opposti di cui troppo spesso si rendono responsabili i critici radicali dell'eurocentrismo storiografico, rischiamo di cedere alla tentazione di rimpiangere indiscriminatamente il tempo (del resto e fortunatamente tutt'altro che tramontato) nel quale «nelle rappresentazioni storiche generali» – come ha dichiarato in una delle sue ultime interviste il compianto Giuseppe Galasso – «l'Europa occupava un posto centrale»³². Basti citare l'esempio – reso tanto più significativo dall'autorevolezza e dalla particolare distinzione

²⁹ CURTIN, *On the Fringes of History. A Memoir*, Ohio University Press, Athens, 2005, pagg. 67-69.

³⁰ CURTIN, *The British Empire and Commonwealth*, cit., pag. 73.

³¹ È questo in definitiva il limite del tentativo di superamento dell'eurocentrismo intrapreso da Arnold Toynbee, ancora nell'orizzonte dell'imperialismo liberale, durante il periodo fra le due guerre: cfr. TAGLIAFERRI, *Il futuro dell'Occidente e il «contatto fra le civiltà»: Toynbee interprete del primo dopoguerra*, in T. TAGLIAFERRI, *La nazione, le colonie, il mondo*, cit., pagg. 274-279; T. TAGLIAFERRI, *L'imperialismo liberale, la missione civilizzatrice e la globalizzazione del nazionalismo*, *ivi*, pag. 305.

³² Galasso: «La Storia è in crisi ma è ancora maestra di vita», «Il Corriere del Mezzogiorno», 23 settembre 2017, Intervista di Mirella Armiero.

intellettuale dell'autore – del volume di Alberto Caracciolo su *L'età della borghesia e delle rivoluzioni* pubblicato dal Mulino nel 1979, ossia di uno dei manuali di storia contemporanea raccomandati dai docenti a chi, come si scrive, si fosse accinto allo studio universitario della disciplina a Napoli al principio degli anni Ottanta. Nel paragrafo intitolato *La civiltà europea «decolla»* poteva leggersi che a partire dal secondo Settecento, con l'avvio della rivoluzione industriale, si era introdotta nel mondo la divisione tra «una parte dell'umanità» «sottosviluppata», ossia ancora «inchiodata a una sostanziale staticità e ripetizione della propria condizione», e «un'altra implicata in una dinamica ascendente, insomma in uno “sviluppo” praticamente ininterrotto», assurta a «una posizione dominante su tutte le altre», ivi compresi quei popoli – «musulmani o indiani, cinesi e giapponesi» – che pur nell'immobilità e ciclicità delle loro storie «conservano [...] gli elevati livelli delle loro civiltà tradizionali»³³.

Proprio la categoria di «tradizionale», intesa come l'opposto di «moderno», si trova al centro della visione generale dell'espansione europea di Gallagher e Robinson, brillantemente compendiata, nel loro caratteristico stile di scrittura anti-accademico, nell'epilogo di un altro saggio a quattro mani sulla spartizione dell'Africa pubblicato nel 1962 nella *New Cambridge Modern History*³⁴.

Secondo i co-autori, nelle regioni del mondo «totalmente non europee», ossia Asia e Africa, l'espansionismo e l'imperialismo europei dell'Ottocento erano stati il «motore del cambiamento sociale» nel quale affondavano le radici ultime della «rivoluzione mondiale» in atto sulla scena contemporanea e del quale i «nazionalismi coloniali» erano destinati poi a diventare «gli ausiliari», tanto da potere essere considerati «la continuazione dell'imperialismo con altri mezzi». Sprigionando enormi «forze perturbatrici sulle strutture indigene», l'espansione europea aveva adempiuto la funzione «di primaria importanza» storico-universale «di logorare o aprire squarci negli involucri di società» dominate «fino ad allora» dalla «tradizione», le aveva sottoposte al rude trattamento, a base di «sberle» e di «strattoni», necessario a smuoverle dalle «posture tradizionali» e a introdurle «nell'economia di scambio e nello

³³ A. CARACCILO, *L'età della borghesia e delle rivoluzioni, XVIII-XIX secolo*, Bologna, il Mulino, 1979, pagg. 90, 91. Sull'impostazione generale della collana entro cui il manuale comparve, *La civiltà europea nella storia mondiale*, cfr. T. TAGLIAFERRI, *La prospettiva globale nell'insegnamento universitario della storia contemporanea*, <http://www.ricerchedistoriapolitica.it/tavole-rotonde-e-convegni/la-prospettiva-globale-nell'insegnamento-universitario-della-storia-contemporanea/>, 24 aprile 2018.

³⁴ GALLAGHER, ROBINSON, *The Partition of Africa*, cit., pag. 71.

Stato burocratico» e dunque in una «nuova era di cambiamento» e di «trasformazione». La forza d'urto dell'espansione aveva dunque innescato e favorito «rapidi» processi di «mobilità sociale», formazione e «ascesa di nuove élites», «mutamento di valori», nonché conflitti tra potentati tradizionali e «gruppi emergenti», mettendo asiatici e africani di fronte a quella che Gallagher e Robinson chiamano, con un'espressione ripresa da Arnold Toynbee, «the Western question», ossia a una scelta relativa a quale atteggiamento assumere verso la modernizzazione europeizzante e verso tutti coloro – europei o non europei – che ne fossero latori³⁵.

Ed è proprio nelle varie possibili «risposte» alla sfida ineludibile rappresentata dalla «questione d'Occidente» che Gallagher e Robinson (come già Toynbee fin dal 1922) individuano il limitato terreno d'esercizio della ritrovata «agentività» storica dei non europei e situano quindi il *locus* dell'interazione e dell'integrazione tra le «civiltà» venute a «contatto» in seguito all'espansione europea³⁶. Va da sé che l'opzione verso la quale i due studiosi inglesi manifestano le maggiori simpatie non è la «risposta» «romantica, reazionaria», dei movimenti «zeloti» che reagiscono al «trauma» del cambiamento opponendogli integralmente, come ad esempio il mahdismo teocratico sudanese, ma un ventaglio di «risposte più positive» che vede protagonisti gli assai «più duttili nazionalismi dell'Egitto e del Levante», l'occidentalismo confuciano della «Scuola dei Testi Moderni» cinese degli ultimi anni del XIX secolo, le diverse sezioni dello Indian National Congress delle origini, nonché «le chiese separatiste (ossia non missionarie, N.d.R.) africane». Ad accomunare questo tipo di risposte è il tentativo da parte dei non europei di avvalersi delle risorse di vario genere messe alla loro portata dall'incontro con la civiltà occidentale per «riformare la propria personalità» e «rientrare in possesso dei propri poteri», che configura una strategia di «sostanziale collaborazione» in virtù della quale i non europei stessi assurgono ad agenti dell'espansione europea e si sforzano in pari tempo di declinarla secondo i propri codici culturali e di piegarla alle proprie convenienze³⁷.

³⁵ GALLAGHER, ROBINSON, *The Imperialism of Free Trade*, cit., pag. 16; GALLAGHER, ROBINSON, *The Partition of Africa*, cit., pagg. 71, 72.

³⁶ *Ivi*, p. 72; A. J. TOYNBEE, *The Western Question in Greece and Turkey. A Study in the Contact of Civilisations*, Constable, London, 1922; TAGLIAFERRI, *Il futuro dell'Occidente*, cit., pagg. 270-279.

³⁷ A. J. TOYNBEE, *Survey of International Affairs 1925*, vol. I, *The Islamic World since the Peace Settlement*, Issued under the Auspices of the Royal Institute of International Affairs, London University Press, London, 1925, pag. 6, 7; GALLAGHER, ROBINSON, *The Partition of Africa*, cit.,

Secondo l'interpretazione «esocentrica» dell'imperialismo di Gallagher e Robinson è la novità delle crisi locali prodotte dai «risvegli proto-nazionalistici», imputabili appunto alle precedenti fasi dell'espansione, a spiegare perché, dagli anni Ottanta dell'Ottocento, gli europei diventassero più propensi che in passato a imboccare la strada dell'«imperialismo formale» anziché tenersi ai metodi dell'«imperialismo informale»³⁸. Gli espansionisti non si dimostrarono sufficientemente «creativi» e audaci da proseguire anche nei confronti dei nuovi «gruppi emergenti», adeguandola alle mutate condizioni della «collaborazione», la vecchia politica consistente nel puntare sull'alleanza con gli elementi «più dinamici» delle società extraeuropee per assicurarsi al minimo costo le condizioni ottimali per l'espansione. E un aspetto rilevante di tale scemata creatività fu la sordità dell'Occidente al significato storico autentico delle turbolenze che vi si manifestavano, la sua indisponibilità a leggersi altro che «i sintomi della decrepitezza e del collasso». Per Robinson e Gallagher, invece, l'intera gamma dei «risvegli» tardo-ottocenteschi rivela l'esistenza nelle società afro-asiatiche dei «growth points» destinati a maturare nelle «moderne lotte contro la dominazione straniera» e nel nazionalismo coloniale continuatore dell'opera prometeica dell'imperialismo industriale³⁹. Non si può non rilevare però come, secondo la logica della loro argomentazione, corroborata dalle eloquenti metafore su cui si è posto l'accento, gli unici possibili «germi di crescita» reperibili nel suolo non europeo rimanessero ancora, per i fondatori della Scuola di Cambridge, quelli impiantativi del tutto *ex novo* dall'iniziativa occidentale.

2. «The Expansion of Europe» *nella prospettiva della nuova storia globale*

Sottolineare i limiti insuperati del pur genuino sforzo di oltrepassamento dell'eurocentrismo prodotto dai fondatori della Scuola di Cambridge è indispensabile per potere misurare e qualificare adeguatamente gli ulteriori avanzamenti compiuti dai loro allievi e successori nella direzione di un'integrale storicizzazio-

pag. 72; QICHAO LIANG, *Intellectual Trends in the Ch'ing Period*, translated by I. C. Y. Hsü, Foreword by B. I. Swartz, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1959, pag. 113.

³⁸ J. GALLAGHER, R. ROBINSON, *The Imperialism of Free Trade*, cit., pagg. 2, 3, 4, 7, 8, 10, 15, 16; J. GALLAGHER, R. ROBINSON, *The Partition of Africa*, cit., pagg. 25, 72; R. ROBINSON, *Non-European Foundations*, trad. it. cit., pagg. 166-167; Gallagher, *The Decline, Revival and Fall*, cit., pag. 75.

³⁹ GALLAGHER, ROBINSON, *The Partition of Africa*, cit., pagg. 71, 72.

ne del fenomeno dell'espansione europea. Il profondo «rethinking» di cui *The Expansion of Europe* è stata fatta oggetto dalla metà degli anni Ottanta è ben illustrato dal titolo e dal programma dell'odierno corso di *World History – Empires in World History from the Fifteenth Century to the First World War* – nel quale si è progressivamente evoluto, come già accennato, l'esame istituito nel 1945⁴⁰.

Come si evince dai programmi d'esame, gli ideatori del corso continuano a ritenere che lo studio empirico di cause, fasi e modalità dell'ascesa del «mondo europeo e atlantico» a una posizione «dominante nell'economia e nella politica mondiale», nonché del «significato che tale predominio ebbe per il resto del mondo», sia in grado di provvedere di un tema unificante la storia dell'umanità durante il periodo in cui «venne alla luce il mondo moderno». La novità cruciale va scorta nel fatto che il corso si ripromette ora di trattare tali argomenti considerando «l'«espansione dell'Europa» in stretta connessione con i «grandi mutamenti e sviluppi» che ebbero luogo *anche* «nelle altre società mondiali» a partire dalla fase di consolidamento dei grandi imperi asiatici durante la prima età moderna e fino all'iniziale emergere dei «nazionalismi» coloniali otto-novecenteschi⁴¹.

Nella versione riveduta e corretta che ha preso forma nei decenni recenti il paradigma espansionista si rivela, in altre parole, in sostanziale sintonia con l'istanza metodologica primaria del coevo revival della *World History*, che consiste nell'invito a reimmaginare le intensificate interazioni transculturali catalizzate dall'iniziativa occidentale, da cui emerge la società globalizzata del nostro tempo, come la convergenza, la confluenza e la coalescenza delle storie – di tutte le storie e delle intere storie – di una pluralità di *dinamici* spazi macroregionali⁴². Il corso su *Empires and World History*, al pari delle opere di sintesi che ne condividono il mutato impianto concettuale, conserva dunque come proprio irrinunciabile asse narrativo le vicende degli imperi coloniali europei, ivi comprese le «molteplici direzioni geografiche» dell'espansione russa, e tuttavia si professa non eurocen-

⁴⁰ DARWIN, *After Tamerlane*, cit., pagg. 14-27.

⁴¹ Paper 21: *Empires in World History*, 2011-2012, p. 1 (<https://www.yumpu.com/en/document/view/3986370/paper-21-reading-list-faculty-of-history>); Historical Tripos, Part 1, Paper 21, *Empires in World History from the Fifteenth Century to the First World War*, Reading List, 2012-13; University of Cambridge, Faculty of History, Historical Tripos, Part 1, Paper 21, *Empires in World History from the Fifteenth Century to the First World War*, Course Guide 2016-2017 (<http://www.hist.cam.ac.uk/undergraduate/tripos-papers/part-i-papers-2016-2017/course-guides-2016-17/paper-21-course-guide>).

⁴² TAGLIAFERRI, *Christopher Bayly*, cit.

trico, «non [...] focalizzato sull'Europa» in maniera esclusiva, non solo perché dà risalto ai «movimenti di idee, persone e traffici» a carattere transregionale i quali «bypassano l'Europa», ma anche e in primo luogo in quanto «estende la categoria di impero» così da includere tra i fattori in gioco le «espansioni» correlate ai processi di *empire-building* e *culture-building* patrocinati «dagli Ottomani, dai Moghul, dai Qing e da altre compagini politiche non occidentali»⁴³.

Mentre insomma il corso non cessa di riservare «un posto centrale» ai fenomeni di «resistenza» e di «adattamento» dei non europei «alla penetrazione economica, al predominio politico e all'evangelizzazione occidentali», nonché alle «modernità non occidentali» o alle «risorgenze religiose» come l'islamica che se ne generano, le «reazioni» all'espansione europea non vengono più interpretate soltanto in funzione del «social change» indotto dall'«impatto dell'Europa», ma viste come momenti di preesistenti, prolungate e ininterrotte correnti di vita e attività storica, bisognose e meritevoli di essere esaminate «in sé e per sé», che hanno per loro artefici i «popoli non europei»⁴⁴.

Va ribadito a scanso di fraintendimenti che, nella nuova storiografia dell'espansione, la rivalutazione delle prestazioni di «culture, economie e Stati» non europei non mira affatto a revocare in dubbio l'eccezionalità relativa del caso europeo e la temporanea centralità e preponderanza degli europei nelle gerarchie del potere mondiale, ma risponde all'esigenza di riconsiderare empiricamente la periodizzazione, la geografia, la morfologia e i lasciti al presente delle interazioni globali che scandiscono ascesa e declino del predominio europeo alla luce dei risultati scientifici degli studi d'area, i quali hanno documentato la presenza anche nel resto dell'Eurasia, nei secoli della prima età moderna anteriori all'effettivo «impatto dell'Occidente», di dinamiche di cambiamento endogene ritenute un tempo appannaggio dell'Europa⁴⁵. Li si giudichi o meno, come suggerito da Bayly, «passaggi alla modernità» paralleli e analoghi all'esperienza europea, nell'orizzonte teorico della Scuola di Cambridge tali cambiamenti sollevano prepotentemente due nuovi interrogativi: che concreta relazione vi è tra l'acquisizione da parte degli europei del controllo di una particolare area del mondo eurasiatico e le trasformazioni di più lunga durata nelle quali quest'area ci appare adesso coinvolta? E in che

⁴³ Historical Tripes, Part 1, Paper 21, *Empires in World History from the Fifteenth Century to the First World War*, Reading List, 2012-13.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ibidem*.

maniera l'antecedente mutamento endogeno contribuì a definire i termini reali in cui la «questione d'Occidente» si pose alle altre società eurasiatiche e influì sulle «risposte» delle loro élites alla sfida dell'europeizzazione?⁴⁶

Le strategie argomentative messe in campo per risolvere queste problemi sono ben illustrate da *After Tamerlane*, il libro di John Darwin menzionato all'inizio, basato su un lunga esperienza di insegnamento della storia imperiale e globale a Oxford (dove Gallagher si era trasferito dal 1963 al 1970), che costituisce forse il maggiore e più riuscito tentativo di risistemazione complessiva del campo degli *Expansion studies* fin qui realizzato⁴⁷. Oltre a coprire una materia vastissima, l'opera di Darwin presenta una struttura storiografica fortemente sintetica e in pari tempo assai articolata e complessa; non le si rende piena giustizia, inoltre, se si trascura di dare conto di come Darwin vi tratta il versante propriamente europeo, metropolitano e internazionale dell'espansione. Per i limitati scopi ricostruttivi che questo contributo si prefigge, basterà tuttavia concentrare l'attenzione su due aspetti del libro dai quali emergono con particolare evidenza l'allargamento della categoria di «interazione dinamica» e la ridefinizione in senso policentrico del paradigma expansionista, ossia la spiegazione della genesi della dominazione britannica in India tra la metà del XVIII e la metà del XIX secolo e l'interpretazione e il bilancio dei tentativi di «auto-rafforzamento» mediante l'adozione di «metodi "europei"» compiuti dagli Imperi e dagli Stati del «mondo afro-asiatico» nel corso dell'Ottocento⁴⁸.

Darwin non è uno specialista dell'India precoloniale e coloniale, ma la sua analisi del nesso tra storia della società indiana ed espansione imperiale europea nel subcontinente asiatico mostra una palese affinità e complementarità con le tesi (alquanto controverse) sostenute al riguardo dalla corrente di studi indianistici che annovera fra i suoi maggiori rappresentanti Christopher Bayly⁴⁹. Egli inquadra la formazione del *Raj* britannico nel più vasto contesto di in un epocale cam-

⁴⁶ BAYLY, *The Birth of the Modern World*, trad. it. cit., pagg. 35-79.

⁴⁷ Cfr. M. JASANOFF, «*Who rules the World-Island commands the World*» (recensione di *After Tamerlane*), in «*The Guardian*», 12 May 2007.

⁴⁸ R. HYAM, *The Primacy of Geopolitics: the Dynamics of British imperial policy, 1763-1963*, in «*The Journal of Imperial and Commonwealth History*», XXVII (1999), 2, special issue, *The Statecraft of British Imperialism. Essays in Honour of Wm. R. Louis*, edited by R. D. King and R. Kilson, pagg. 27-52, ora in HYAM, *Understanding the British Empire*, cit., pag. 79; DARWIN, *After Tamerlane*, cit., pag. 269.

⁴⁹ TAGLIAFERRI, *Christopher Bayly*, cit., pagg. 48-55.

biamento nei rapporti di forza tra società europee e società non europee collocabile all'incirca tra la guerra dei Sette Anni e la prima Guerra dell'Oppio. Questa «rivoluzione eurasiatica» coincide in sostanza con la fase iniziale del processo di transizione dal tipo di «connettività» globale» intessuto dagli europei nel quarto di millennio successivo alle esplorazioni oceaniche, durante il quale tra le società dell'Eurasia persiste una situazione di «equilibrio», al «limitato» «ordine imperiale globale» «Europa-centrico» emerso nei decenni anteriori 1914, colpito alle fondamenta dalla prima guerra mondiale, ma destinato al sopravvivere, su scala ridotta, in condizioni precarie e al prezzo di considerevoli modificazioni, fino alla seconda guerra mondiale e alla decolonizzazione⁵⁰. La «rivoluzione eurasiatica» è bensì il periodo nel quale sulle relazioni tra l'Europa e il resto dell'Eurasia iniziano a riversarsi gli effetti economici e tecnologici della rivoluzione industriale. Ma un'altra sua componente d'importanza primaria (e un prerequisito essenziale per il decollo e per la massimizzazione dell'impatto globale dell'industrialismo) risiede per Darwin nella «rivoluzione geopolitica» in due tempi segnata dalla progressiva intensificazione, mondializzazione e radicalizzazione delle lotte inter-europee sfociante, dopo la sconfitta di Napoleone, nella tendenziale limitazione della conflittualità internazionale e ideologica tra gli Stati europei che lascia le due Potenze laterali del sistema, Inghilterra e Russia, relativamente libere di perseguire le proprie «ambizioni» espansive verso l'Oriente⁵¹.

Sul più ampio fronte extraeuropeo, la «rivoluzione geopolitica» ha il risultato di mandare in pezzi barriere che ancora alla metà del Settecento ostacolano decisamente l'espansione europea, come la compartimentazione mercantilistica del commercio mondiale e la resistenza che le società indigene del Nordamerica sono in grado di opporre all'avanzata del colonialismo d'insediamento bianco sfruttando le rivalità inter-europee, e fornisce altresì un incentivo per l'annessione dell'Oceania all'area di edificazione delle «neo-Europe»⁵². Per quanto concerne in particolare gli equilibri tra le società regionali del Vecchio Mondo, l'ulteriore novità geopolitica rivoluzionaria del periodo è che Potenze europee procedono alla costruzione di «imperi territoriali in Asia e Africa», come per l'appunto quello edificato dalla Compagnia delle Indie Orientali⁵³.

⁵⁰ *After Tamerlane*, cit., pagg. 6, 49-99, 101-155, 157-217, 295-364, 368, 441, 496.

⁵¹ *Ivi*, pagg. 162-185.

⁵² *Ivi*, pagg. 173-174.

⁵³ Historical Tripos, Part 1, Paper 21, *Empires in World History from the Fifteenth Century to the First World War*, Reading List, 2012-13.

Nel caso dell'India, la novità geopolitica (ovviamente indipendente, data la sua cronologia, dall'avvento dell'industrialismo) si rivela frutto dello specifico intreccio sinergico che viene ora per la prima volta a stabilirsi tra storia europea e storia asiatica, tra l'accresciuto movimento espansivo degli europei e peculiari condizioni e dinamiche macroregionali riconducibili, in definitiva, alla *Pax Mughalica* della prima età moderna e alla crisi in cui essa è entrata a partire dal tardo Seicento. Per Darwin, proprio una corretta diagnosi delle vicissitudini dell'Impero islamico, resa possibile e inderogabile dalla storiografia recente che ha sfatato la «semplicitica leggenda nera» tendente ad accreditare l'idea che nel mezzo secolo anteriore alla battaglia di Plassey e all'acquisizione del *diwan* del Bengala da parte Robert Clive l'India fosse sprofondata in un caos di «disintegrazione politica», di «declino economico» e anarchia da cui solo la conquista britannica l'avrebbe risolledata, è la chiave per giungere a una più realistica comprensione del significato storico specifico che la «rivoluzione eurasiatica» assume nel subcontinente⁵⁴.

La tesi sottoscritta da Darwin è che le forze «centrifughe» che, nel caso dei Moghul come nel caso parzialmente analogo degli Ottomani, determinano la disarticolazione dello spazio imperiale in una pluralità di Stati contendenti tra i quali negli anni Cinquanta e Sessanta del Settecento, spintavi anche dalla rivalità tra Inghilterra e Francia, si inserirà la Compagnia delle Indie Orientali, fossero il prodotto di processi di crescita demografica, estensione, specializzazione e commercializzazione dell'agricoltura, integrazione dell'India nella rete dei traffici mondiali tanto terrestri quanto oceanici, sviluppo dell'attività manifatturiera, urbanizzazione, emersione di una classe di proprietari fondiari legati alle località e di forme di capitalismo commerciale, che erano stati favoriti dalla grandiosa opera costruttiva di unificazione, pacificazione e organizzazione interna della regione avviata dai Timuridi nel XVI secolo. Alla radice dei cambiamenti politici che fanno da premessa e da sfondo all'avvento del colonialismo europeo va scorto dunque uno spostamento degli equilibri di potere a vantaggio di nuove élites periferiche, protagoniste dirette o indirette di «una nuova fase di *state building*» asiatico, contraddistinta dal tentativo di adattare l'ideologia e le istituzioni della fase imperiale alla scala «locale» (ovvero provinciale). Alle origini della dominazione europea vi sarebbe insomma la trasformazione della Compagnia in una «potenza indiana», in uno degli Stati regionali di nuovo modello proscrittori, affossatori e in lotta per l'eredità dell'Impero islamico⁵⁵.

⁵⁴ DARWIN, *After Tamerlane*, cit., pag. 146.

⁵⁵ *Ivi*, pagg. 138, 144, 264.

Cogliere in quale misura l'espansionismo europeo in India fosse nelle condizioni e si rivelasse capace di intercettare e sfruttare ai fini dell'*empire-building* preesistenti correnti di mutamento politico, sociale ed economico autoctono costituisce altresì per Darwin la premessa indispensabile per sciogliere il nodo storiografico posto dall'«eccezionalità» del caso indiano⁵⁶. In India, infatti, il processo di conquista coloniale precocemente avviatosi intorno alla metà del XVIII secolo si prolunga, realizzandosi «più completamente che in quasi ogni altra parte dell'Afro-Asia», fino alla vigilia della ribellione dei *sepoys* del 1857-1858. Esso prosegue cioè ben dentro il nuovo periodo della storia dell'espansione, intermedio tra «la prima epoca di imperialismo globale» dal 1760 al 1830 e il “nuovo imperialismo” di fine Ottocento, durante il quale gli europei si mostrano riluttanti a procedere a nuove acquisizioni territoriali nell'emisfero est (come gli stessi britannici in India, del resto, dopo il Grande Ammutinamento, quando viene compiuta la scelta di lasciare sopravvivere i residui Stati principeschi tenendoli assoggettati con i metodi dello *indirect rule*)⁵⁷.

Perché il crescente dislivello di potere si traducesse nell'imposizione di un efficace controllo europeo su popoli e territori afro-asiatici – argomenta Darwin – bisognava che si realizzassero determinate condizioni di possibilità che attenevano, per un verso, allo stato di quei popoli e territori, per un altro verso, alla disponibilità dei paesi metropolitani ad addossarsene gli oneri. E le ragioni della presenza di tali condizioni nella società indiana non sono da rintracciare in una sua presunta «arretratezza», ma, al contrario, in certi suoi cospicui tratti di “modernità” che erano il retaggio del periodo precoloniale⁵⁸.

L'«apertura» dell'India ai traffici mondiali e la sofisticatezza della sua vita commerciale e finanziaria fecero sì che i mercanti inglesi, la cui attività non era confinata a città portuali come nel sistema di Canton in Cina, potessero fare affari direttamente con prosperi mercanti e banchieri indigeni assai più liberi dal controllo dei potentati indigeni. Nell'India marittima, pertanto, la Compagnia poté sempre contare sull'alleanza con élites economiche locali per le quali le opportunità d'investimento che essa offriva avevano acquistato nel tempo un'importanza sempre maggiore⁵⁹.

⁵⁶ *Ivi*, pag. 262.

⁵⁷ *Ivi*, pagg. 256-262; C. A. BAYLY, *The First Age of Global Imperialism, c. 1760-1830*, in «The Journal of Imperial and Commonwealth History», XXVI (1998), 2, *Managing the Business of Empire. Essays in Honour of David Fieldhouse*, edited by P. Burroughs and A. J. Stockwell, pagg. 28-47.

⁵⁸ DARWIN, *After Tamerlane*, cit., pagg. 263, 264.

⁵⁹ *Ivi*, pagg. 263-264.

Ancor più ovvio (talmente ovvio da venire il più delle volte trascurato) è in quale misura i vantaggi speciali che la Compagnia poté sfruttare per espandere il proprio potere nell'India continentale derivassero da «sviluppi» che l'India aveva conosciuti nel corso della prima età moderna, primo fra tutti un esteso ed efficiente sistema creditizio grazie al quale i britannici poterono pagare le loro guerre senza dovere attingere soltanto alle proprie risorse commerciali, ma ricorrendo anche ai servizi di banchieri indiani. A partire inoltre dall'acquisizione del diritto di riscossione delle imposte del Bengala, la Compagnia poté adoperare, per fare fronte ai costi del suo apparato fiscale-miliare senza cadere nel circolo vizioso del sovradimensionamento imperiale, il gettito monetario derivante dal consolidato sistema di tassazione della terra di origine Moghul (che presupponeva a sua volta un'economia sufficientemente commercializzata), dando luogo a un'espansione territoriale che si autoalimentava a carico della società indiana stessa anziché del contribuente inglese. Anche la ben nota dipendenza dell'esercito della Compagnia dal reclutamento di una vasta fanteria professionale indigena leale al proprio datore di lavoro straniero presupponeva il processo in virtù del quale, specie nelle grandi pianure centro-settentrionali dell'India, il mestiere delle armi era venuto specializzandosi, ossia evolvendosi al di fuori della logica della seguità feudale e della devozione a capi militari che ricoprivano in pari tempo il ruolo di capi-clan⁶⁰.

Ma accanto a questa più numerosa categoria di «collaborators» indigeni, la manifestazione più significativa dell'apertura, della fluidità e del dinamismo sociale da cui l'espansione europea trae profitto in India rimangono per Darwin i diversi tipi di élites – dalle antiche comunità diasporiche dei mercanti parsi di Bombay alla nuova classe media istruita hindu che viene soppiantando le élites mussulmane di più vecchio stampo ai vertici della società bengalese – tra le cui fila i colonizzatori britannici sono in grado di selezionare i loro partner strategici⁶¹. Alcuni storici, tra cui Bayly, muovendo da premesse storiografiche analoghe a quelle di Darwin e desiderando anch'essi ribaltare lo stereotipo di un'India «immobile», «pronta a lasciarsi sottomettere» da una conquista straniera di cui sarebbe stata «spettatrice e vittima puramente passiva», sono giunti anzi a sostenere che l'attiva «collaborazione» di strati della società indiana all'edificazione e al funzionamento del regime coloniale europeo debba

⁶⁰ *Ivi*, pag. 264.

⁶¹ *Ivi*, pagg. 264-265.

essere letta in continuità con il tentativo già da tempo in corso da parte delle élites modernizzatrici di un mondo vibrante di cambiamento e innovazione di porre rimedio alla sua instabilità politica e di modificare a proprio vantaggio i rapporti di forza nel subcontinente. Darwin non sembra per la verità incline a esagerare fino a questo punto il co-protagonismo degli attori storici indigeni. Non c'è dubbio, d'altronde, che anche per Darwin l'espansione europea in India ebbe successo perché rispondeva a bisogni scaturiti da trasformazioni storiche promosse dalle «forze locali» cui era obbligata ad «appoggiarsi»⁶². In *After Tamerlane* – per parafrasare un aforisma di Gallagher e Robinson citato in precedenza – l'imperialismo si preannuncia come «la continuazione della via indiana alla modernità con altri mezzi».

Il tema della continuità e della «resilienza» delle storie di lungo periodo degli Imperi ottomano, persiano, cinese e giapponese nel periodo posteriore alla «rivoluzione eurasiatica» ha un rilievo centrale anche nelle pagine che il libro di Darwin dedica alle «risposte» dei rispettivi ceti dominanti alla sfida dell'europeizzazione⁶³. Per Darwin, il “caso di successo” del Giappone Meiji non è da considerare tanto un *unicum* rispetto a una serie di tentativi fallimentari di interrompere il declino e il disfacimento delle compagini imperiali quanto piuttosto l'estremo di un *continuum* di iniziative riformatrici il cui bilancio presenta, in grado variabile, alcune non trascurabili luci in mezzo alle pur prevalenti ombre. Di nuovo, il punto essenziale della sua argomentazione è che il lascito ininterrotto delle esperienze di «consolidamento», «ricostruzione», «espansione», «rinnovamento», «eccezionale trasformazione», vissute da tutti gli spazi imperiali non europei nell'età dell'equilibrio eurasiatico, che nel caso dell'India o dell'Egitto consentirono a una società conquistata di «mantenere o costruire un'identità distintiva trascendente i limiti di una cultura colonizzata», rese disponibili agli Imperi scampati al destino dei Moghul risorse decisive per sostenere in qualche misura «l'impatto dell'Occidente», consegnando a loro volta agli Stati nazionali successori importanti eredità⁶⁴. «Gli Stati che gli europei si trovavano di fronte erano *anciens régimes* bisognosi di rinnovamento, e non già regimi collassati che

⁶² C. A. BAYLY, *Indian Society and the Making of the British Empire*, Cambridge University Press, 1988, Cambridge, pag. 5; E. J. HOBBSAWM, *Préface*, in C. A. BAYLY, *La naissance du monde moderne, 1780-1914*, traduit de l'anglais par M. CORDILLOT, Le Monde diplomatique en collaboration avec Editions de l'Atelier, Paris, 2006, pag. 13.

⁶³ DARWIN, *After Tamerlane*, cit., pag. 6.

⁶⁴ *Ivi*, pagg. 40, 73, 87, 125-126, 128, 132, 137, 497.

stavano andando in pezzi»⁶⁵. Statisti e intellettuali Qing e Ottomani chiamati a misurarsi con la «questione d'Occidente» potevano contare, non diversamente dai loro omologhi giapponesi (o russi), su «tenaci tradizioni di autonomia politica e culturale» e perciò sfuggire alla rigida alternativa tra dover soccombere all'espansione degli europei per il rifiuto di adottare «eserciti, apparati burocratici, scuole e tecnologie di tipo europeo» oppure mettere a repentaglio la solidarietà e la «coesione sociale» interne, altrettanto indispensabili alla sopravvivenza dei loro regni, attraverso l'imposizione ai sudditi di «una ricetta straniera» incapace di suscitare la «lealtà». I modernizzatori asiatici furono in grado di «innestare i nuovi metodi» europei sul «ceppo originale» di un passato storico ancora vitale e ciò contribuì ad assicurare che i loro sforzi non andassero del tutto perduti o si risolvessero unicamente in un fattore di indebolimento e di declino degli Imperi⁶⁶.

Le stagioni riformatrici susseguitesi nella storia dello Stato mancese a partire dal movimento *yangwu* degli anni Sessanta-Ottanta del XIX secolo, che con la sua politica devolutiva favorì l'egemonia della *gentry* provinciale nelle campagne e la sua integrazione in un'élite imperiale resa più omogenea da un crescente tasso di sinizzazione, presero e rinnovarono, ad esempio, l'ingente forza residua che la Cina traeva dal possesso di una «cultura unificata» e di un «sistema politico funzionante». Le iniziative occidentalizzanti sono perciò da annoverare tra i fattori-chiave della «resistenza» che la Cina imperiale seppe opporre, in definitiva, alla degradazione a «mera periferia semi-coloniale» del «sistema mondiale eurocentrico», conservando pressoché intatti i confini raggiunti al massimo della sua «espansione» nel XVIII secolo (che sono poi ancora largamente quelli della Cina contemporanea) e trasmettendo al periodo repubblicano la propria «idea di Cina», ancora riconoscibile sotto la nuova veste di nazionalismo *han*⁶⁷.

Analogamente, se anche nel caso dell'Impero ottomano la dominazione europea rimase un «unfinished business» e il suo «nucleo anatolico» poté scampare alla «spartizione» programmata dai vincitori della prima guerra mondiale per tramutarsi, largamente epurato delle minoranze cristiane, nel nuovo Stato nazionale turco eretto «secondo il modello europeo privilegiato dai riformatori prebellici» e «sulle fondamenta delle riforme ottomane», a ciò concorsero, dove ne sussistesse la necessaria preconditione della «coesione culturale», gli effetti cumulativi di

⁶⁵ *Ivi*, pag. 498.

⁶⁶ *Ivi*, pagg. 269, 497, 498

⁶⁷ *Ivi*, pagg. 125-132, 350, 353, 354, 395, 496.

una «strategia di deliberato impianto della tecnica occidentale sulla struttura sociale e politica dell'Impero» adottata nei primi decenni del XIX secolo⁶⁸.

Nella visione generale di John Darwin, la «resilienza» rivelata da società e culture non europee all'«impatto dell'Occidente» equivale, in pari tempo, a una conferma dell'originario carattere policentrico dello spazio eurasiatico e a un precedente storico che autorizza a supporre che tale spazio, anche in un'epoca di iperglobalizzazione, continuerà a «resistere» all'omogeneizzazione e all'egemonia di «un singolo grande dominatore»⁶⁹. È chiaro d'altronde, come si è cercato di evidenziare, che in questa versione aggiornata del paradigma espansionista la «resilienza» e il policentrismo dell'Eurasia contemporanea, configurandosi come un risultato della reciproca interazione e permeazione di storia europea e storie non europee, si alimentano in vari modi della stessa espansione europea, che rimane pertanto storicamente centrale. L'approdo più recente della tradizione di Cambridge suggerisce pertanto una via d'uscita dalle attuali contrapposizioni concernenti il posto dell'Europa e degli studi europei nella storiografia globale cui è stata fatta allusione al principio di questo saggio. Se non ci si lascia troppo intimidire da preoccupazioni di correttezza politica, la nuova nozione di centralità europea può essere adeguatamente espressa prendendo a prestito una citazione tratta dal contributo di Johan Huizinga a una *Festschrift* per Ernst Cassirer. Scrivendo intorno alla metà degli anni Trenta, il grande studioso olandese sostenne che «our civilization is the first to have for its past the past of the world»⁷⁰. La frase, di per sé, si presta naturalmente a essere intesa in modi diversi – nel senso, ad esempio, che in un'epoca di interdipendenza planetaria, e in un'ottica presentista, non vi è storia, non vi è popolo al mondo il cui passato non risulti rilevante, almeno virtualmente, per noi europei⁷¹. Ma le parole di Huizinga possono significare anche che la civiltà europea, nel corso della moderna «epoca assiale» contraddistinta dalla sua espansione⁷², ha iscritto il proprio passato nel passato

⁶⁸ *Ivi*, pagg. 284, 360, 387, 497, 498. Sul riformismo imperiale ottomano cfr. C. AYDIN, *The Idea of the Muslim World. A Global Intellectual History*, Cambridge, Mass., 2017, trad. it. di F. A. Leccese, Einaudi, Torino, 2018, pagg. 30-39.

⁶⁹ DARWIN, *After Tamerlane*, cit., pag. 506.

⁷⁰ J. HUIZINGA, *A Definition of the Concept of History*, in *Philosophy and History. Essays presented to Ernst Cassirer*, edited by R. Klibanski and H. J. Paton, The Clarendon Press, Oxford, 1936, pag. 8 (trad. it. in J. HUIZINGA, *La mia via alla storia e altri saggi*, a cura di P. Bernardini Mazzolla, Introduzione di O. Capitani, Laterza, Bari, 1967).

⁷¹ TAGLIAFERRI, *Storia ecumenica*, cit., pag. 37.

⁷² BAYLY, *The Birth of the Modern World*, trad. it. cit., pag. 77.

del mondo intero. Ciò implica che ogni studioso o cittadino, europeo o non europeo, il quale sia sinceramente interessato a comprendere i caratteri e i problemi dell'epoca presente non dovrà trascurare di investigare, tra le molte altre cose, le indelebili tracce impresse dall'espansione dell'Europa nel passato di ciascuno dei gruppi umani coabitanti nella società globalizzata del nostro tempo con il realismo e la tensione morale indisciungibili nella professione di storico. La posta in gioco è nulla di meno che una piena e diffusa presa di coscienza del vasto, seppur tragicamente contraddittorio retroterra di «esperienza comune» in grado di dare realistico fondamento al progetto etico-politico di una «Cosmopoli razionale basata sulla comprensione reciproca»⁷³.

⁷³ R. I. MOORE, *World History*, in *Companion to Historiography*, edited by M. Bentley, Routledge, London, 1997, pag. 933; T. TAGLIAFERRI, *Christopher Bayly*, cit., pagg. 67-72. Cfr. G. ACOCELLA, *Etica sociale e storicità*, in *Storicismo e storicismi*, a cura di G. Cacciatore e A. Giugliano, Bruno Mondadori, Milano, 2007, pagg. 188-199.

La legalità contemporanea alla prova dell'intersezione degli ordinamenti. Prove di etica della legalità

PASQUALE TRONCONE

Today the legal value of legality acquires a new and different meaning in the experience of European law. The Italian legal system had established a concept of legality by linking it to the notion of legal certainty, but above all by establishing a functional link with the source of law, namely parliamentary law. Even in a democratic structure, the source scenario has radically changed with the European Union law. The cohesion and integration of legal systems is entrusted to the judge who regulates the times and standardizes internal legislation. Giuseppe Acocella had the merit of offering a different reading plan to legality, ensuring the end of justice to the ethical dimension of the legal system.

Ethical dimension of the legal system; Integration of legal systems; New formants of law

1. Legalità tra qualificazione dommatica e definizione normativa

Bisogna riconoscere a Giuseppe Acocella di avere aperto un fronte di dialogo importante per la dottrina contemporanea quando ha avviato la collana di studi *Osservatorio sulla legalità*, raccogliendo la disponibilità per la pubblicazione di contributi significativi di studiosi che hanno esaminato il tema della legalità dal punto di vista delle diverse discipline giuridiche¹.

L'argomento può apparire, all'osservatore superficiale, una delle classiche tematiche consegnate alla storia della filosofia del diritto e all'indagine da svolgere su un versante ormai "ossificato" dell'ordinamento giuridico². Ed invece, mai come in questo momento, la legalità ha riacquisito una posizione centrale nella riflessione del giurista positivo, spinto dalla necessità di ricercare i nuovi rapporti sinergici e le nuove relazioni di valore tra gli assetti del moderno diritto continentale europeo.

¹ La collana *Osservatorio sulla legalità* è edita dalla Casa editrice Giappichelli di Torino.

² Muoversi in un quadro così composito non è per nulla agevole e molti concetti e nozioni in questo lavoro si daranno per noti, nella piena consapevolezza di correre il rischio di essere incompleti e poco accorti.

Oggi il tema della legalità si incrocia in una nuova dimensione con altri concetti che ne disvelano il tracciato del “giuridico” nel contesto dell’attuale società, anche rispetto ai rinnovati assetti del potere costituito, in particolare con la certezza del diritto, con la multifocalità delle fonti normative e soprattutto con i fondamenti della sovranità³.

La stagione post-bellica e il primo impegno comune teso a evitare nuovi conflitti armati ha fatto emergere l’esigenza di porre al centro del sistema di protezione dell’ordinamento giuridico la persona umana, i suoi diritti, la non negoziabilità delle sue facoltà fondamentali⁴.

Si struttura in questo modo il nuovo versante di un ordinamento giuridico rinnovato, tutto da scoprire, dove si apre il confronto tra un *neo-gius-positivismo*, che nasce dalla cessione di porzioni di sovranità degli Stati nazionali, e un *neo-gius-naturalismo*, chiamato a tenere a freno le spinte eversive ammantate da legalità formale.

Da questo nuovo coacervo sistemico il diritto non è più soltanto promanazione della fonte parlamentare in cui siede la sovranità popolare in un assetto istituzionale di democrazia rappresentativa, ma si afferma di fatto come nuova fonte il diritto giurisprudenziale, un nuovo centro di produzione della norma. Si tratta sicuramente di uno scenario aperto da un legislatore nazionale che non ha più la capacità politica di imporre una norma correttamente formulata e impermeabile a interventi creativi nella sua fase applicativa, ma anche di una naturale conseguenza evolutiva tipica della contemporaneità data dalla divaricazione tra la *law in the books* e la *law in action*.

La collettività, i mercati, l’economia globalizzata, la sicurezza sociale non hanno più lo spazio di manovra per attendere gli interventi regolatori del diritto positivo. Occorre risolvere le questioni giuridiche in tempi rapidi, perché anche quest’opera contribuisce a regolare l’economia e produrre profitto e su questo versante il legi-

³ Per il concetto di legalità in materia penale si rinvia a F. CORDERO, *Legalità penale (voce)*, in *Enc. giur. Trecc.*, vol. XVIII, Treccani, Roma, 1990, pag. 1.

⁴ È il caso di precisare che legalità, nella sua accezione tradizionale, atteneva ai rapporti di forza tra la fonte della legge e l’amministrazione, in particolare tra legge, esecutivo e organizzazione amministrativa. Lo sforzo di strutturare in questo modo la gerarchia delle fonti del diritto in uno stato organizzato consente di delineare i limiti di esercizio del potere da parte dei singoli ambiti operativi. L’espressione legalità come da noi intesa in questo lavoro, è volta a cogliere aspetti di ampiezza maggiore che vanno ben oltre l’amministrazione, fino agli effetti della legalità sull’intero orizzonte ordinamentale.

La legalità contemporanea alla prova dell'intersezione degli ordinamenti. Prove di etica della legalità

slatore ha sempre evidenziato un colpevole ritardo sull'onda delle contrattazioni in tempo reale di un mercato globale che non accetta soste e riflessioni.

Solo il giudice può rapidamente, sulla base della trama normativa che gli è affidata come dispositivo risolutore, individuare e adattare la regola del caso e costituire una *law in action* destinata a colmare i vuoti di diritto e di tutela. Basta soltanto pensare come sta evolvendo con rapidità imprevedibile il diritto della Rete, il diritto contrattuale dell'*e-commerce*, il pan-penalismo imperante, per rendersi conto che la fonte scritta sarà sempre in fisiologico ritardo sulla soluzione del caso.

Oggi il tema sul tappeto fa riemergere le autentiche ragioni e i retorici interrogativi sui caratteri costitutivi di un ordinamento giuridico: a chi appartiene il monopolio della legge? Ci troviamo ancora nell'ambito di un assetto di democrazia parlamentare fondata sulla Carta costituzionale oppure l'organo politico della sovranità popolare recede rispetto al giuridico che si va riformulando alla ricerca di nuovi presidi di produzione, avendo la Carta fondamentale aperto il suo orizzonte a nuovi centri di potere politico e normativo?

Un punto appare irriducibile ed è rappresentato dal modo di essere dei nuovi ordinamenti giuridici chiamati a partecipare all'opera di armonizzazione di un diritto convenzionale, sovranazionale e internazionale, che deve costituire la sintesi dei principi di orientamento e i valori di riferimento operativo degli stati nazionali.

Superata la fase che si potrebbe definire di "medioevo del diritto moderno", costituito dalle legislazioni e dalle Corti nazionali, si avvia la fase di composizione di un nuovo ordine, allineato a nuovi modelli istituzionali, dove al centro del sistema vengono posti i diritti dell'uomo e non più i principi di garanzia enunciati come diritti individuali e non qualificati⁵.

A questo punto la legalità non è più il monopolio della legge con i caratteri di generalità e astrattezza, ma diventa il monopolio del caso e in particolare lo strumento per verificare la lesione dei diritti dell'individuo in quello specifico caso sotto esame⁶.

⁵ AA.VV., *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, a cura di Meccarelli M., Palchetti P., Sotis C., Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2014. M. CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei "nuovi diritti"*, in «Quad. cost.» n. 3, 2009.

⁶ F. VIGANÒ, *Il diritto penale sostanziale italiano davanti ai giudici della CEDU*, in «Giur. merito», 2008, pag. 81.

La novità è registrata in maniera evidente nel settore del diritto penale⁷. Si interviene non più per valutare se vi è stata una corretta operazione di sussunzione, per cui la fattispecie concreta è stata adeguatamente confrontata con la fattispecie astratta che il legislatore ha prescritto, ma l'intervento è sul controllo della lesione dei diritti della persona ossia se lo Stato ha correttamente trattato il caso nella fase processuale e non ha violato di diritti fondamentali.

Una *law in action* che segue un diverso percorso di verifica rispetto alla *law in the books* che ha generato la fattispecie astratta.

Legalità è prima di ogni altra cosa un termine polisemico destinato a designare diverse vicende, particolari caratteri, specifici nuclei di valore di un ordinamento giuridico. Allo stesso tempo assume il ruolo talvolta di veste formale e talaltra di veste sostanziale di un principio fondamentale che regola la vita di un sistema di fonti normative ordinate⁸.

Legalità talvolta designa la riserva di legge come denominazione o qualificazione della fonte del diritto vincolante e gerarchicamente sovraordinata; legalità è anche il giudizio di conformità alla legge.

Le diverse stagioni del diritto hanno fatto maturare l'idea che uno Stato e le sue articolazioni istituzionali non si aggregano più intorno agli assetti di potere, che sia il Sovrano o un ordine democratico, ma intorno al valore della persona umana e tutto questo consente di declinare la legalità come "nucleo o guscio" delle garanzie⁹. Anzi, oggi giorno la legalità coincide esattamente con la tutela dei diritti fondamentali della persona e la centralità di questo moderno riferimento di valore allarga la forbice tra la legalità formale e la legalità sostanziale e ne chiarisce la diversa matrice. È sufficiente rinviare ai numerosi approdi giurisprudenziali delle Corti nazionali e sovranazionali per comprendere come sia diventato centrale nel ragionamento del giudice il valore della "dignità" dell'uomo.

In una società democratica fondata sulla volontà popolare e governata da una Carta costituzionale il monopolio della legge spetta al Parlamento. Tuttavia, questo assetto garantisce la legalità formale ossia il rispetto delle procedure codificate

⁷ A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in «Dei delitti e delle pene», 1985.

⁸ F. C. PALAZZO, *Sistema delle fonti e legalità penale*, in «Cass. pen.», 2005.

⁹ Per un'ampia prospettiva che si apre sul tema, si rinvia alle puntuali considerazioni di L. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, in particolare da pag. 6.

La legalità contemporanea alla prova dell'intersezione degli ordinamenti. Prove di etica della legalità

che occorre seguire per ritenere legittimamente adottata e approvata una legge, secondo i poteri derivanti dalla legittimazione dell'organo legislativo. Questo assetto, peraltro, consente di affermare che ci si trova in uno Stato di diritto dove la legge uguale per tutti e correttamente applicata conferma che i cittadini godono in realtà di un rassicurante livello di garanzia formale¹⁰.

2. I guasti della legalità formale come sponda della legalità eversiva

In realtà, anche i regimi totalitari assicurano l'assetto di uno Stato di diritto. La differenza sta nel fatto che formalmente vengono riconosciute le garanzie individuali e le prerogative sovrane degli organi di governo come centri legittimati a produrre diritto, ma nella sostanza i prodotti legislativi contengono il seme avvelenato della violazione di valori infrangibili e il conculcamento di garanzie fondamentali.

Il principio sovrano del *Führerprinzip*¹¹ e i decreti di Hitler erano formalmente legali, perché adottati nell'alveo di un meccanismo di legittimazione che li rendeva tali, ma ora se ne conoscono i nefandi effetti¹².

Anche le leggi razziali del 1938 in Italia, e prima in Germania, erano leggi riconosciute da uno Stato di diritto¹³, ma il contenuto e la finalità di quella legislazione ledeva tutti i diritti fondamentali della persona umana e prima fra tutti, con l'aggiramento dei presidi normativi di valore di quello stesso ordinamento, il principio di uguaglianza tra i cittadini¹⁴.

¹⁰ Sciogliere il dilemma di fondo vuol dire operare una decisa scelta di campo che, per quanto concerne le materie come il diritto penale a legalità vincolata, trova una sua precisa ricaduta sul terreno delle garanzie della persona. Si rinvia, per tutte le ulteriori implicazioni a N. BOBBIO, *Governo degli uomini o governo delle leggi?*, in *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1984. Per i rapporti tra legalità e Stato di diritto, si rinvia a S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, pagg. 659-703.

¹¹ Per i riferimenti delle teorie imperanti in Germania sul diritto arbitrario del Capo, si rinvia a G. GLAESSER, *Stato e partito in Germania*, Roma, 1934, da pag. 250.

¹² A. SOMMA, *I giuristi e l'Asse culturale Roma-Berlino. Economia e politica nel diritto fascista e nazionalsocialista*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2005.

¹³ È appena il caso di rilevare che tutta la legislazione razziale italiana non era di natura penale, ma di tipo amministrativo, per cui non subiva le limitazioni dei principi di garanzia della stretta legalità sanciti dal codice penale del 1930.

¹⁴ Uguaglianza che andrebbe riletta anche alla luce di avvenimenti odierni, in L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, Laterza, Bari-Roma, 2018.

A proposito di tutto questo complesso legislativo, si è coniata l'espressione di "legalità del male" come di una scelta legislativa orientata a precisi obiettivi eversivi e di eccezione, dove il contesto rendeva formalmente legittime determinazioni normative che nella sostanza violavano artatamente i valori di fondo¹⁵.

Occorre chiedersi a questo punto che cosa abilita una fonte legalmente adottata ma illegale rispetto a una fonte del diritto che invece intrinsecamente è coerente e si allinea alla legalità sostanziale?

Sul punto Giuseppe Aocella spinge il limite del ragionamento nel campo dell'etica, pur diffidando dell'assolutizzazione di talune scelte: «[...] *il richiamo alla legalità come esigenza prioritaria per le società democratiche appare un incoraggiamento morale prima che giuridico-politico, ma non senza nuove ambiguità*»¹⁶. Ed infatti, secondo l'insegnamento di Gustav Radbruch il limite intrinseco di una legge illegale è la sua ingiustizia, cui bisogna reagire disapplicando quella legge intollerabilmente ingiusta¹⁷.

Del resto, anche se da un punto di osservazione diverso, Aldo Moro riteneva che il diritto positivo e il diritto naturale non fossero in antitesi, secondo lo schema delle correnti di pensiero radicali, ma anzi coesistessero secondo una relazione cumulativa con reciproco apporto, per cui se il diritto naturale è il diritto per eccellenza e per "questo giusto", la funzione del diritto positivo è quella di adattare progressivamente la sua evoluzione alle esigenze della giustizia e per questa via ai contenuti del diritto naturale¹⁸. La matrice è il diritto naturale mentre il diritto positivo ne costituisce il veicolo privilegiato per la sua concreta attuazione.

Nell'attuale sistema italiano la legalità formale a tutela delle garanzie, vale a dire quella costruita sulla matrice normativa di derivazione dommatica, assume

¹⁵ S. GENTILE, *La legalità del male: l'offensiva mussoliniana contro gli ebrei nella prospettiva storico-giuridica (1938-1945)*, Giappichelli, Torino, 2013.

¹⁶ G. AOCCELLA, *Abbozzo di una voce per un dizionario. "Legalità" in 2000 parole*, in «Materiali per una cultura della legalità», Giappichelli, Torino, 2016.

¹⁷ G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2001. S. LABRIOLA, *La legge intollerabile e la norma senza diritto*, in «Rassegna parlamentare», 2003. E. M. AMBROSETTI, *In margine alle c.d. sentenze del muro di Berlino: note sul problema del "diritto ingiusto"*, in «Riv. it.dir. e proc.pen.», 1994, pag. 596. M. DONINI, *Giustizia e ingiustizia "criminale", tra legge, storici e sentenze. Quasi un commento a G. Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in E. Tavilla (a cura di), *La giustizia Criminale: premesse per un terreno di indagine comune*, Patron Editore, Bologna, 2012, pag. 25.

¹⁸ G. VASSALLI, *Intervento alla "Aldo Moro. Commemorazione per i venticinque anni dalla scomparsa"*, Palazzo Montecitorio, Sala della Lupa, 9 maggio 2003, pag. 14.

La legalità contemporanea alla prova dell'intersezione degli ordinamenti. Prove di etica della legalità un ruolo importante in termini di procedimentalizzazione del diritto, anche se ausiliario rispetto alla legalità sostanziale, peraltro vigilata dalla Corte costituzionale.

La legalità è designata come principio, un principio di fonte alta del nostro ordinamento attraverso il II comma dell'art. 25 Cost. Ma in realtà è anche altra cosa, prima di tutto l'espressione di un patto comunitario che vive ed evolve attraverso la Carta costituzionale che, nel tracciarne il perimetro valoriale, finisce per recepirne l'esigenza, la finalità, la forma, anche se non appieno i contenuti e la sostanza.

Con l'avvento della Costituzione repubblicana, peraltro, la legalità in Italia si è affermata come il "guscio" delle garanzie, il nocciolo duro della tutela dei diritti individuali, affidata unicamente alla fonte parlamentare attraverso la leva normativa della riserva di legge (peraltro già nota al nostro codice penale del 1930 entrato e rimasto in vigore sotto lo Statuto Albertino del 1848 e poi riorientato dalla Carta repubblicana del 1948)¹⁹.

Sul punto soccorre la felice sintesi proposta da Giovanni Maria Flick: «Il principio costituzionale di legalità (articolo 25 della Costituzione) nasce dall'esigenza di garantire la libertà personale dagli abusi del potere punitivo dello stato; nonchè dall'esigenza di garantire la conoscenza preventiva della regola, come condizione di libertà nella scelta del proprio agire. Da quel principio discendono una serie di corollari: la c.d. riserva di legge per porre le regole; la capacità della legge di disciplinare solo il futuro (irretroattività); la necessità di determinare

¹⁹ AA.VV., *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, a cura di G. Insolera, Monduzzi, Bologna, 2005. Molto interessante è il ragionamento di Marcello Gallo sul tema della intangibile solidità della legge ordinaria e dell'autonomia e discrezionalità di cui gode il legislatore che, si dice, non riconosce vincoli se non di tipo costituzionale, gerarchicamente sovraordinati, ma non derivanti da leggi ordinarie di eguale livello gerarchico. La riflessione muove dal "vincolo normativo" della c.d. "riserva di codice" introdotta dalla legge n. 103 del 23 giugno 2017, in M. GALLO, *La cosiddetta riserva di codice dell'art. 3-bis: buona idea, non così l'attuazione*, in www.penalcontemporaneo.it in data 20 novembre 2018. Anche questo episodio legislativo può essere considerato un attacco al principio di riserva di legge, poichè si abilita un vincolo di natura normativo, come spiega Gallo, per la futura legislazione ordinaria di conio parlamentare attraverso la predisposizione di una norma di eguale valore gerarchico, anche con il rischio di generare tensioni con i principi di carattere costituzionale. Risulta sulla questione, che è una questione di legalità, aperto anche il dissenso di M. DONINI, *La riserva di codice (art. 3-bis cp) tra democrazia normante e principi costituzionali. Apertura di un dibattito*, in www.lalegislazionepanel.eu, 20 novembre 2018, pag. 3: «Eppure, a livello internazionale non conosciamo atti di forza costituente così impegnativi per i Parlamenti, al punto da sancire l'illegittimità di norme extracodicistiche, se non in casi eccezionali».

con precisione quanto è vietato (tassatività); il divieto per il giudice di estendere l'applicazione della legge a situazioni non previste (divieto di analogia)»²⁰.

Legalità è prima di tutto la definizione in termini squisitamente formalistici del complesso della disciplina delle fonti normative del diritto. Ne è di supporto la dommatica ossia la sistematizzazione dei concetti giuridici attraverso la loro deduzione dall'analisi dei principi generali di governo di una disciplina giuridica.

Dal momento che le garanzie della persona umana -soprattutto il concetto di dignità- sono state al centro della riflessione dei nostri costituenti che ne hanno reso il fulcro della nuova democrazia, il principio di legalità è stato soprattutto egemonizzato dal diritto penale. Non a caso nella Carta costituzionale del 1948 esistono i presidi di garanzia in materia di processuale, con la formula della presunzione di innocenza, in materia di pene, con il III comma dell'art. 27 Cost., e in materia di libertà personale con la previsione dell'art. 13 Cost.

La matrice formalistica della legalità in materia penale si consolida come il "vincolo delle garanzie", ma è anche vero che può diventare lo strumento, il più raffinato e flessibile, per preservare assetti di potere e, al contrario, il mezzo per modificare l'orientamento di opzioni fondamentali rese più funzionali e coerenti con nuove scelte di tipo ordinamentale, anche di segno opposto. Questa è la ragione per cui legalità in diritto penale si traduce in particolare nell'azione di contenimento degli strumenti di punizione e di afflittività che derivano dalla violazione del precetto e soprattutto dalla lesione di un interesse che spesso coincide con i diritti fondamentali della persona²¹.

In fondo, attraverso il vincolo della riserva di legge si è sempre preservata la *law in the books* e con essa il monopolio delle legalità della sede parlamentare. Qualcosa tuttavia è cambiato per una serie di ragioni, tutte agevolmente individuabili, che hanno lasciato spazio a presidi di produzione del diritto differenziati.

Tra gli altri, Francesco Palazzo in materia penale ha ripetutamente segnalato che l'evoluzione della storia e dei tempi, in ragione soprattutto dell'irrompere dei contesti comunitari sullo scenario continentale, sta tracciando nuovi possibili itinerari della legalità. La sua costante attenzione è rivolta al divenire preoccupante delle trasformazioni della legalità: «È infatti sotto gli occhi di tutti che la legalità, anche quella sua specie più irrigidita e assolutizzata che è la 'legalità penale', ha

²⁰ G. M. FLICK, *Il dubbio è tensione verso la verità*, alla *Milanesiana letteratura*, in «Corriere della sera», 19 luglio 2018.

²¹ CORTE COST. Sent. n. 109 del 9 marzo 2016, in *www.cortecostituzionale.it*.

La legalità contemporanea alla prova dell'intersezione degli ordinamenti. Prove di etica della legalità

*subito nello scorcio dell'ultimo secolo lo scotimento concettuale di un vero e proprio terremoto teorico e pratico*²².

Il principio di stretta legalità, dunque, non è un principio dal contenuto e dalla portata immutabili, ma è un fotogramma dell'ordinamento, in particolare penale, che il giurista fissa in un determinato momento storico, ben sapendo che il divenire delle relazioni giuridiche e la trasformazione della realtà potrebbe poi consegnare all'osservatore un'istantanea diversa²³.

A conferma della salvaguardia della legalità contro spinte eversive delle norme e dei valori è ipostatizzata una formula invalicabile al comma II dell'art. 1 della nostra Carta fondamentale: *“La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione”*.

Proprio il richiamo al perimetro normativo della Costituzione e soprattutto al catalogo dei valori fondamentali dell'ordinamento, primo fra tutti il valore della persona umana al centro del sistema repubblicano, rende solida la sponda contro eventuali spinte eversive e impedisce la violazione sostanziale degli interessi tutelati seppure attraverso l'adozione di procedimenti legislativi formalmente corretti. Per cui, già da un punto di vista normativo lo Stato di diritto si afferma come delimitazione di un'area di esercizio del potere e della sovranità che, seppure affidata al popolo, viene esercitata dagli organi di governo costituzionali²⁴.

In buona sostanza, la scelta delimitativa non è di natura politica ma giuridica, deriva dal diritto positivo, e le 'correzioni' alle iniziative legislative eversive devono essere di carattere giuridico con l'intervento diretto su quella norma che non si conforma al modello dei valori della Costituzione.

Cogliendo da altra angolazione gli effetti della legalità, se non vi fosse un sistema regolatore di controllo dei contenuti della regola giuridica, ci troveremmo di fonte alle *“nuove insidie teoriche al principio di legalità”*²⁵, ossia uno strumento flessibile per costituire nuovi e diversi assetti di poteri sovrani che continuereb-

²² Un lavoro puntuale e ricco di molteplici spunti riteniamo sia: F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico», 2007, pag. 1279.

²³ Molto interessante è il punto di osservazione che vuole anche riconoscere quel nuovo *trend* culturale, addirittura con una diretta ricaduta didattica, che si muove sull'abbandono della matrice italo-tedesca del diritto penale e l'acquisizione dei nuovi modelli di *common law*, in M. DONINI, *La situazione spirituale della ricerca giuridica penalistica. Profili di diritto sostanziale*, in «Cass. pen.», 2016, pag. 1853.

²⁴ N. BOBBIO, *Governo degli uomini o governo delle leggi?*, in «Nuova Antologia», CXVIII, 1983.

²⁵ G. ACOCELLA, *Abbozzo di una voce per un dizionario cit.*, pag. 2.

bero a produrre diritto con il solo obiettivo della conservazione di quei medesimi assetti di potere.

3. *L'etica pubblica come ipotesi di controllo intrinseco della legalità sostanziale. L'etica dei professionisti del diritto*

La base moderna della legalità costituita dal diritto positivo e ingabbiata dal vincolo delle garanzie fondamentali, eludendo i limiti di un moderno *gius-naturalismo*, si avvia lentamente ma inevitabilmente a recuperare i tratti positivi del concetto di etica pubblica: «In mancanza di una condivisa etica pubblica la legalità come prassi risulta compromessa ed il diritto non può comunque svolgere il suo improprio ma prezioso ruolo di supplezza morale»²⁶.

D'altro verso, infatti, la legalità si alimenta dell'etica pubblica che affonda le sue ragioni nella comunità politica, destinata a orientare le scelte legislative imponendo lo Stato di diritto come il portato della volontà popolare²⁷. Etica, i cui contenuti vanno ben definiti, va declinata in termini del tutto diversi dai moralismi imperanti in una stagione sociale che culmina nel cogliere gli stati emotivi per poi riversarli nella legislazione (per vero gli ultimi tempi registrano un riemergere di leggi emotive)²⁸.

²⁶ G. ACOCELLA, *Paradigmi della legalità*, in *La legalità ambigua*, Giappichelli, Torino, 2013, pag. 56; ID., *Etica, diritto, democrazia. La grande trasformazione*, Bologna, 2010; D. SANTAMARIA, *Il fondamento etico della responsabilità penale*, Discorso tenuto in occasione dell'inaugurazione dell'a.a. 1962-63 presso l'Università di Siena, ora contenuto in *Scritti di diritto penale*, a cura di M. La Monica, Kluwer Ipsa, Milano, 1996.

²⁷ Le deviazioni dell'etica pubblica sono opportunamente segnalate in DONINI M., *Il diritto penale come etica pubblica. Considerazioni sul politico quale "tipo d'autore"*, Mucchi Ed., Modena, 2014. Lo stesso Donini presenta il suo volume precisando i profili dell'etica pubblica: «Più singolare e distorto è la declinazione penalistica del fenomeno, anche se comprende bene che il diritto penale è quel ramo del diritto che ha più capacità censoria, è il più intollerante dei diritti, pur restando (in ipotesi) laico e non confessionale, di partito o di parte. In una situazione di assenza di parametri pubblici di valutazione morale, per censurare una condotta la via più sicura è di qualificarla come reato, mancando altrimenti un sistema di valori davvero eloquente o condiviso: una censura in termini non penalistici o perfino non giuridici, ha un impatto assai modesto in un sistema privo di un codice di comportamento autonomo», in www.penalecontemporaneo.it in data 25 febbraio 2015.

²⁸ Puntualmente AA.VV., *La legislazione penale compulsiva*, a cura di G. Insolera, Cedam, Padova, 2006. Sul tema da ultimo G. GIOSTRA, *Riflessi della rappresentazione mediatica sulla giustizia "reale" e sulla giustizia "percepita"*, in www.lalegislazionepanel.eu, 17 settembre 2018.

La legalità contemporanea alla prova dell'intersezione degli ordinamenti. Prove di etica della legalità

Questo è il rischio maggiore cui si espone l'etica, subire la contaminazione di scelte legislative originate per fronteggiare situazioni contingenti, stati di fibrillazione sociale, contesti di insicurezza sociale, ma che finiscono per insediarsi nella legislazione in via definitiva, rompendo gli equilibri del precedente ordine sistematico²⁹.

Orbene, la scala di derivazione dommatica del diritto positivo nel nostro Stato di diritto muove da una premessa certa e teleologica fondante, imprescindibile per l'attuale comunità, costituita dal valore della persona umana e dalla sua dignità sociale³⁰.

La persona umana in un modello di Stato democratico a democrazia partecipata conquista quella centralità che prima occupava lo Stato e diviene il nuovo centro di imputazione dei diritti fondamentali che non sono negoziabili neppure da parte dello stesso ordinamento giuridico che ne abilita gli effetti³¹.

Sulla base di queste considerazioni si potrebbe intravedere un passo breve tra l'etica come carattere intrinseco della legalità e lo Stato etico come l'indirizzo politico che prescinde dal rispetto dei diritti individuali e che vede l'organizzazione statale soverchiare i diritti e i bisogni della persona umana. In realtà può essere solo un rischio di ritorno al passato, sventato dal fatto che, anche scelte legislative formalmente coerenti con lo sviluppo dei procedimenti di legittimazione di una legge, che nella realtà si presentano intrinsecamente contrastanti con i valori di fondo sanciti dal patto normativo dei consociati, vanno dichiarate incostituzionali e disinnescata la loro portata eversiva.

Tutto questo oggi è possibile perché i valori di riferimento sono stati "pietrificati" nelle norme fondamentali dell'ordinamento democratico e tutto ciò che sostanzialmente è in contrasto, anche se formalmente rispettoso delle prerogative di adozione di una norma, è destinato a cedere e a cadere sotto la scure dell'abrogazione, dall'espunzione per antinomia teleologica.

²⁹ È sufficiente osservare tutto il vasto settore delle misure di prevenzione personali e patrimoniali che ha perso razionalità e scopo per raggiungere obiettivi punitivi del tutto estranei ai caratteri della prevenzione, sul tema si rinvia a P. TRONCONE, *La legalità penale alla ricerca di nuove fonti di legittimazione*, in «Materiali per una cultura della legalità», Giappichelli, Torino, 2015, pag. 169.

³⁰ Principio noto al nostro ordinamento giuridico prima ancora degli interventi della giurisprudenza convenzionale, come attestato da CORTE COST. Sent. n. 263 del 6 luglio 2000, in *www.cortecostituzionale.it*.

³¹ È sufficiente riflettere sulla bene della vita e la sua "difesa normativa" che non sembra ammettere deroghe. Si pensi all'eutanasia e anche alla controversa norma penale sull'aiuto al suicidio dell'art. 580 c.p. sottoposta al vaglio di legittimità della Corte costituzionale nel 2018.

Oggi l'etica pubblica trova il suo naturale e inscindibile radicamento nel giudizio di disvalore che la Costituzione esprime su tutte quelle iniziative normative che si pongano in contrasto con i valori e i beni fondamentali ivi sanciti e che oggi rafforzano la propria posizione attraverso i Trattati e la Convenzione EDU.

Occorre a questo punto dire che la legalità è anche il prodotto concettuale della giustizia³², con cui molto spesso si confonde, dove per giustizia non si intende la soddisfazione di una pretesa di equità, ma il valore più alto cui ancorare la legalità normativa, tesa a soddisfare un principio assoluto pertanto irraggiungibile seppure chiamato ad ispirare le scelte del diritto³³.

La giustizia, in definitiva, rappresenta il movente della legalità, il motore attuatore della legalità e, come per la legalità, è il fotogramma che cattura l'immagine di un ordinamento giuridico in un determinato momento della sua storia e che vede il diritto positivo motivato dall'etica³⁴. Il tema dell'etica pubblica non può essere però legato soltanto al diritto positivo, ma coinvolge anche l'opera dei settori istituzionali, quegli stessi che professionalmente sono posti a presidio della produzione della fonte, il parlamento, eccezionalmente il governo, il giudice e il ceto dei giuristi³⁵. Chiamati i primi a stabilire la regola giuridica secondo canoni di correttezza formale e sostanziale; i secondi tenendo fede al proprio ruolo di attuatori del diritto, anche se con margini di apprezzamento di tipo creativo; gli ultimi a trarre dal dettato normativo la disciplina più aderente ai caratteri dell'ordinamento giuridico³⁶.

Seppure l'etica pubblica si riflette nelle scelte dei tre settori di vigilanza, la stessa etica pubblica di derivazione costituzionale ha il compito e il dovere di correggere le numerose sollecitazioni provenienti da settori della società motivati ad intraprendere sbocchi normativi incoerenti.

³² M. SBRICCOLI, *La benda della giustizia. Iconografia, diritto e leggi penali dal medioevo all'età moderna*, in AA.VV., *Ordo iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 2003, pag. 69. A. PROSPERI, *Giustizia bendata*, in AA.VV., *Penale Giustizia Potere. Per ricordare Mario Sbriccoli*, eum, Macerata, 2007, pag. 109, che riprende alcuni temi del precedente saggio in: *Giustizia bendata. Percorsi storici di un'immagine*, Einaudi, Torino, 2009.

³³ P. RESCIGNO, *Certezza del diritto e legalità*, in «Materiali per una cultura della legalità», Giappichelli, Torino, 2016, pag. 7: «L'aver preferito il termine di legalità al termine giustizia che è carico di una maggiore suggestione, almeno nelle nostre abitudini di linguaggio, vuol dire richiamare la nostra attenzione proprio sull'esigenza del rispetto delle Istituzioni, del quadro normativo, delle singole disposizioni che compongono l'ordinamento normativo dello Stato».

³⁴ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino, 1992.

³⁵ G. VERDE, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2012.

³⁶ C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1999.

La legalità contemporanea alla prova dell'intersezione degli ordinamenti. Prove di etica della legalità

Occorre a questo punto chiedersi se con l'irrompere dell'ordinamento europeo delle leggi sullo scenario legislativo e giurisprudenziale italiano è agevole rinvenire nuovi ancoraggi di garanzia della nostra legalità costituzionale oppure il campo si apre a una nuova legalità con nuovi centri di potere e di produzione del diritto.

4. L'irrompere dei nuovi formanti del diritto. Il sistema di vigilanza delle Corti sulla legalità sincretica

Il sistema di legalità che si sta strutturando progressivamente intorno alla nuova realtà sovranazionale dei Trattati e delle Convenzioni espande la base normativa anche degli ordinamenti interni agli stati nazionali.

Il cambiamento è radicale e vi sono due precise ragioni.

In primo luogo, l'adesione al sistema dell'Unione europea ha determinato, con una progressiva e decisa evoluzione verso il futuro, l'ingresso di nuove fonti del diritto che si stabilizzano nel nostro sistema attraverso il punto di accesso incondizionato dell'art. 117 della nostra Carta Costituzionale.

In secondo luogo, il quadro che si delinea crea anche tensione tra i nuovi centri di produzione del diritto, non più racchiusi nel percorso parlamentare ma aperto a un diritto sincretico tra le norme di produzione, secondo il presidio della riserva di legge, e il diritto giurisprudenziale che utilizza una linea di intervento aperta alla sensibilità del divenire comunitario.

Se sul versante della produzione del diritto la legalità è sempre condizionata dal reticolo dei valori e dei principi che governano la legislazione e primo fra tutti l'alveo dei diritti fondamentali intangibili della persona, sull'opposto versante del sindacato di legittimità della norma ai principi fondamentali della Carta costituzionale, la Corte delle leggi è chiamata a uno stringente controllo di conformità sul diritto che penetra nel sistema.

Certamente la Corte costituzionale effettua una verifica sull'aderenza ai principi e ai diritti su cui si fonda l'assetto democratico italiano, tenendo ben presente il fatto che deviazioni dai parametri costituzionali non possono essere alla base del nuovo Stato repubblicano³⁷.

³⁷ Interessante i tentativi di riforma in presenza di un assetto immutabile, in A. BONDI, *Governo e garanzie... e altri dualismi*, in «L'Indice penale», 2017, pag. 713.

In una dimensione storica Francesco Palazzo ricorda quanto è stata importante la riflessione di Piero Calamandrei nella fase progettuale della nuova legalità repubblicana che attuava il rovesciamento della legalità autoritaria ed eversiva dell'ordinamento fascista³⁸. E proprio il capovolgimento di quello "stato di diritto" che tradiva il patto costituzionale fa da monito oggi a quei percorsi della legalità costituzionale che appaiono tradire gli attuali principi fondanti.

Oggi diventa arduo pensare a leggi eversive che possano essere ritenute compatibili con la Costituzione per una duplice forma di controllo sulla fonte del diritto, quella che svolge la nostra Corte costituzionale e quella che si effettua a livello sovranazionale tra le Corti Europee, dei Trattati e della CEDU.

Alla luce della contemporaneità, legalità non è un dogma e non è soltanto un principio di orientamento, è un modo d'essere di un ordinamento giuridico che nel settore della punizione personale subisce necessarie e ragionevoli autolimitazioni, per cui legalità non è arbitrio ma un complesso sistema di equilibri, teso a garantire fedele osservanza alla fonte normativa e consapevole rispetto dell'integrità di un bene rilevante per la collettività e, per questo, protetto da una norma giuridica.

Nei momenti di svolta degli ordinamenti giuridici il tema della legalità si pone come indice sintomatico per comprendere le coordinate del nuovo quadro di principi e di valori che si propongono, ma soprattutto la spia di assetti istituzionali che producono diritto destinato a mutare rapidamente sotto i nostri occhi.

Oggi il tema delle garanzie si trova di fronte a una svolta epocale che traccia una decisa divaricazione tra la cultura giuridico penale della legalità *in the books* e la legalità *in action*³⁹, chiamando in causa il tema dell'affidabilità e della legittimazione delle fonti legislative del diritto e con esse la solidità delle relazioni tra democrazia rappresentativa e produzione della legge parlamentare⁴⁰. Occorre prendere atto che

³⁸ F. PALAZZO, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in *www.penalcontemporaneo.it*, 29 gennaio 2016, pag. 1. A. CAVALIERE, *Radici e prospettive del principio di legalità. Per una critica del 'diritto penale vivente' interno ed europeo*, in «L'Indice penale», 2017, pag. 653. C. CUPELLI, *Il problema della legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in «Giur. cost.», 2015, pag. 181.

³⁹ Sebbene molto lontani, il modello di *Common law* resta il prototipo di riferimento per una *law in action*, sebbene vada chiarito che *common law* è in primo luogo un vero e proprio ordinamento giuridico e in secondo luogo occupa il rango di matrice del diritto, come afferma A. CADOPPI, *Common law e principio di legalità*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico», 2007, pag. 1161. F. PALAZZO, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in *www.lalegislazionepenale.eu* in data 29 gennaio 2016.

⁴⁰ G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero

La legalità contemporanea alla prova dell'intersezione degli ordinamenti. Prove di etica della legalità

la scelta di nuove opzioni di orientamento, come quelle che vedono il prevalere del diritto dell'Unione europea e ancora i diritti convenzionali della persona, portano inevitabilmente a ridisegnare il quadro della sistematica dei principi fondamentali e dei valori fondanti un ordinamento destinato a cambiare pelle con l'avvento di nuove e progressive acquisizioni dell'esperienza giuridica⁴¹.

Il piano operativo della legalità per eccellenza è quello del diritto penale che, in particolare, concentra la sua intangibilità nel dovere di conferire determinatezza alla fattispecie penale come essenziale forma di garanzia⁴². La determinatezza, o tassatività, quest'ultima come vincolo del dettato normativo nella fase del giudizio, è il corrispettivo della legalità come caratteristica qualitativa della norma penale. Maggiore è il tasso di determinatezza e completezza del precetto e della sanzione, maggiore è il livello di garanzia dei diritti individuali che assicura la legge di fonte parlamentare.

La connessione tra il principio di determinatezza e la riserva di legge, dunque, assevera le garanzie fondamentali, perchè i due principi si trovano in un perfetto rapporto funzionale tra contenitore e contenuto, senza alcuna necessità di invocare interventi di adattamento applicativo⁴³. Quando invece la norma richiede adattamenti ermeneutici per lo scarso grado di determinatezza ossia di incompletezza del comando giuridico, si apre lo spazio all'intervento del giudice che perde la sua funzione di mero applicatore del diritto per intraprendere iniziative giurisprudenziali di tipo creativo dando vita a un nuovo formante⁴⁴.

In realtà, è la nostra Corte costituzionale ad avvertire della asincronia dei principi fondamentali che attengono alla fonte del diritto tra il nostro ordinamento e quello convenzionale: «Proprio tale seconda affermazione dimostra, peraltro, come, nell'interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo, il principio

giuridico», 2007, pag. 1247.

⁴¹ V. MILITELLO, *I diritti fondamentali come oggetto di tutela penale: l'apporto della Carta Europea*, in «Dir. pen.», XXI secolo, 2003.

⁴² Ormai i rapporti tra legalità e determinatezza sono stati definiti da una decisiva pronuncia della Corte costituzionale, come chiarisce PULITANÒ D., *Ragioni della legalità. A proposito di Corte cost. n. 24/2017*, in www.penalecontemporaneo.it, 19 aprile 2017.

⁴³ L. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista*, cit., pagg. 84-85.

⁴⁴ L. ELIA, *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, in AA.VV., *La sentenza in Europa, modello, tecnica, stile*, Cedam, Padova, 1988. O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè, Milano, 2006. M. DONINI, *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale*, in B. Biscotti, P. Borsellino, V. Pocar, D. Pulitanò (a cura di), *La fabbrica delle interpretazioni*, Giuffrè, Milano, 2012, pag. 90.

convenzionale di legalità penale risulti meno comprensivo di quello accolto nella Costituzione italiana (e, in generale, negli ordinamenti continentali). Ad esso resta, infatti, estraneo il principio – di centrale rilevanza, per converso, nell’assetto interno – della riserva di legge, nell’accezione recepita dall’art. 25, secondo comma, Cost. [...]»⁴⁵.

Questo nuovo e più ampio orizzonte chi si apre è semplicemente il frutto dell’intersecarsi degli ordinamenti giuridici degli stati nazionali con l’ordinamento sovranazionale generato dai Trattati e dalle Convenzioni⁴⁶.

In assenza di un’opera di fusione o di rifondazione comune di un unico ordinamento valido per tutti gli stati aderenti al patto comunitario, nasce la necessità di armonizzare le diverse discipline e a compiere quest’opera è chiamato il giudice⁴⁷. Pertanto, il ruolo creatore del diritto assegnato al giudice non è una forma di usurpazione di poteri o di sovranità, ma semplicemente l’opera di adattamento ai valori comunitari dei singoli ordinamenti degli stati aderenti. Di fatto è mutata la nozione di ‘legge’ «che ha condotto a cancellare ogni linea di confine fra la giuris-dizione e la legis-lazione» aprendo la strada a quella che appare la natura creativa dell’attività giurisdizionale⁴⁸.

Resta tuttavia una importante traccia in quest’opera della giurisprudenza che viene a costituire, come già detto, un nuovo formante del diritto, perché non è soltanto intervento sulla fattispecie ma anche accertamento della lesione di diritti fondamentali dell’uomo sottoposto a processo secondo il modello convenzionale⁴⁹. Prende forma a questo punto il principio del precedente consolidato⁵⁰ come

⁴⁵ CORTE COST. Sent. n. 230 del 8 ottobre 2012, in *www.cortecostituzionale.it*, pag. 11.

⁴⁶ R. G. CONTI, *Il sistema di tutela multilivello e l’interazione tra ordinamento interno e fonti sovranazionali*, in «Quest. Giust.», n. 4 del 2016.

⁴⁷ A. BERNARDI, *Europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione europea*, in «Dir. pen. e proc.», 2004, pag. 5.

⁴⁸ M. LUCIANI, *Diritto penale e Costituzione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 25 ottobre 2018.

⁴⁹ M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, Milano, 2011.

⁵⁰ Seppure con una diversa prospettiva, quella di eliminare margini incertezza nell’interpretazione della legge che sovente si registra nello scostamento tra decisione delle sezioni semplici e sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione, la legge di riforma n. 103 del 23 giugno 2017 dell’art. 618 c.p.p. va nel senso di dare stabilità alla norma per giungere al “precedente consolidato”. In fondo, forse inconsapevolmente, l’iniziativa riformatrice attinge direttamente ai principi di common law e di law in action che si invocano a livello sovranazionale. Per un ampio commento si rinvia a G. FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? Sezioni Unite e principio di diritto*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 29 gennaio 2018.

La legalità contemporanea alla prova dell'intersezione degli ordinamenti. Prove di etica della legalità

la stabilizzazione di una decisione destinata a vincolare i giudizi successivi, così come suggerisce il modello di *common law*⁵¹.

Questo intenso lavoro di rimodellamento origina da un conflitto che il giudice è chiamato a dirimere, anche assumendo decisioni che sembrano collidere con la legislazione nazionale⁵². Ma quest'opera appare necessaria proprio per stabilire la regola giuridica comune che nasca da una scelta ermeneutica compiuta, auspicabilmente, in seguito a un proficuo dialogo tra le Corti. Da qui la pressione che si avverte sulla riserva di legge e sul requisito di legalità di un ordinamento che lentamente passa da una rigida *law in the books* in una *law in action*⁵³.

Ormai sono sempre più numerosi i casi di un vero e proprio “cortocircuito” che vive la legalità nazionale⁵⁴ e che impongono anche ai giuristi un deciso cambio di orizzonte culturale e argomentativo, a partire dalla c.d. “saga Taricco”, in ordine agli effetti della prescrizione sui reati in materia tributaria⁵⁵; il “caso Contrada” e la sussistenza del c.d. concorso esterno in un delitto di natura associativa qualificato⁵⁶; la sentenza Torreggiani⁵⁷ sulle forme di espiazione della pena carceraria secondo il senso di umanità e tutto quanto derivatone in tema di risarcimento dei danni a carico dello Stato italiano⁵⁸.

Sono tutte occasioni che suggeriscono di rivedere con prudenza e spirito sistematico le imprevedibili varianti che innovano con una pronta e inattesa radi-

⁵¹ A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, Torino, 1999. MANES V., *Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di “deontologia ermeneutica”*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 gennaio 2018.

⁵² V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, Dike Giuridica Editrice, Roma, 2012.

⁵³ F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in www.penalecontemporaneo.it in data 13 gennaio 2016.

⁵⁴ V. VALENTINI, *La ricombinazione genica della legalità penale: bio-technological strengthening o manipolazione autodistruttiva?*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 giugno 2016.

⁵⁵ M. GAMBARDELLA, *I modelli della legalità penale e la “vicenda Taricco”*, in «Arch.pen.», 2017. VIGANÒ F., *Il nullum crimen conteso: legalità ‘costituzionale’ vs. legalità ‘convenzionale’?*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 aprile 2017. C. CUPELLI, *Ecce Taricco II. Fra dialogo e diplomazia, l’attesa sentenza della Corte di Giustizia*, in www.penalecontemporaneo.it, 11 dicembre 2017. M. DONINI, *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018*, in www.penalecontemporaneo.it, 11 luglio 2018.

⁵⁶ V. MAIELLO, *Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in «Dir. pen. e proc.», 2015.

⁵⁷ G. GIOSTRA, *Sovraffollamento carceri: una proposta per affrontare l'emergenza*, in «Riv. it. dir. e proc. pen.», 2013, pag. 57.

⁵⁸ Il riferimento è alla legge n. 117 dell'11 agosto 2014 (G.U. Serie Generale n. 192 del 20 agosto 2014) su «*il diritto al risarcimento del danno da detenzione in stato di degrado*», previsto all'art. 35-ter O.P.

calità il nostro sistema legislativo penale, i fondamenti di valore che informano la materia e soprattutto comprendere che non è tollerabile una contrapposizione ma un dialogo tra i diversi centri di produzione del diritto tra cui la legge⁵⁹.

5. *Certezza del diritto come versione moderna della legalità. I vincoli normativi di un diritto fluido*

Il diritto dei Trattati e soprattutto il diritto convenzionale suggerisce al giurista di valutare i profili di una nuova accezione della legalità, una veste moderna i cui contenuti ridondano di un concetto acquisito alla coscienza collettiva e che si fa norma di orientamento per i comportamenti individuali e per l'opera giurisprudenziale.

Per comprendere appieno questa nuova concezione della legalità, soprattutto in materia penale⁶⁰, che avvia anche un nuovo percorso culturale sul tema del rapporto tra norma giuridica e cittadino, occorre risalire ai principi fondamentali sanciti nella Costituzione italiana e nella Convenzione EDU⁶¹. L'emersione negli ultimi anni, da quando le relazioni normative sono state regolate dalla disciplina dell'art. 117 Cost., di un nuovo proficuo legame tra art. 25 Cost. e art. 7 CEDU⁶² conduce ad inquadrare in maniera più precisa e proficua il legame tra legalità e certezza del diritto⁶³.

⁵⁹ In realtà il caso Taricco ha visto per la prima volta registrare un intenso dialogo tra Corte costituzionale e Corte dei Trattati, dove dal conflitto generato dal meccanismo dei controllimiti si è passati a una dimensione dialogica intessuta tra la giurisprudenza multilivello. V. MANES, *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra "diritto giurisprudenziale" e "legge"*, in «Giur. cost.», 2012, pag. 3474.

⁶⁰ AA.VV., *La "materia penale" tra diritto nazionale ed europeo*, di L. Foffani – M. Donini (a cura di), Giappichelli, Torino, 2018.

⁶¹ V. MANES – V. ZAGREBELSKY, a cura di, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011.

⁶² A. BERNARDI, *Commento sub art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in Bartole – Conforti – Raimondi, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2001, pag. 253. BERNARDI A., *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, in «Riv. it. dir. pubbl. com.», 2002, pag. 673.

⁶³ In realtà i diversi modelli di legalità vedono al centro tre diverse norme l'art. 25 Cost., l'art. 49 Carta UE e l'art. 7 CEDU, come sostenuto da M. GAMBARDELLA M., *I modelli della legalità penale e la "vicenda Taricco"*, in www.archiviopenale.it, 2017.

La legalità contemporanea alla prova dell'intersezione degli ordinamenti. Prove di etica della legalità

Questa volta però certezza non è soltanto stabilità e legittimazione della fonte normativa, ma soprattutto sicurezza sulla prevedibilità degli effetti che promanano dall'applicazione della norma giuridica, dove si escluda qualsiasi ipotesi di esegesi adattativa.

Per giungere a una norma che assicuri stabilità e prevedibilità dei suoi effetti per i destinatari, è determinante che il precetto non abbia dei margini di variabilità, in modo da impedire al giudice di dare luogo alla creazione del diritto per riproporre in fase applicativa in termini diversi quella che appare soltanto, ma non lo è, la medesima fonte.

In realtà il ruolo del giudice dovrebbe essere confermativo della fonte con una attività che dovrebbe consistere esclusivamente nell'applicazione della norma così come essa è stata elaborata dal legislatore⁶⁴.

Ecco allora che certezza del diritto deve voler dire che la norma penale sia prodotta dagli organi che rappresentano la volontà popolare attraverso una legge ordinaria; che sia irretroattiva la sua applicazione (salvo i casi di retroattività in *bonam partem*)⁶⁵; che sia sufficientemente determinato il precetto e, dunque, il comando da osservare o la condotta da cui astenersi; che, per tutte queste ragioni, il cittadino abbia la oggettiva possibilità e capacità personale di prevedere quali possano essere le conseguenze negative (pena) derivanti dall'inosservanza del precetto e quali le conseguenze processuali derivanti dal fatto illecito commesso⁶⁶. Insomma, proprio il combinato disposto degli artt. 25 Cost. e 7 CEDU.

Soltanto a queste condizioni la certezza del diritto è tale da rifondare la legalità, facendo in modo da stabilire un legame di giustizia tra l'azione repressiva dello Stato e la posizione giuridico-soggettiva del destinatario, per cui lo Stato autolimita la sua libertà e il suo potere, e il cittadino venga salvaguardato affidan-

⁶⁴ Per tutte le implicazioni che la legalità propone nella doppia prospettiva legislative e giurisprudenziale, si rinvia al ricco corredo offerto da AA.VV., *Cassazione e legalità penale*, a cura di A. CADOPPI, Dike giuridica, Roma, 2017.

⁶⁵ A. BALSAMO, *La dimensione garantistica del principio di irretroattività e la nuova interpretazione giurisprudenziale "imprevedibile": una "nuova frontiera" del processo di "europeizzazione" del diritto penale*, in «Cass. Pen.», 2007, pag. 2202.

⁶⁶ F. VIGANÒ, *Il principio della prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 19 dicembre 2016: «Accessibilità (=conoscibilità) del precetto e prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie sono le parole chiave nella giurisprudenza pertinente di Strasburgo, che naturalmente legge il *nullum crimen, nulla poena sine lege* come diritto dell'individuo, anziché come 'principio' ordinamentale funzionale alla tutela di interessi pubblici».

dosi unicamente all'ordinamento per conoscere esattamente cosa può fare e da cosa deve astenersi⁶⁷.

Per avere piena contezza della norma di comportamento non può mancare un criterio ausiliario ma essenziale che si delinea come principio di accessibilità alla fonte del diritto. Un criterio operativo che viene a corroborare la certezza del diritto, proprio per la sua libera e agevole conoscibilità, necessaria a fondare la colpevolezza normativa del responsabile.

Affidabilità e accessibilità alla fonte del diritto sono i canoni di garanzia del principio di libertà del comportamento di vita dei consociati che deve essere riconosciuto e difeso con assoluta priorità.

Il mutamento del paradigma tradizionale della certezza dal diritto⁶⁸ pone oggi al centro del dibattito, che ha radici normative e non più soltanto domestiche, il tema della certezza del diritto rispetto alla certezza della legalità. Alla luce di tali premesse è possibile registrare il passo in avanti che sposta tutto il quadro delle garanzie sul piano normativo, cogliendo l'essenza della tutela nel paradigma dei diritti dell'uomo. Per cui emerge prepotentemente come centrale il concetto normativo di "prevedibilità della condanna" come il nuovo canone della responsabilità penale, cui si affianca il diritto consolidato delle Corti che finisce per rappresentare una sorta di cuore stabile di un organismo mobile.

Questo nuovo intrecciarsi dei principi fondamentali dovrebbe anche fraporsi come ostacolo ai pericoli di un diritto fluido che rischierebbe anche di perdere le proprie coordinate di orientamento.

Il forte e sempre più incisivo ricorso alla Convenzione EDU e alla sua Corte, ai Trattati e alle sue Corti, alla luce del retroterra normativo dei principi di orientamento fondamentali, fanno emerge il ruolo del giudice come nuovo centro di produzione di un diritto dei "casi" e soprattutto dei "diritti", ma

⁶⁷ Fondamentale a questo proposito è il rinvio a A. CADOPPI, *Perché il cittadino possa "...esattamente calcolare gl'inconvenienti di un misfatto". Attualità e limiti del pensiero di Beccaria in tema di legalità*, in «L'Indice penale», 2015, pag. 569. Occorre aggiungere che, a dispetto di quanto possano ritenere i giuristi che non conoscono e non intendono conoscere i contesti in cui nascono e si disvelano valori e norme, questo scritto che, solo apparentemente, è frutto di ricerca storica si connota per la sua assoluta attualità, secondo un divenire che non può e non deve sfuggire al giurista che rivesta degnamente questa qualifica.

⁶⁸ F. L., DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1968. S. STAIANO, *Per orbite ellittiche. Modello garantista, valore della certezza, diritto penale*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2011.

La legalità contemporanea alla prova dell'intersezione degli ordinamenti. Prove di etica della legalità proprio le norme di orientamento possono rappresentare il limite alla giurisprudenza creativa⁶⁹.

La proposta è costituita da una pluralità di interventi di centri di produzione diversi del diritto, tutti ancorati tendenzialmente alla riserva di legge, ma con un maggiore spirito di adattamento della norma che nasca dalla dialettica giuridica, assetto che potrebbe conferire al diritto dell'Unione, soprattutto nel settore penale, quell'auspicabile livello di legalità tale da armonizzare le diverse matrici prevenendo i conflitti⁷⁰.

⁶⁹ A. RUGGERI, *Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali*, in *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*. 18. *Studi dell'anno 2014*, Giappichelli, Torino, 2015.

⁷⁰ Un quadro critico della situazione attuale è offerto da G. AMARELLI, *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?*, in «Riv. it. dir. e proc. pen.», 2018, pag. 1406.

La pena di morte nell'Italia liberale*

PAOLO VARVARO

The abolition of the capital punishment takes place in Italy after a parliamentary discussion of the nearly thirty years duration. This article examines the long legislative process and the wide theoretical debate that involves a reform presented by nineteenth-century culture European as a hope of redemption, achieved however too late. So in Italy the capital punishment will be restored shortly after, and to witness a new European abolitionist campaign will have to wait until the end of the twentieth century.

Capital punishment; Abolitionist campaign; Human rights; Italian politic

La campagna per l'abolizione della pena di morte rappresenta una tappa nell'unificazione legislativa del regno d'Italia, una testimonianza del credito internazionale della pur giovane scuola penale italiana e infine anche la prefigurazione di un modello giuridico europeo, che sembra prossimo a realizzarsi per poi dissolversi nel giro di pochi anni.

Non sono certo ignote, ma vanno pur sempre rievocate, le circostanze che portano all'approvazione del codice penale Zanardelli nel dicembre del 1889, che sancisce l'iniquità della pena capitale, alla cui abolizione la classe dirigente liberale si era adoperata sin dall'indomani dell'unificazione. Circostanze tormentate, che confermano la scarsa linearità del processo di unificazione tanto dal punto di vista dell'integrazione territoriale, quanto da quello dell'uniformità legislativa.

1. *Il lungo iter legislativo*

Alla vigilia della proclamazione del regno d'Italia Lombardo-Veneto, ducati emiliani ed ex legazioni pontificie erano retti dal codice penale sardo del '59, con

* Questo scritto trae ispirazione da I diritti fondamentali e la tentazione di un nuovo giusnaturalismo di Giuseppe ACOCELLA (in *Pratiche e dissonanze della ragione pratica. In ricordo di Giulio Gentile*, a cura di A. Arienzo e G. Borrelli, Bibliopolis, Napoli, 2018), quale modesto contributo storico alla rappresentazione dell'eterna istanza al diritto naturale.

le modifiche apportate dal decreto luogotenenziale del 17 febbraio 1861 valide per le sole provincie meridionali, mentre in Toscana vigeva il codice lorenese del '53, integrato però dalla formale abolizione della pena di morte decretata dal governo provvisorio del '59 (nel granducato la pena capitale era stata abolita una prima volta nel 1786, ripristinata poi nel '90 per i reati politici e nel '95 per gli omicidi premeditati; abolita di nuovo nel 1848, ristabilita con decreto nel '52, sino all'insediamento della giunta provvisoria che la sopprimeva definitivamente nel '59)¹. In sostanza sul territorio nazionale risultavano contemporaneamente in vigore tre differenti sistemi penali², una disparità normativa che autorizza lo storico a ritenere che «i pezzi di cui fu fatta la costruzione dello stato unitario avessero veicolato con sé una vera e propria archeologia della pena capitale»³ e i primi due titolari del dicastero della Giustizia a proporre una riduzione nel codice penale sardo dei casi di applicazione della pena di morte, da tredici sino a quattro, cercando così di andare incontro alle richieste dei toscani senza rinunciare all'obiettivo dell'uniformità legislativa⁴.

Nel 1863 alla guida del ministero si insedia Giuseppe Pisanelli. Insigne processualista e fautore in gioventù di una battaglia abolizionista nel parlamento napoletano, egli avrebbe potuto favorire una soluzione definitiva, se nel frattempo non fosse intervenuto il problema della lotta al brigantaggio. Quando il deputato Pasquale Stanislao Mancini, che in materia penale condivide le posizioni del ministro di Grazia e Giustizia e in futuro ricoprirà il medesimo incarico, presenta un disegno di legge per l'estensione alle provincie toscane del codice penale sardo e per la contemporanea abolizione della pena di morte l'umore del parlamento non risponde più agli slanci ideali dell'immediato periodo postunitario. Basti pensare che nel febbraio del 1860 il dibattito sull'abolizione era stato avviato da un intervento di Cattaneo sul "Politecnico", primogenitore di una appassionata e cospicua

¹ Cfr. Riccardo STABILE, *Il dibattito sull'abolizione della pena capitale*, in *Scuola classica e codici penali latino-americani: frammenti di una ricerca*, a cura di Paolo Pittaro, Eut, Trieste, 2008, pagg. 123-124.

² Mario DA PASSANO, *Il primo progetto di codice penale toscano (1824)*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», n. 1, 1992, pag. 41.

³ Così Adriano PROSPERI, *Carrara e la pena capitale*, in *Francesco Carrara nel primo centenario dalla morte. Atti del convegno internazionale Lucca-Pisa 25 giugno 1988*, Giuffrè, Milano, 1991, pag. 406.

⁴ Italo MEREU, *La morte come pena. Saggio sulla violenza legale*, Donzelli, Roma, 2007³, pag. 147.

produzione sul tema⁵, mentre nel maggio di quello stesso anno un deputato del gruppo dei cavouriani, Angelo Mazzoldi, aveva presentato il primo progetto di legge abolizionista accompagnandolo con i toni di una battaglia di civiltà: «La pena di morte, siccome marchio di ferocia senza diritto e senza bisogno del consorzio civile impresso nell'umanità, è abolita»⁶. «La morte – aveva poi aggiunto Mazzoldi con foga risorgimentale – vogliamo vederla sui campi di battaglia»⁷. Repubblicani e cavouriani adoperavano allora argomenti simili e la passione per un tema di alto profilo civile sembrava destinata a dissolvere ogni steccato.

Non sarà più così già pochi anni dopo, allorché le snervanti mediazioni che sanciscono l'unificazione legislativa e amministrativa faranno emergere i contrasti sopiti dall'epopea risorgimentale. La Camera approva così a larga maggioranza la legge Pica e poi quella Peruzzi che implicano di fatto «un'ampia, ed incontrollabile, estensione della pena di morte»⁸. E lo stesso Mancini per combattere il brigantaggio presenta un progetto di legge che condivide l'idea di una repressione straordinaria del fenomeno, pur contestando l'istituzione di un regime eccezionale per il Mezzogiorno⁹.

La discussione parlamentare del '65 sulla proposta abolizionista di Mancini risente quindi delle nuove preoccupazioni che si addensano sul regno d'Italia, ricordate da Giuseppe Massari quando denuncia le pressioni da parte di un'opinione pubblica troppo indulgente, che avrebbero rischiato di favorire un ammorbidimento della legislazione penale in presenza di così gravi pericoli d'ordine pubblico. Massari era stato il relatore della commissione d'inchiesta parlamentare

⁵ Carlo CATTANEO, *Della pena di morte nella futura legislazione italiana*, «Politecnico», febbraio 1860, poi in *Scritti politici*, a cura di Mario Boneschi, Le Monnier, Firenze, 1964, vol. 1, pagg. 386-407.

⁶ Così recitava il testo proposto (*Atti del parlamento italiano. Sessione del 1860. 1° periodo dal 2 aprile al 10 luglio. Discussioni della Camera dei Deputati*, eredi Botta, Torino, 1860, seduta del 10 maggio 1860, p. 154), superato poi da un ordine del giorno presentato da La Farina, che rimandava l'esame della questione alla presa in esame dell'unificazione della legislazione penale del regno: l'arte del rinvio comincia a imporsi come strategia ordinaria di governo.

⁷ *Ivi*, pag. 156.

⁸ Mario DA PASSANO, *La pena di morte nel Regno d'Italia. 1859-1889*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1992, n. 2, pag. 370.

⁹ Cfr. Franca MELE, *Un codice unico per un'Italia nuova: il progetto di codice penale di Pasquale Stanislao Mancini*, Carocci, Roma, 2002, pagg. 22-25. Pertanto Mancini nel '64 si esprimeva in senso contrario alla proroga della legge Pica (cfr. Giovanni ALIBERTI, *Mancini e il sistema politico unitario*, in *Pasquale Stanislao Mancini. L'uomo, lo studioso, il politico*, a cura di O. Zecchino, Guida, Napoli, 1991, pag. 56).

sul brigantaggio e la sovrapposizione di una contingenza storica a una battaglia ideale di lungo termine non contribuisce certo alla soluzione del problema penale. Avvertendo l'insidia di un ambiente ormai poco predisposto a impugnare la bandiera del progresso, Mancini articola quindi la sua tesi sulla necessità empirica dell'abrogazione di fronte all'inutilità della pena somministrata, senza insistere sulla legittimità o illegittimità della punizione capitale¹⁰. Il discrimine viene quindi posto tra effetti utili e dannosi della punizione capitale, secondo una disamina delle ragioni che determinano il movimento della criminalità e che accrescono o diminuiscono il numero dei rati più gravi: «Lo stato *intellettuale, morale, economico e politico* di una nazione, la maggiore o minore imperfezione della legislazione in quanto può accrescere la probabilità e quindi le speranze dell'impunità, gli esempi di moralità e di abusi che scendendo dall'alto vengano offerti al popolo dal proprio Governo, l'ordinamento ed il grado d'intelligenza ed operosità degli istituti preventivi di vigilanza e di sicurezza pubblica, sono i veri ed eminenti fattori della criminalità di un paese, e spiegano il numero esteso o ristretto de' grandi malfattori, assai più che la minaccia della pena di morte in pochi»¹¹.

I ragionevoli argomenti di Mancini consentono alla proposta abolizionista di conquistare la maggioranza alla Camera, ma non di superare la successiva opposizione del Senato, che vota per un disegno di legge notevolmente modificato (mantenendo la pena di morte per quattro fattispecie di reati, ma pretendendo di estenderla anche alla Toscana) e riporta così allo stato iniziale la questione dell'unificazione legislativa. Il pronunciamento della Camera, se prelude alla dilatazione dei tempi nella riforma del codice penale¹², segna comunque una data fondamentale nella battaglia abolizionista, come testimonianza dell'allineamento del parlamento, quanto meno della sua Camera elettiva¹³, con una volontà

¹⁰ Anche nell'ultimo discorso parlamentare Mancini rivendicava il suo empirismo, che sull'abolizione della pena capitale lo ha portato sempre a evitare «di elevarla alle regioni metafisiche», facendone una questione di necessità, «corrispondente al grado di civiltà sociale, alle condizioni in cui una società attualmente si trova» (Pasquale Stanislao MANCINI, *Discorsi parlamentari*, vol. VIII, Camera dei deputati, Roma, 1897, pag. 605, seduta del 7 giugno 1888).

¹¹ *Atti del Parlamento italiano. Sessione del 1863-64-65. Discussioni della Camera dei Deputati*, vol. XI, Tipografia nazionale Bertero, Roma, 1891, seduta del 24 febbraio 1865, pag. 8478 (corsivo nel testo).

¹² Il codice di procedura penale sardo viene invece introdotto anche in Toscana e dichiarato, con qualche emendamento migliorativo, valido per l'intero territorio nazionale (Carlo GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia, 1865-1942*, Laterza, Roma-Bari, 1985, pag. 67).

¹³ La Camera più importante poiché raccoglie «il sangue e la vita della nazione» (Antonio BUC-

che comincia a farsi strada nella società italiana. Non si dimentichi tra l'altro che nel '64 la capitale del regno è stata trasferita a Firenze. Si dirà tra poco della pubblicistica sul tema, alimentata da numerosi contributi stranieri e segnata da una percezione del diritto penale come frontiera della nuova Europa. Da questo punto di vista il ruolo che sul fronte parlamentare assume uno studioso del diritto internazionale come Mancini garantisce a questa battaglia una risonanza non circoscritta al territorio nazionale. Ancora più notevole è poi il fatto che Mancini si richiami a un pronunciamento popolare (riferendosi a pubbliche adunanze che si svolgono nelle città italiane a sostegno della campagna abolizionista) per dimostrare la mobilitazione di un'opinione pubblica indignata della prudenza parlamentare: «Si credeva fino a ieri che la massa del popolo italiano fosse superstiziosa e tenace non già della vera e schietta religione, ma de' suoi abusi, e che il nostro popolo fosse poco maturo alle grandi riforme. Il popolo italiano questa volta si è incaricato da sé di smentire i suoi calunniatori»¹⁴. Nel corso della discussione parlamentare Crispi aveva auspicato l'opportunità di un plebiscito, avvertendo che la pena di morte era diventata un problema inseparabile dalla coscienza nazionale¹⁵. E Garibaldi riteneva addirittura incredibile che «l'opinione del popolo non abbia ancora imposto a chi governa questo passo così necessario nella via del progresso e della umanità»¹⁶. Insomma nei primi anni postunitari, malgrado l'accidentato percorso dei provvedimenti di unificazione amministrativa, la fiducia collettiva in una rinnovata coscienza nazionale sembra prevalere sull'ostinata cautela del legislatore¹⁷. E anche la società italiana, quanto meno quella parte della società fornita di adeguati strumenti conoscitivi, mostra di confidare in un futuro di progresso di cui da lì a breve si sarebbero smarrite le tracce¹⁸.

CELLATI, *Abolizione della pena di morte*, in A. AMATI e A. BUCCELLATI, *Cesare Beccaria e l'abolizione della pena di morte*, Vallardi, Milano, 1872, pag. 227).

¹⁴ *Atti del Parlamento italiano. Sessione del 1863-64-65. Discussioni della Camera dei Deputati*, vol. XI, cit., seduta del 25 febbraio 1865, pagg. 8507-8508.

¹⁵ Ivi, seduta del 10 marzo 1865, p. 8595. Cfr. anche Paolo Rossi, *La pena di morte e la sua critica*, Libreria Mario Bozzi, Genova, 1932, pag. 21.

¹⁶ Giuseppe GARIBALDI, *Lettera al Direttore*, «Giornale per l'abolizione della pena di morte», 1862, vol. II, n. 2, pag. 139.

¹⁷ Sulla questione dell'unificazione legislativa, in perenne oscillazione tra euforia postunitaria e mediazione parlamentare al ribasso, mi sono già soffermato in *L'orizzonte del Risorgimento*, Dante & Descartes, Napoli, 2001, pagg. 11-63.

¹⁸ Nelle sue lezioni sulla pena di morte il giurista Pessina invita però a maneggiare con cautela il giudizio popolare, un «elemento fluttuante» che alla lunga si rivelerà effimero (ENRICO PESSINA,

I successivi dieci anni che concluderanno la fase di governo della destra storica si caratterizzano per un estenuante gioco di sponda tra intenzioni parlamentari e contropunte governative, con la nomina di due commissioni incaricate dello studio del problema e della formulazione di una proposta di codice penale, i cui suggerimenti sono destinati a rimanere disattesi e sostanzialmente ignorati. La duplice commissione nominata dal governo è composta dai maggiori penalisti dell'epoca, alcuni dei quali già coinvolti nella campagna abolizionista – oltre a Mancini e Pisanelli, spiccano i nomi di Pietro Ellero e Francesco Carrara – sostenitori di una posizione abolizionista, che il governo ormai non esita a contrastare apertamente (sul terreno dell'ordine pubblico si consuma uno dei più significativi motivi di conflitto tra destra e sinistra), ricorrendo in ultima istanza al «savoio parere» dei magistrati e delle Corti di Cassazione e delle Corti d'Appello, che si pronunciano con poche eccezioni a favore del mantenimento della pena di morte¹⁹. Si apre così un solco tra la magistratura e il mondo accademico. Dopo il pronunciamento pressoché concorde della scuola penalistica, il Congresso giuridico nel '72 esprime voto unanime per l'abolizione della pena capitale. Una ennesima commissione, nominata dal ministro e composta questa volta unicamente da tre pubblici ministeri, arriva però a formulare una proposta di tutt'altro tenore: «La pena di morte, per i reati preveduti da questo codice, si eseguisce in pubblico mediante la decapitazione»²⁰.

Sul cambio di atteggiamento sembravano incidere riflessi di diversa natura. A rafforzare le posizioni contrarie a ogni misura di indulgenza in campo penale concorre senz'altro un fattore endogeno, relativo al radicalizzarsi delle posizioni parlamentari nell'ultima fase della stagione della destra storica. Ma non si deve sottovalutare il condizionamento della scena internazionale, che nel marzo del 1870 è segnata dallo scontro della Confederazione della Germania del nord con la Prussia di Bismarck sul voto per l'abolizione della pena di morte, inizialmente decretata dal parlamento di Francoforte e poi revocata su pressione del cancelliere prussiano²¹. L'esempio tedesco incoraggia anche in Italia i fautori di una correzione di rotta e spinge l'Europa a una retromarcia sul tema dei diritti civili.

Appunti intorno al nuovo schema di codice penale per il Regno d'Italia e lezioni sulla pena di morte, Giuseppe Marghieri, Napoli, 1875, pag. 208).

¹⁹ R. STABILE, *art. cit.*, pag. 129.

²⁰ *Ivi*, pag. 130.

²¹ Cfr. I. MEREU, *op. cit.*, pag. 161.

Si giunge così all'inizio del 1874 con la presentazione al Senato, su proposta dell'ultimo ministro di Grazia e Giustizia della destra Paolo Onorato Vigliani (gli succederà proprio Pasquale Stanislao Mancini nel primo governo Depretis), di un progetto di codice penale che prevede il ripristino della pena di morte sull'intero territorio nazionale, in grado di raccogliere il consenso della Camera alta, sia pure meno compatta rispetto al passato²². Il disegno di legge governativo non riesce però ad anticipare la cosiddetta "rivoluzione parlamentare", che disarciona la maggioranza di destra aprendo le porte alla sinistra. E poiché la difesa della pena capitale era assurda, nella fase di tramonto della destra storica, a baluardo della vecchia maggioranza, la sinistra al governo riporta le lancette della storia alla discussione del '65 sul progetto di legge Mancini, che ricopre adesso la carica di ministro Guardasigilli.

Il progetto di codice penale presentato alla Camera nel novembre del '76 raccoglie così le precedenti esperienze fondendole in un unico documento, che avrebbe dovuto consentire finalmente di risolvere la diatriba a favore della scelta abolizionista. Nel presentare il nuovo progetto di codice penale il ministro celebra la saggezza e la virtù di un popolo che, con la sola eccezione della legislazione penale, «da oltre un decennio ha conquistato con meravigliosa facilità l'immenso beneficio della sua unità legislativa»²³. *Con meravigliosa facilità*: il parlamento avrebbe potuto far tesoro di questa esortazione emulativa per superare una volta per tutte i contrasti sulla pena di morte. Per agevolare la rapida approvazione del suo testo il nuovo ministro di Grazia e Giustizia accoglie tra l'altro il progetto di legge presentato dal precedente ministro Vigliani, che ha già superato la votazione al Senato, limitandosi a istituire una nuova commissione incaricata di apportarvi le opportune modifiche sotto forma di emendamenti. La commissione è composta, con l'eccezione di un deputato, da cinque senatori (per rispetto nei confronti del ramo del parlamento che ha approvato il precedente testo) e da

²² «Anche tra i senatori qualcosa cominciava a muoversi» (*ivi*, pag. 166). Mancini aveva suggerito a Francesco Carrara di denunciare il mantenimento del boia, ma questi gli aveva consigliato di concentrare l'opposizione al progetto Vigliani non su questioni di umanità bensì di scienza, secondo un'impostazione teorico-pragmatica che diventerà prevalente nel periodo successivo (Marco Nicola MILETTI, «Mio primo amore ed esercizio»: il Mancini penalista, in *Per una rilettura di Mancini. Saggi sul diritto del Risorgimento*, a cura di Italo Birocchi, Edizioni ETS, Pisa, 2018, pag. 355).

²³ *Progetto del codice penale del Regno d'Italia presentato alla Camera dei deputati nella tornata del 25 novembre 1876 dal Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti con la relazione ministeriale*, libro primo, Stamperia Reale, Roma, 1877, pag. 7.

docenti di diritto penale, «desiderando di essere confortato nel preparare codesti emendamenti dagli autorevoli consigli e pareri de' più valorosi criminalisti»²⁴: tutti selezionati in relazione alle loro opinioni contrarie alla pena capitale²⁵, per altro prevalenti tra gli studiosi di diritto. Sicché si arriva in poco tempo alla decisione unanime di cancellare questa pena dall'ordinamento, sostituendola con l'ergastolo. Dopo di che, essendo intervenuto lo scioglimento della Camera, Mancini ritiene utile impiegare il tempo a disposizione procedendo a una consultazione a più ampio spettro, che coinvolga nell'esame del testo le facoltà di Giurisprudenza, i consigli dell'Ordine degli avvocati, le Corti di Cassazione e d'appello e persino le più rinomate accademie mediche, i direttori di manicomi e alcuni docenti universitari di medicina legale e di psichiatria, ottenendo alla fine un'ampia percentuale di risposte a favore dell'abolizione della pena capitale²⁶. Avendo raccolto ampi consensi Mancini si sente autorizzato a concludere che, «dopo tre lustri di meditazioni e di studi incessanti», il nuovo codice penale «può ben dirsi opera nazionale»²⁷. Il traguardo appare ormai a portata di mano, la battaglia abolizionista ha conquistato un diffuso consenso sociale, l'unificazione legislativa sembra vicina.

Ma i tempi dell'approvazione parlamentare non corrispondono al proposito di Mancini di far coincidere l'unificazione della legislazione penale con l'avvento della sinistra al governo, mentre l'offuscarsi degli scenari europei spegne gli entusiasmi abolizionisti. Il prolungarsi della discussione nelle commissioni parlamentari e nell'aula della Camera²⁸ non consentono infatti di giungere all'approvazione definitiva del nuovo codice prima della caduta del secondo governo Depretis, che sancisce anche il definitivo abbandono della carica di Guardasigilli da parte di Mancini. Il voto di approvazione della Camera del novembre del '77 comporta la sospensione delle esecuzioni capitali in attesa della formale soppressione della pena di morte, che però ritarderà di altri dieci anni. Il progetto di codice

²⁴ *Ivi*, cit., pag. 13.

²⁵ I. MEREU, *op. cit.*, pagg. 167-168.

²⁶ Con la significativa eccezione delle Corti di Cassazione, che si erano pronunciate quasi tutte per il mantenimento sia nella consultazione del '68 che in quella del '76, laddove invece le Corti d'appello, dapprima in maggioranza per il mantenimento, nel '76 avevano rovesciato il loro parere (Mario DA PASSANO, *La pena di morte nel Regno d'Italia*, cit., pagg. 350-353). Una disamina più articolata delle diverse risposte in Franca MELE, *op. cit.*, pagg. 128-129.

²⁷ *Progetto del codice penale*, cit., pag. 17.

²⁸ Dettagliatamente riportate in F. MELE, *op. cit.*, pagg. 206-243.

penale, ereditato dai successivi nove titolari del dicastero di Grazia e Giustizia, viene infatti condotto all'approvazione da Zanardelli tra il 1887 e l'89, con alcune significative variazioni che non riguardano però la scelta, ormai condivisa, di abolizione della pena capitale²⁹. Tant'è vero che a Mancini viene riservato un ruolo importante nell'approvazione del codice Zanardelli, in qualità di presidente della commissione parlamentare incaricata di esaminare il progetto e come firmatario di un ordine del giorno, che l'8 giugno del 1888 plaude «all'abolizione e scomparsa della pena di morte dall'unico codice penale italiano», richiamando alla memoria le analoghe e meno definitive deliberazioni del 1865 e del '77³⁰. Si tratta dell'ultimo atto pubblico di Mancini prima della sua scomparsa, avvenuta nel dicembre dello stesso anno e quindi a breve distanza dall'approvazione definitiva del codice.

Nel consegnare alle stampe nel '76 il suo progetto di legge, il maggiore artefice dell'abolizione della pena di morte aveva concluso la rassegna dei pareri favorevoli da parte delle istituzioni interpellate sigillandoli con un'affermazione perentoria e impegnativa: «Tale è il vero stato della pubblica opinione in Italia»³¹. Già allora la battaglia sembrava perduta sul fronte europeo³², ma l'Italia poteva legittimamente aspirare a conquistare un primato nel campo del diritto penale internazionale. Per quanto suscettibile di interpretazioni diverse e di variazioni anche repentine³³, la motivazione del senso comune introduce uno spunto di ri-

²⁹ Né la Commissione né la sottocommissione incaricate della revisione e dell'elaborazione del testo definitivo prendono in considerazione il problema della pena capitale, evidentemente elaborato ormai a sufficienza (Mario DA PASSANO, *La pena di morte nel Regno d'Italia*, cit., pag. 383).

³⁰ Cfr. R. STABILE, *art. cit.*, pagg. 135-136. Il suo discorso, tenuto il 7 giugno dell'88, viene interpretato «come un atto di consegna, una sorta di accompagnamento a un'opera costruita nel tempo, rifinita da altri e necessariamente da considerare pronta» (Italo BIROCCHI, *Pasquale Stanislao Mancini e la cultura giuridica del Risorgimento*, in *Per una rilettura di Mancini*, cit., pag. 92).

³¹ *Progetto del codice penale del Regno d'Italia*, cit., pag. 92.

³² Mentre la Camera approvava la mozione abolizionista, il principale giornale della borghesia italiana, su posizioni da sempre contrarie, non mancava di rilevare la contrarietà dei principali governi europei su questo tema (*La votazione sulla pena di morte*, "Corriere della sera", 30 novembre 1877). Alcuni anni dopo il Guardasigilli fascista che ripristina la pena capitale si soffermerà sullo "strano fenomeno" per cui questa sanzione «continua ad essere accolta dalla immensa maggioranza delle legislazioni degli Stati liberi, e viene sostenuta da moltissimi scrittori di diritto penale devoti alle ideologie del liberalismo» (Alfredo ROCCO, *La trasformazione dello Stato. Dallo Stato Liberale allo Stato Fascista*, La Voce, Roma, 1927, pag. 102).

³³ Va notato come in quel periodo anche le posizioni antiabolizioniste evitavano argomenti teorici contrari all'abolizione, che contrastavano sulla base della convinzione che la coscienza

flessione da non trascurare, se intendiamo soppesare la consistenza nella cultura italiana di una consolidata tradizione abolizionista.

2. *Teorie e prassi abolizioniste*

L'articolo di Cattaneo contro la pena di morte si colloca a ridosso dell'annessione del Lombardo-Veneto e individua nella riforma del diritto penale uno dei primi adempimenti del nascente Stato italiano. Cent'anni dopo la lezione di Beccaria non basta più mostrare fiducia nel progresso, occorre operare concretamente per realizzarlo³⁴. La sintesi tra progresso e civiltà costituirà anche negli anni successivi il filo conduttore della battaglia abolizionista³⁵, anello di connessione tra l'illuminismo settecentesco di Beccaria e il positivismo della nuova Italia liberale. Quest'ultima riprende da Beccaria (e da Cattaneo) l'idea per cui la vita è oggetto di un diritto indisponibile, sottratto al potere dell'uomo e della società³⁶. Ma vi aggiunge l'esecrazione nei confronti della condanna eseguita in pubblico, che attraverserà tutta la società europea nel corso della stagione abolizionista: «Il tribunale non è un teatro. Andate a sollazzarvi altrove»³⁷. L'articolo di Cattaneo individua nella questione penale un obiettivo primario per lo sviluppo della democrazia italiana. L'esortazione più perentoria è rivolta alla necessità di salvaguardare la società dall'emergenza criminale mediante una vasta operazione educativa, poiché la «vera ed efficace prevenzione dei delitti sta nell'educazione delle moltitudini»³⁸. Un compito affidato sì ai governanti, ma propedeutico a

popolare non fosse ancora matura per accettarla (M. DA PASSANO, *La pena di morte nel Regno d'Italia*, cit., pag. 384). La medesima motivazione del *common sense* fu poi utilizzata da Alfredo Rocco per giustificare il ripristino della pena (Norberto BOBBIO, *Il dibattito attuale sulla pena di morte*, in AA.VV., *La pena di morte nel mondo. Convegno internazionale di Bologna 28-30 ottobre 1982*, Marietti, Casale Monferrato, 1983, pag. 20; cfr. anche Pasquale TRONCONE, *Il diritto dello Stato di punire con la morte*, Aracne, Roma, 2012, pagg. 44-47).

³⁴ C. CATTANEO, *art. cit.*, pag. 387.

³⁵ I. MEREU, *op. cit.*, pagg. 138-140.

³⁶ Mario A. CATTANEO, *Morale e politica nel dibattito dell'Illuminismo*, in AA.VV., *La pena di morte nel mondo*, cit., pag. 123.

³⁷ C. Cattaneo, *art. cit.*, p. 407. Nel mondo anglosassone avrà un forte impatto il racconto *Weir di Hermiston* di Robert Louis STEVENSON (1892-94), che descrive l'esecuzione di una condanna a morte e le reazioni di chi vi assiste. Si veda anche Arthur KOESTLER, *Riflessioni sull'impiccagione*, in Albert CAMUS e Arthur KOESTLER, *La pena di morte*, Newton Compton, Roma, 1972.

³⁸ C. CATTANEO, *art. cit.*, pag. 407.

un “diritto dei popoli” in grado di sorgere dalle rovine del “diritto degli Stati”: «Armati e inermi, soldati e scrittori, uomini e donne, noi siamo la leva in massa nella guerra tra il diritto degli stati, tra il diritto dei trattati, e il diritto ingenito e inalienabile delle nazioni»³⁹. L'adeguamento del diritto penale ai canoni della moderna civiltà non deriva insomma da una scelta di governo, ma dalla risposta necessaria a un'esigenza radicata nel tessuto civile e fatta propria dalla comunità nazionale: un'ipotesi politica veicolata dalla società ed assecondata dalle istituzioni. Da cui discendono due conseguenze: che la campagna abolizionista venga capeggiata da comitati di opinione anziché da forze politiche e parlamentari; che il suo richiamo sarà di natura cosmopolita, in virtù di una concezione europea del principio di nazionalità, destinata a caratterizzare ancora per qualche decennio il campo della cultura e l'azione per i diritti civili.

Non a caso il precursore di un'idea nazionale basata su un sistema di valori comuni attingibili al diritto naturale è anche il protagonista della lunga battaglia politica per l'abolizione della pena di morte in Italia. Quel Pasquale Stanislao Mancini autore, dieci anni prima dell'intervento di Cattaneo, della celeberrima prolusione sul tema della nazionalità come fondamento del diritto delle genti⁴⁰. L'esule politico Mancini, quando l'Italia è ancora un'idea in formazione, immagina la nazionalità come lo svolgimento del principio della libertà nel suo dispiegarsi nella storia, consapevole come Cattaneo che la nazione acquista consapevolezza di sé medesima in rapporto con le altre⁴¹: «la nazionalità non è che la esplicazione collettiva della libertà [...] in ciascuna nazione questa libertà non può avere altro limite, che dove cominci la violazione della eguale libertà che è forza rispettare in tutte le altre»⁴².

Dopo gli eventi del '48 il passaggio che si realizza da una prospettiva di universalismo rivoluzionario alla valorizzazione dello specifico di ogni nazione, dall'idea di cittadinanza a quella di nazionalità, non comporta nella cultura europea la rinuncia al cosmopolitismo settecentesco, bensì l'adozione di una nuova

³⁹ *Ivi*, pagg. 396-397.

⁴⁰ Pasquale Stanislao MANCINI, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti* (prelezione al corso di diritto internazionale e marittimo pronunciata nella R. Università di Torino), Torino, Botta, 1851.

⁴¹ Cfr. Flavio Lopez DE OÑATE, *Responsabilità e azione. Scritti vari di filosofia, storia, diritto e politica*, a cura e con un saggio di Giuseppe Acocella, Morano, Napoli, 1974, pagg. 112 e 126 (si tratta dell'introduzione ai *Saggi sulla nazionalità* di Mancini per l'edizione del '44).

⁴² P. S. MANCINI, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti*, cit., pag. 41.

ideologia unificatrice, incentrata appunto su un principio inclusivo di nazionalità⁴³. In ambito giusnaturalistico la dottrina della nazionalità porta ad assumere in relazione ai popoli e alle nazioni i medesimi processi che la filosofia giuridica scopre riferiti ai singoli individui⁴⁴: secondo Mancini la base della collaborazione tra le nazioni non può che fondarsi su bene morale e utilità⁴⁵. In questo contesto l'elaborazione di una giurisprudenza penale internazionale rappresenta l'implicita utopia di una generazione di penalisti europei, in parte ancora alla ricerca di uno Stato, che giustificano la loro partecipazione alla politica con il compimento di un simile ideale e che trovano rafforzata nella militanza politica la convinzione che l'affermazione dei diritti umani possa favorire la collaborazione tra le nazioni. Nel liberalismo europeo di metà ottocento è ancora prevalente l'idea di Paine, che all'efficacia universale dei diritti civili attribuisce l'effetto di rendere superflui i conflitti tra Stati, che generano «un sistema perpetuo di guerre e di spese, che esauriscono il paese e distruggono il benessere generale che la civiltà è in grado di generare»⁴⁶. A conclusione del processo di formazione nazionale in Italia e in Germania, e in coincidenza con la crisi economica degli anni settanta, questa fiduciosa convinzione si sarebbe tramutata in ragion di stato e una diversa interpretazione del principio di nazionalità avrebbe generato una regressione dal punto di vista dei diritti umani⁴⁷. Lo stesso Mancini, da studioso del diritto internazionale, si ritroverà come ministro degli Esteri nel governo Depretis a stipulare la tripla alleanza e a inaugurare la politica coloniale italiana nel mar Rosso.

Le riflessioni sul diritto penale nell'Italia preunitaria costituiscono un ponte ideale per il passaggio da un diritto naturale nazionale a un diritto continentale. Pietro Ellero, che vedremo protagonista nella battaglia giuridica contro la pena di morte, pubblica nel 1858 a Venezia un volume, *Della pena capitale*, che gli costa

⁴³ Cfr. Enrico GROSSO, *La cittadinanza: appartenenza, identità e partecipazione dallo Stato liberale alla democrazia contemporanea*, in Luciano VIOLANTE (a cura di), *Legge Diritto Giustizia, Storia d'Italia. Annali 14*, Einaudi, Torino, 1998, pag. 123.

⁴⁴ Giuseppe ACOCELLA, *Diritto e Stato nel pensiero di Flavio Lopez De Oñate. Contributo alla storia del liberalismo giuridico in Italia*, in F. Lopez DE OÑATE, *op. cit.*, pag. 256.

⁴⁵ Cfr. P. S. MANCINI, *op. cit.*, pagg. 66-67.

⁴⁶ Thomas PAINE, *I diritti dell'uomo e altri scritti politici*, a cura di Tito Magri, Editori Riuniti, Roma, 1978, pag. 280.

⁴⁷ Solo in questi termini può essere condiviso il giudizio di Lynn HUNT (*La forza dell'empatia. Una storia dei diritti dell'uomo*, Laterza, Roma-Bari, 2010, pag. 149), che tuttavia trascura la spinta fornita all'affermazione dei diritti umani dal liberalismo della prima metà dell'ottocento e ancora nei primi anni dell'Italia postunitaria.

la persecuzione da parte del governo austriaco con l'accusa di «perturbazione della pubblica tranquillità» e lo costringe a emigrare in Piemonte, ma la cui successiva ristampa gli assicura notorietà e influenza⁴⁸. È un riformista gradualista difficilmente inquadrabile nel panorama politico italiano, e sarà deputato nel '66 e senatore del regno dall'89, di volta in volta collocato tra i liberali conservatori, i “socialisti conservativi” e persino tra gli antisocialisti, mai stabilmente inserito nell'organigramma dirigente della nuova Italia⁴⁹. La sua petizione di principio contro la pena capitale unisce riflessioni giuridiche a considerazioni d'ordine morale, rafforzata nella convinzione che sul terreno del diritto penale sia in atto un confronto tra la civiltà dei tempi nuovi e l'oscurantismo del passato: «La differenza fra gli avversari e i partigiani della pena di morte sta nel precedere i tempi o nel seguirli»⁵⁰.

La frontiera del diritto costituisce dunque un elemento basilare nella costruzione di un'ideologia nazionale nel periodo preunitario, con un primato unanimemente riconosciuto al regno sabauda, benché non sancito da alcuna deliberazione contro la pena capitale. Infatti dopo il '48 l'unico Stato abolizionista è la repubblica di San Marino, mentre nel regno sardo mozioni e interpellanze in favore dell'abolizione della pena capitale, o quanto meno della sua riduzione a casi estremi, vengono rinviate a tempi migliori⁵¹. Il parlamento che si accinge a deliberare l'abolizione della pena di morte è semmai quello del regno delle due Sicilie, prima di venire sciolto per atto sovrano nel marzo del '49 e mai più riconvocato. Giuseppe Pisanelli dopo l'unità pubblicherà il discorso tenuto alla Camera dei deputati di Napoli nell'agosto del '48, ma già negli anni precedenti aveva individuato il principale argomento abolizionista nella necessità di adeguarsi ad nuovo scenario internazionale, ora che tutte le nazioni della terra «legate tra loro con traffici perenni» tendono sempre più alla concordia universale⁵².

⁴⁸ Cfr. Vittorio ACCATTATIS, *Introduzione* a Pietro ELLERO, *La tirannide borghese*, Feltrinelli, Milano, 1978, pag. 23 nota 13; Gabriella D'AGOSTINI, *Ellero Pietro*, in *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia. Le biografie dei magistrati, 1861-1948*, a cura di Guido Melis, Milano, Giuffrè, 2006, vol. 1, pag. 526.

⁴⁹ Cfr. Cristina VANO, *Ellero Pietro*, in *Dizionario biografico degli italiani*, Istituto dell'Enciclopedia italiana, Roma, 1993, vol. 42, pag. 515.

⁵⁰ Pietro ELLERO, *Della pena capitale*, Tipografia del commercio, Venezia, 1858, pag. 105.

⁵¹ Sulla tecnica dilatoria del parlamento sabauda: M. DA PASSANO, *La pena di morte nel Regno d'Italia*, cit., pp. 360-365; I. MEREU, *op. cit.*, pagg. 133-138.

⁵² Giuseppe PISANELLI, *Sulla pena di morte*, Pomba, Torino, 1862, quarta edizione (accresciuta del discorso pronunciato alla Camera dei deputati di Napoli), pag. 72.

L'affermazione è significativa in quanto, nell'ultima fase illuminista del liberalismo ottocentesco, la battaglia per i diritti umani si caratterizza come il coronamento di una generale trasformazione della civiltà umana, subendo un primo contraccolpo dall'instabilità del regno d'Italia di fronte al brigantaggio meridionale. Il precipitare dell'ordine pubblico verso la sovversione apre la porta allo stato d'emergenza, che rende vacillante la fiducia nell'inarrestabile marcia del progresso e giustifica qualche compromesso in nome della ragion di stato⁵³. Occorre però osservare che la battaglia contro la pena capitale non è mai stata appannaggio di un partito o di una corrente politica, né costituisce un fondamento identitario della sinistra parlamentare, nelle cui file si riconosce il maggior numero di sostenitori. Il movimento abolizionista nasce come un gruppo di opinione trasversale alle opinioni politiche, animato dal fervore dei circoli intellettuali della cultura giuridica europea (semmai collegati più alla massoneria che alla rappresentanza parlamentare) e dunque al riparo da contraddizioni di natura politico-parlamentare. L'impostazione tecnica limita l'efficacia di questa battaglia, che riuscirà sia pure in ritardo a raggiungere l'obiettivo prefissato senza però conseguire una riforma più profonda dell'intero impianto giuridico, né tanto meno a favorire uno sviluppo del modello democratico, come nelle intenzioni di Cattaneo. Nell'Italia dei notabili l'interscambiabilità delle parti tra maggioranza ed opposizione denota la mancanza di precise distinzioni ideologiche tra le diverse componenti politiche e favorisce carriere tecniche, disancorate da una riconoscibile appartenenza politica⁵⁴. Lo stesso Pasquale Stanislao Mancini, più volte ministro e ininterrottamente deputato, non è annoverabile tra i leader dell'Italia liberale, poiché il suo contributo alla vita politica va piut-

⁵³ «La penalistica civile perdeva un'occasione di testimonianza. In più, doveva subire l'avvento di un'articolazione fondamentale dei livelli di legalità: nelle questioni che riguardavano l'ordine pubblico e la sicurezza politica, avrebbero prevalso i criteri dell'opportunità e della convenienza, dettati dalle esigenze dello Stato (che poi sarebbero state regolarmente quelle del governo)», Mario SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla Repubblica*, a cura di Aldo Schiavone, Laterza, Roma-Bari, 1990, pag. 174.

⁵⁴ «Così a Montecitorio alle antiche distinzioni è succeduto il caos. Scomparse le vecchie divisioni, agli uomini della nuova generazione sono mancate le ragioni di dissidio atte a dividerli in due grandi eserciti ostili, e capitani atti a disciplinare e a condurre questi eserciti [...] non solo mancano due grandi partiti, ma manca persino una distinzione organica fra maggioranza e opposizione» (Ettore D'ORAZIO, *Fisiologia del parlamentarismo in Italia*, Società tipografico-editrice nazionale, Torino, 1911, pagg. 340-341).

tosto considerato come una proiezione istituzionale del suo prestigio in ambito giuridico⁵⁵. È significativo come proprio Mancini, nella commemorazione di Giuseppe Pisanelli, tenga a precisare che le loro «difformi opinioni nel pratico indirizzo della politica» (l'uno militava nei ranghi della destra parlamentare, l'altro della sinistra) non avessero mai ostacolato un saldo vincolo di comunanza nelle comuni battaglie politiche⁵⁶.

L'insorgenza del brigantaggio non rappresenta quindi una pietra d'inciampo per la campagna abolizionista, pur rallentando (come si è visto) il cammino parlamentare della proposta di legge. Si insinua però nel dibattito pubblico una discriminante antimeridionale, che potrebbe rappresentare un serio ostacolo per una riforma in senso progressista del diritto penale. Antonio Ranieri prova a rimuovere questa insidia aprendo una polemica con Alexandre Dumas, che si era pronunciato in favore di un'abolizione della pena capitale purché limitata alle nazioni civili quali Francia, Inghilterra, Germania, Olanda, Svizzera e semmai parte della Toscana (con l'esclusione di Livorno), ma non l'Italia e men che meno il Mezzogiorno⁵⁷. Secondo Ranieri sono proprio le condizioni di arretratezza del meridione a suggerire di non spezzare l'Italia in due, portando la Toscana verso l'Europa e spingendo il Mezzogiorno alla condizione dell'Oriente «con le sue Indie, il suo Giappone, la sua Cina e le sue centomila esecuzioni a morte in uno o due ritorni del sole sull'orizzonte!»⁵⁸. Una considerazione che riecheggia l'incondizionata fiducia nel progresso testimoniata da Mancini nel progetto presentato nel '76, allorché prevede che le popolazioni ancora infestate «da antichi vizi e speciali cause di malessere sociale [...] saranno liberate col favore dell'educazio-

⁵⁵ Così Giovanni SPADOLINI, *Per Pasquale Stanislao Mancini*, in *Pasquale Stanislao Mancini. L'uomo, lo studioso, il politico*, cit., pag. 20. Un giudizio confermato di recente anche da Pescosolido, benché tenga a precisare come il suo ruolo fosse di fatto superiore a quello di non pochi presidenti del consiglio (Guido PESCOSOLIDO, *Pasquale Stanislao Mancini nella storia del Risorgimento e dell'Italia liberale*, «Rassegna storica del Risorgimento», anno CIV, fasc. II, luglio-dicembre 2017, pagg. 86-87).

⁵⁶ Pasquale Stanislao MANCINI, *Discorsi parlamentari*, vol. VI, Camera dei deputati, Roma, 1896, pag. 261 (seduta del 6 aprile 1879).

⁵⁷ Antonio RANIERI, *Abolizione della pena di morte in Italia*, Tipografia Trani, Napoli, 1883, pagg. 10-11. Si tratta della ristampa delle lettere scritte nel 1863, quando la Camera votava l'abolizione, poi respinta dal Senato, e riproposte nell'83 allorché sembrava imminente l'approvazione del nuovo codice penale.

⁵⁸ *Ivi*, pag. 21. A cui fa seguito l'orgogliosa rivendicazione della memoria risorgimentale, ricordando a Dumas (che pure aveva seguito Garibaldi nella sua campagna meridionale) il 7 settembre di Napoli, «che forse, per grandezza e dignità, non ha altro riscontro nella storia!» (pag. 26).

ne morale e del progresso economico, ma non certamente con la protezione del carnefice»⁵⁹.

In ogni caso la discussione del periodo postunitario è orientata soprattutto dalla campagna di stampa promossa dal «Giornale per l'abolizione della pena di morte» fondato e diretto da Pietro Ellero a Milano nel '61. Per la tensione ideale che anima queste pagine si tratta di un'iniziativa di stampo «risorgimentalista»⁶⁰, con un piglio combattivo che cerca di mobilitare i fautori del progresso contro i più attardati difensori dell'oscurantismo. Una battaglia per il completamento del Risorgimento nazionale, a cui non fa mancare il suo caloroso incoraggiamento nemmeno Giuseppe Garibaldi⁶¹. Se il tono del direttore affronta solo marginalmente gli aspetti giuridici del problema, un merito del «Giornale per l'abolizione della pena di morte» è senza dubbio quello di divulgare contributi dei maggiori studiosi del diritto internazionale, a partire dall'esponente di punta della scuola classica del diritto penale Francesco Carrara e di Karl Mittermaier, il più autorevole rappresentante del *Südwestdeutscher Liberalismus* impegnato per una revisione in senso progressista degli ordinamenti penali europei⁶². Il «Giornale» favorisce insomma il coagularsi di esperienze di provenienza eterogenea ma con una comune formazione culturale, che sperimentano la possibilità di impegnarsi per un obiettivo ancora più ambizioso della salvaguardia del diritto alla vita nel codice penale italiano.

Nel programma tracciato da Ellero, che richiama analoghe iniziative avviate in Inghilterra e Stati Uniti per la difesa dei diritti civili, l'abolizione della pena di morte non come si presenta come un fatto isolato, ma come presupposto per una più globale riforma sociale e politica: «Degno è dunque d'un popolo liberato, d'un popolo che si ravvia ne' sentieri gloriosi della sua storia, e aspira a nuove grandezze, consone a' tempi nuovi, lo ufficio di farsi maestro e campione in tale impresa»⁶³. Nei numeri successivi non mancano sfoghi polemici nei riguardi di

⁵⁹ *Progetto del codice penale del Regno d'Italia presentato alla Camera dei deputati nella tornata del 25 novembre 1876*, cit., pag. 77.

⁶⁰ Marco SORESINA, *Pietro Ellero e il dibattito sulla pena di morte*, «Il Risorgimento», giugno 1986 n. 2, pag. 98. Cfr. anche Italo MEREU, *La morte come pena*, in *La morte come pena in Leonardo Sciascia. Da "Porte Aperte" all'abolizione della pena di morte. Atti del seminario internazionale di studi tenutosi a Firenze l'8 febbraio 1997*, La Vita Felice, Milano, 1997, pagg. 16-17.

⁶¹ Cfr. nota 16.

⁶² Cfr. Paola BALESTRERI, *Mittermaier e l'Italia* in «Ius Commune», X, 1983, pagg. 97-140.

⁶³ Pietro ELLERO, *Programma*, «Giornale per l'abolizione della pena di morte», 1861, vol. I, n. 1, pag. 10.

Augusto Vera, autore del più incisivo pamphlet a favore della pena capitale⁶⁴, e persino di Cesare Cantù, che nel suo volume su *Beccaria e il diritto penale* (1862) aveva concesso poco risalto alla questione della pena capitale e nessuno alla campagna abolizionista, ma poco alla volta prevalgono contributi più tecnici, che si sforzano di valutare effetti diretti e indiretti della condanna capitale sul sistema della criminalità e cercano di misurare l'impatto della pena sulla società. La pubblicazione di una lezione universitaria di Carrara, un lungo scritto teorico dello stesso Ellero sulla prevenzione dei crimini e diversi interventi di Mittermaier (in particolare *Progressi delle opinioni che in Europa e in America si manifestano per l'abolizione della pena di morte* e *La pena di morte secondo i risultati della scienza, dei progressi legislativi, e dell'esperienza*, nel terzo e quarto numero del 1861, e *Nuove osservazioni pratiche sulla pena di morte* nel quarto numero del '62) tentano di dimostrare fattualmente la scarsa efficacia della pena capitale, testimoniata anche da una curva in costante diminuzione della sua applicazione nei principali Stati europei. Tutto ciò sembra confortare una ineluttabile tendenza sociale, per cui la stessa ondata del progresso, riducendo le occasioni del crimine, avrebbe reso vana, superflua o inefficace la pena capitale. Ma l'argomento dell'utilità abolizionista è pressoché indimostrabile, come si rende conto lo stesso Carrara quando rifiuta l'idea che non si possa abolire la pena di morte finché l'esperienza non abbia dimostrato che essa non è necessaria, equiparando questo pregiudizio a chi pensa di imparare a nuotare senza immergersi in acqua: impossibile dimostrare che la sicurezza sociale persiste «se non si comincia dall'abolirla»⁶⁵. Il numero progressivamente calante delle esecuzioni capitali e il dibattito sulla cancellazione definitiva, o quanto meno sulla riduzione a cifre simboliche, appare, in particolar modo negli scritti di Mittermaier, come una sorta di termometro delle democrazie occidentali, la cui temperatura concorre a testimoniare una condizione di crescente benessere.

La mezza sconfitta nella votazione parlamentare del '65, con il discordo parere del Senato che blocca il pronunciamento della Camera, determina la chiusura del giornale, il cui testimone sarà ripreso quasi dieci anni dopo dalla "Rivista Penale" di Luigi Lucchini. «Fondato nella splendida aurora del nazionale riscatto» nella convinzione che in un triennio si sarebbe bandita la pena di morte dal

⁶⁴ Augusto VERA, *La pena di morte*, Tipografia De Angelis, Napoli, 1863.

⁶⁵ Francesco CARRARA, *Della lezione sulla pena di morte, parte II*, «Giornale per l'abolizione della pena di morte», 1862, vol. II, n. 3, pag. 238.

codice penale, il foglio di Ellero ha esaurito il suo scopo immediato: «la vittoria si è differita, si è iniziata, ma non si è conseguita»⁶⁶. La chiusura non corrisponde a una resa, poiché il desiderio che la pena di morte si abolisca è ritenuto comune quasi a tutti; la convinzione che possa cessare a parecchi; «proprio di pochi, e peculiare alla scuola giuridica italiana, si è che debba cessare, perché né assolutamente né relativamente giusta»⁶⁷.

Al di là della apodittica certezza di interpretare una volontà generale (tanto le campagne abolizioniste quanto quelle per il ripristino della pena capitale attribuiscono alla propria posizione la giustificazione di una legittimazione popolare) occorre sottolineare il confine giuridico entro cui si muove questa campagna, che costituisce un limite anche nella dimensione elitaria della politica ottocentesca. Di qui l'insistenza da parte Mancini per una più larga politica di educazione delle masse, nella consapevolezza – espressa in occasione dell'inaugurazione a Milano nel '71 di un monumento a Cesare Beccaria – che le grandi riforme «per essere benefiche e durevoli, non debbono strapparsi, bensì maturarsi nella pubblica opinione: ed il miglior mezzo di persuadere i dissidenti è rispettare gli onesti scrupoli, e lavorare per la conquista delle loro coscienze»⁶⁸.

Conviene anche osservare che in quegli anni il giudizio dell'opinione pubblica viene il più delle volte misurato sulla base della reazione allo spettacolo macabro delle esecuzioni capitali. Un parametro come questo si presta a valutazioni alquanto soggettive. Mentre Mittermaier registra una reazione di disgusto così marcata «che il carnefice poté a scarso terreno togliersi alla furia del sollevato popolo, che l'esecuzione disapprovava»⁶⁹, altri osservatori riportano reazioni di tenore opposto: «gli spettatori della tragica scena corrono, volano, fanno a gare a raccoglierne le reliquie – non solo in Italia ma in tutta Europa. Questi sono gli

⁶⁶ Pietro ELLERO, *Epilogo del giornale per l'abolizione della pena di morte*, «Giornale per l'abolizione della pena di morte», vol. III, n. 4, 1865, pag. 408.

⁶⁷ *Ivi*, p. 415. Un giudizio condiviso anche da altre testate: «Noi lo diciamo senza esitanza: il giorno in cui la pena di morte dev'essere tolta dal codice si avvicina [...] Il voto della camera, se non avrà effetto immediato, è però un avvertimento che il governo non può trascurare» (così «Opinione» con un articolo dal titolo *Che cosa deve fare il governo?* del 16 marzo 1865, in Alberto AQUARONE, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Giuffrè, 1960, pag. 350).

⁶⁸ Riportato da A. BUCCELLATI, *Abolizione della Pena di Morte*, cit., pag. 365. Il Comitato per il monumento a Beccaria era sorto pochi mesi prima la chiusura del «Giornale per l'abolizione della pena di morte».

⁶⁹ Carlo MITTERMAIER, *Delle condizioni d'Italia*, Tendler e Schafer, Milano e Vienna, 1845, pag. 114.

effetti della celebrata esemplarità della pena di morte!»⁷⁰ In generale lo spettacolo del patibolo sollecita i peggiori istinti popolari e induce a dubitare dell'esistenza di un consenso diffuso a favore delle campagne abolizioniste⁷¹.

Anche per tale motivo, dopo il passo falso del voto parlamentare del '65, la campagna abolizionista continua a svilupparsi su un piano scientifico, allargando la visuale a una prospettiva di riforma europea. Il terreno è fertile e il momento appare propizio: alle attività della Società inglese per l'abolizione della pena di morte, che nel '65 nomina Mancini suo membro onorario⁷², viene ora ad aggiungersi l'interesse suscitato per il caso italiano da alcuni dei maggiori penalisti europei, che scelgono il nostro paese a patria d'elezione per una battaglia continentale contro la pena capitale. Breve ma feconda, questa stagione si concentra soprattutto nella seconda metà degli anni sessanta, tra la mancata abolizione italiana e il ritorno della guerra in Europa con il conflitto franco-prussiano.

Il punto di raccordo di questa produzione scientifica diventa la "Biblioteca dell'abolizionista" promossa da Francesco Carrara nella sua Lucca, il nucleo di una mobilitazione su scala europea. Tra gli autori stranieri spiccano i nomi di Karl Mittermaier (*La pena di morte considerata nella scienza, nell'esperienza e nelle legislazioni*), di August Geyer (*Sulla pena di morte*), di Albéric Rolin (*La pena di morte*), di Charles Lucas (*La pena di morte e la unificazione penale*) e di F. G. Weber (*Sulla pena di morte*). Nell'introdurre il volume di Geyer, pubblicato nel '69, Carrara fa il punto sulla situazione italiana, lasciandosi andare a sconsolate considerazioni sulle strategie parlamentari che intralciano in ogni modo la riforma, ma rinnovando la fiducia per una soluzione destinata a risolversi «perché siamo certi che l'avvenire è per noi». Egli prende atto di due importanti passi in avanti conseguiti dal parlamento: il divieto dell'esecuzione pubblica e la necessità per una condanna capitale dell'unanimità di voto da parte dei giudicanti. Due attenuazioni che mirano a convincere una schiera secondaria degli abolizionisti,

⁷⁰ Eugenio RAFFAELLI, *L'abolizione della pena di morte*, Pisapia editore, Napoli, 1887, pag. 6.

⁷¹ «L'effetto di simili spettacoli di crudeltà offerti alla plebe è di distruggere ogni pietà e di eccitare alla vendetta; e per colpa dell'idea vile e falsa di governare gli uomini con il terrore anziché con la ragione, questi spettacoli vengono a costituire dei precedenti» (T. PAINE, *I diritti dell'uomo*, cit., pag. 136). Uno dei primi sondaggi d'opinione, effettuato dalla Gallup nel 1948, registrerà il consenso schiacciante dell'opinione pubblica inglese a favore della pena di morte, inducendo il parlamento a rinviarne l'abolizione (James B. CHRISTOPH, *Capital Punishment and British Politics. The British Movement to Abolish the Death Penalty 1945-57*, George Allen & Unwin LTD, London, 1962, pag. 54).

⁷² Cfr. F. MELE, *op. cit.*, pag. 43, nota 103.

quelli che «si adatterebbero ad accettare l'ufficio della mannaia se potessero farsi certi che ella sempre colpisse una testa scellerata», ma non certo quella degli abolizionisti radicali, contrari per principio assoluto e non disponibili ad alcun patteggiamento⁷³. A costoro si richiamano i testi della *Biblioteca dell'abolizionista*. Si capisce bene come l'allargamento della questione al di là dei confini nazionali, oltre che uno sprone per accelerare la soluzione del caso italiano, costituisce il tentativo di imporre il rifiuto della pena capitale al centro di una visione continentale del diritto, prefigurazione di una nuova frontiera europea dei diritti civili. Tuttavia la fiducia iniziale tende progressivamente a trasformarsi in vigile attesa, sino a spegnersi e lasciare il posto alla rassegnazione.

Il criminologo Geyer, della neo-costituita Società tedesca per l'abolizione della pena di morte costituitasi a Linz nell'imminenza della promulgazione di un nuovo codice penale austriaco, auspica che l'Austria segua l'esempio della Sassonia (dove la pena capitale è abolita dal '68) e del Portogallo, che dal '47 al '67 ne aveva sperimentato la sospensione, prima di decretarne l'abolizione, mentre il governo faceva bruciare nella pubblica piazza tutti gli arnesi del carnefice. La pena di morte viene quindi consegnata alla storia come ultimo retaggio di un diritto medievale, che ha conosciuto i tribunali contro gli eretici, le camere di tortura e i processi per stregoneria⁷⁴.

Il *pamphlet* di Rolin, avvocato della corte d'appello di Gand e docente universitario, è attraversato, al pari degli altri, da una incrollabile convinzione giuridico-naturalista. Chiedendosi se basterebbe dimostrare che la pena di morte è utile e necessaria per legittimarne l'adozione, non ha dubbi nell'affidare la risposta a un principio di umanità: «è la profonda convinzione che per insegnare agli altri di essere umani bisogna cominciare dallo esserlo noi medesimi; e che è immorale servirsi delle umane creature come meri istrumenti ad intimidire gli altri»⁷⁵. Nel negare l'utilità della pena capitale concorrono poi anche altri argomenti, non da ultimo l'empirica constatazione che il livello criminale di una società non è storicamente correlabile alla gravità delle pene comminate (sicché la Toscana, che ha lungo ha vissuto «senza l'assistenza e la protezione del boia è anche oggidì la

⁷³ F. CARRARA, *Introduzione a Augusto GEYER, Sulla pena di morte. Discorso letto nella Assemblea della Società costituzionale a Innsbruck il 15 luglio 1869*, Tipografia Giusti, Lucca, 1869, pagg. IV e IX.

⁷⁴ Cfr. A. GEYER, *op. cit.*, pagg. 21 e 31.

⁷⁵ Alberico ROLIN, *La pena di morte. Stato della questione*, Tipografia Giusti, Lucca, 1871, pag. 47.

parte più calma, la più pacifica e la più civilizzata d'Italia)»⁷⁶, ma il principale elemento di opposizione dello studioso belga si fonda appunto non su una considerazione di utilità, bensì su una norma inalienabile di diritto naturale quale il diritto alla vita⁷⁷. Anche per Rolin è confortante cogliere una tendenza storica che si definisce dopo il '48, allorché «si riconosce da tutti che la nostra civilizzazione è trascinata da una corrente irresistibile di umanità e di giustizia verso l'abolizione completa»⁷⁸. Questa fiducia poggia su una cronologia abolizionista che è utile riprendere per dare un'idea più precisa della globalità del fenomeno: la costituzione francese del '48 ha abolito la pena per i soli reati politici; l'assemblea nazionale tedesca dello stesso anno per tutti i reati tranne che per quelli militari e marittimi; in Sassonia la pena di morte è posta al bando nel '68; nello stesso anno in Spagna l'abolizione è proclamata come un diritto del popolo dalla giunta rivoluzionaria, inoltre nel '69 il governo provvisorio ha trasmesso al governo di Cuba l'ordine di non eseguire più condanne a morte; in Olanda, su proposta del governo, la seconda Camera ha sanzionato l'abolizione; in Svezia non si eseguono condanne dal '64; in Inghilterra è limitata ai casi di alto tradimento e di omicidio, anche se è stata respinta una mozione di abolizione; la Romania infine ha decretato l'abolizione nel '64. Insomma, in Europa sono rimaste indifferenti all'onda lunga dell'abolizionismo solo la Turchia e la Grecia⁷⁹.

La sensibilità per le rilevazioni statistiche è coltivata anche da Mittermaier, che si diffonde sul numero dei reati e delle sentenze capitali comminati nei diversi Stati⁸⁰, concludendo che la scienza, la legislazione e l'esperienza «ci fanno del pari credere vicina l'epoca della totale abolizione della pena di morte»⁸¹. La costante attenzione di uno studioso come Mittermaier alle vicende italiane, che pure aveva seguito con prudenza nella fase dell'unificazione per timore di violare l'integrità austro-ungarica, dimostra ancora una volta la presenza, al di là dei na-

⁷⁶ *Ivi*, pag. 62.

⁷⁷ Su come da tale postulato discenda la proscrizione della pena di morte si era più volte espresso anche Carrara: «Infatti la legge di natura è *legge di conservazione*. Il primo precetto di cotesta legge è la conservazione dell'individuo, coordinata alla conservazione e propagazione indefinita del genere umano» (Francesco CARRARA, *Una lezione dettata nella R. Università di Pisa*, «Giornale per l'abolizione della pena di morte», 1861, vol. I, n. 2, pag. 86).

⁷⁸ A. ROLIN, *op. cit.*, pag. 35.

⁷⁹ *Ivi*, pagg. 35-44.

⁸⁰ Cfr. Karl Joseph Anton MITTERMAIER, *La pena di morte considerata nella scienza, nell'esperienza e nelle legislazioni*, Tipografia Cheli, Lucca, 1864, pagg. 101-112.

⁸¹ *Ivi*, p. 204.

scenti nazionalismi, di una continuità di strutture unitarie nella storia giuridica dell'Ottocento europeo⁸².

L'orizzonte appare profondamente mutato appena qualche anno dopo, quando viene tradotto lo studio di Charles Lucas dedicato all'Italia e pubblicato il testo di una conferenza tenuta dall'avvocato Weber⁸³. Quest'ultimo, dopo un lungo excursus storico che dedica particolare attenzione al caso tedesco, esprime una convinzione e un auspicio. La convinzione, largamente diffusa nella penalistica dell'epoca, riguarda il fatto che l'aumento dei delitti non sia in alcun modo da porre in relazione all'apparato delle pene, bensì a fattori sociali e politici di più ampio rilievo quali il livello di benessere generale, le rivoluzioni politiche, la corruzione morale⁸⁴. L'auspicio rimanda a una fiducia incondizionata nel progresso della civiltà: «Ogni secolo ha avuto la sua missione riguardo alla umanità e alla attenuazione delle pene [...] Voglia il cielo che non sia lontano il giorno in cui l'ultima sentenza di morte venga pronunciata in Europa!»⁸⁵

Di ben altro spessore è il contributo di Lucas, uno dei più autorevoli giuristi francesi, che risponde alla sollecitazione di Mancini di fornire un parere motivato a sostegno della tesi abolizionista come già aveva fatto, con positivi riscontri, per il Portogallo, la Sassonia, la Confederazione tedesca del Nord e l'Olanda. La spinta progressista di pochi anni prima si è infranta sugli effetti della guerra franco-prussiana, che come tutti i conflitti ha mortificato il rispetto della vita umana e ha consolidato l'egemonia prussiana alla guida del Reich tedesco. Di conseguenza Bismarck ha imposto la revisione delle delibere abolizioniste assunte dagli altri Stati della Confederazione. L'analogia con il caso italiano è evidente, così come il pericolo che l'unificazione penale si adegui alla legislazione più arretrata anziché, come sarebbe logico, alla più avanzata. I nemici dell'abolizione sono ora individuati nei due movimenti estremi: dell'agitazione rivoluzionaria e della reazione anticivilizzatrice. Se quest'ultima, «eternamente devota al culto del passato e troppo spesso alle sue più triste tradizioni»⁸⁶ costituisce il nemico di sempre, la nuova insidia è invece rappresentata dal sempre più minaccioso

⁸² Così P. BALESTRERI, *op. cit.*, pag. 140.

⁸³ Charles LUCAS, *La pena di morte e la unificazione penale. A proposito del progetto di codice penale*, Tipografia Giusti, Lucca, 1874; F. G. WEBER, *Sulla pena di morte. Conferenza tenuta al Circolo industriale di Doberan*, Tipografia Giusti, Lucca, 1874.

⁸⁴ Cfr. F. G. WEBER, *op. cit.*, pag. 33.

⁸⁵ *Ivi*, pagg. 33-34.

⁸⁶ C. LUCAS, *op. cit.*, pag. 48.

incombere dell'azione sovversiva, «che viene, con le sue violenze, a distruggere le riforme che si aspettano dal progresso della ragion pubblica»⁸⁷ e che preannuncia un ancora più impervio cammino per quello che Lucas definisce “lo spirito della scienza”. La fiducia degli abolizionisti è un po' illusoriamente riposta nel pronunciamento dei congressi scientifici internazionali, unanimi nel decretare l'abolizione del patibolo. Ma questa vera e propria internazionale del sapere appare sempre meno capace di condizionare il potere politico. Lucas ammette di aver confidato nella funzione propedeutica dei piccoli Stati, posti al riparo dagli opposti estremismi della reazione e della rivoluzione, «la cui nobile missione è quella di fare da sentinelle avanzate della civiltà»⁸⁸. Da qui la riforma si sarebbe dovuta estendere gradualmente agli Stati intermedi per passare infine ai maggiori. Ma il tergiversare della Svezia e il diniego della Germania rendono ormai impraticabile questa prospettiva e lasciano all'Italia il compito di «mostrare al mondo che la razza latina è sempre in Europa la primogenita della civiltà»⁸⁹. Si tratta, come sembra di capire, dell'ultima opportunità. Come abbiamo già visto è una speranza che avrebbe dovuto attendere più di quindici anni per realizzarsi compiutamente, allorché si è ormai esaurita la spinta emulativa europea.

La lunga campagna italiana per il nuovo codice penale ha dunque attraversato un ciclo di storia che si conclude ben prima della riforma del 1889. Il panorama dell'Europa è profondamente modificato già dalla prima metà degli anni settanta, tra guerre interne, barriere doganali e crescenti tensioni sociali. Sicché nel giro di poco tempo dalla Francia alla Spagna e agli stati germanici, tutti parlamenti europei che avevano in discussione una proposta di abolizione della pena di morte decideranno di arrestarne il percorso legislativo⁹⁰. Anche nella produzione scientifica di Carrara si percepisce un graduale disincanto, che comincia a convertire gli appelli alla ragione in argomenti di fede. «Io sono abolizionista perché sono credente»⁹¹, scriverà nel '77 già afflitto da una cecità progressiva. Il sopravvento dei nazionalismi rende presto vana l'utopia di un'Europa dei diritti civili, ma il declino dell'autorità scientifica di Carrara, un maestro senza allievi, si è avviato con l'ascesa dei nuovi orientamenti criminologici positivisti della scuola

⁸⁷ Ibidem.

⁸⁸ *Ivi*, pag. 50.

⁸⁹ *Ivi*, pag. 52.

⁹⁰ Cfr. A. BUCCELLATI, *Abolizione della Pena di Morte*, cit., pagg. 295-296, nota 1.

⁹¹ FRANCESCO CARRARA, *La mia professione di fede* (20 ottobre 1877), in *Contro la pena di morte*, con una *Introduzione* di Elio PALOMBI, Kluwer Ipsosa, Milano, 2001, pag. 468.

lombrosiana. Il fatto poi che i due principali artefici della battaglia contro la pena capitale, Mancini e Carrara, scompaiono entrambi nell'88 e cioè prima della definitiva approvazione del codice Zanardelli è l'ennesimo segnale del tramonto di un'epoca⁹².

Allorché in età fascista viene posto in discussione il ripristino della pena di morte, per iniziativa di Mussolini e di Alfredo Rocco, è interessante notare che la proposta del governo registra il consenso quasi unanime da parte dei soggetti consultati, che sono i medesimi che avevano avallato la precedente abolizione, vale a dire la magistratura, le università e i consigli dell'ordine degli avvocati: in quest'ultimo caso con un solo ma significativo diniego, quello dell'ordine di Lucca⁹³. Il che consente non proprio arbitrariamente al fratello del Guardasigilli (penalista di rango) di rivendicare che «la "giustizia" della pena di morte sta tutta nella sua variabile necessità, anzi, nella variabile coscienza collettiva della sua necessità»⁹⁴ e a noi di giudicare fragile la capacità di resistenza dei diritti civili nel tessuto civile della nazione, al netto della forza di persuasione esercitata da una dittatura. Ciò nonostante il caso italiano, dove la pena di morte viene nuovamente e definitivamente abolita nel 1947, è in linea con quello delle maggiori democrazie europee e conserva anzi una certa esemplarità, se si considera che in Inghilterra per giungere all'abolizione occorrerà attendere il 1969, mentre in Francia la ghigliottina è ancora in funzione sino al '77 e la pena di morte viene soppressa dall'ordinamento solo nel 1981⁹⁵. La profezia di chi vedeva approssimarsi il giorno in cui l'ultima sentenza di morte sarebbe stata pronunciata in Europa era insomma destinata a protrarsi per più di un secolo.

⁹² Cfr. Aldo MAZZACANE, *Carrara Francesco*, in *Dizionario biografico degli italiani*, Istituto dell'Enciclopedia italiana, Roma, 1977, vol. 20, pp. 664-670; M. SBRICCOLI, *art. cit.*, pag. 179.

⁹³ I. MEREU, *La morte come pena. Saggio sulla violenza legale*, cit., pagg. 186-187.

⁹⁴ Arturo ROCCO, *Sul ripristino della pena di morte in Italia*, «L'impero», 7 ottobre 1926, poi in *Opere giuridiche*, vol. III, *Scritti giuridici vari*, Società editrice del Foro italiano, Roma, 1933, pag. 91. Sul gaglioffo *incipit* di Rocco («reclamato dalla coscienza nazionale», il ristabilimento della pena di morte «soddisfa un antico voto della scienza italiana», pag. 545), attribuito erroneamente al fratello ministro, esercita la sua amara ironia Leonardo SCIASCIA nel romanzo *Porte aperte*, Adelphi, Milano, 1987, pagg. 19, 28-30.

⁹⁵ Cfr. AMNESTY INTERNATIONAL, *Rapporto sulla pena di morte nel mondo. Quando lo Stato uccide...*, Hoepli, Milano, 1989, pagg. 193, 296-297.

Sulle origini della Dc nel Mezzogiorno

ROBERTO P. VIOLI

For a long time researchers have investigated the economical politics of the Italian governments led by the DC in the second half of the 1900s rather than the history of the party and its rooting in all the nation. In the economical context of the 1970s a large number of social researches emphasized the inclination of the DC to preserve its power through the control of state resources. After a group of terrorists had assassinated Aldo Moro in 1978, the historical research investigated the cultural basis of the party of Italian Catholics and its contribution to the building of Italian democracy. Researchers highlighted the ability of the Christian Democrat party to lead the transition of all the Italian society from the agriculture to the industry, from poverty to wealth, from fascism and war to peace and political democracy. The DC had one of its specific origins in the Mezzogiorno and in the process of transition of the Italian State to democracy which had started in 1943-44. It pursued a moderate political action of constitutional continuity, by taking into consideration both the monarchic inclination of the electorate in southern Italy and the uncertainty of a great number of Italians who were disappointed with fascism which had led them to the war and the defeat. At the beginning, the strength of the DC would originate especially from the Church and Catholic religion, which, after the war supported with civil cohesion and social solidarity the common desire of normality, work and better conditions of life.

Christian democrat party; Southern Italy; Political Catholicism; Postwar reconstruction

1. Partito democristiano e Mezzogiorno tra storia e ricerche sociali

In merito al rapporto tra Dc e Mezzogiorno si sono opportunamente approfonditi i temi del neomeridionalismo e della cultura economica di matrice cattolica come basi delle politiche condotte dai governi centristi per la ricostruzione dell'Italia nel dopoguerra¹. La storia della Dc è stata anche compresa in

¹ C. DANEO, *La politica economica della ricostruzione 1945-1949*, Einaudi, Torino 1972; P. BARUCCI, *Ricostruzione, pianificazione, Mezzogiorno. La politica economica in Italia dal 1943 al 1955*, il Mulino, Bologna 1978; *La cultura economica nel periodo della ricostruzione*, a cura di Giorgio Mori, il Mulino, Bologna, 1980; S. ZOPPI, *Il Mezzogiorno di De Gasperi e Sturzo 1944-1959*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 1998; S. CASMIRRI, *Un'economia per la ricostruzione: riflessione teorica e azione politica dei cattolici italiani 1943-1956*, Studium, Roma, 2000; D. IVONE,

quelle analisi della rinascita dei partiti antifascisti che ne hanno messo in rilievo soprattutto le linee adottate rispetto ai movimenti contadini sviluppatasi nella seconda metà degli anni Quaranta e le posizioni assunte sull'assetto fondiario delle campagne meridionali².

Non abbastanza si conosce, tuttavia, della storia del partito democristiano, in quanto soggetto politico organizzato e culturalmente caratterizzato, forte, nel Sud, di sue radici popolari e di un proprio insediamento, oltre che in grado di acquisire il consenso, negli anni in cui si ponevano in atto la riforma agraria, l'intervento straordinario nel Mezzogiorno e le scelte che condussero poi l'Italia allo sviluppo.

Si deve osservare, a questo riguardo, che la ricerca sulla storia dei partiti, dopo aver attraversato una fase di prevalente riferimento a idee e dottrine politiche e pur notevolmente arricchita dalla contaminazione delle scienze sociali, per riflesso di una generale crisi culturale, è apparsa a volte incline più ad analizzare forme e meccanismi del potere che a scoprire il valore dell'agire politico, in quanto forza e volontà consapevole del mutamento.

Alla fine degli anni Sessanta il soggetto Dc, come partito, rimaneva ancora escluso dall'analisi storica e riservato all'ambito della sociologia dell'organizzazione³. Le ragioni di quella carenza degli studi non risultavano tutte imputabili alla negligenza degli storici, ma, in parte, al loro stesso situarsi in un'epoca ravvicinata al tempo in cui era vissuta, fino allora, la Dc. Negli anni successivi al miracolo italiano, non avevano favorito una comprensione storica del ruolo specifico del partito né un preminente e pur giusto interesse per l'economia italiana del secondo Novecento né, dato il coinvolgimento politico degli studiosi, la tendenza a una valutazione negativa dei governi da esso guidati ininterrottamente dal dicembre del 1945 fino ai primi anni Ottanta.

Meridionalismo cattolico 1945-1955, Vita e Pensiero, Milano, 2003; A. MAGLIULO, *Liberalismo e cattolicesimo nel pensiero economico di Francesco Vito*, Studium, Roma, 2008; *Pasquale Saraceno e l'unità economica italiana*, atti del convegno tenuto a Milano il 16 e 17 aprile 2012, a cura di A. Giovagnoli e A. A. Persico, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2013.

² Si vedano, come esempi di questa tendenza, N. CALICE, *Partiti e ricostruzione nel Mezzogiorno. La Basilicata nel dopoguerra*, prefazione di Gerardo Chiaromonte, De Donato, Bari, 1976; M. MORANO, *Mezzogiorno e neo-meridionalismo tra scontro sociale e confronto politico*, in «Ricerche di storia sociale e religiosa», N. S., n. 84 (luglio-dicembre 2013), pagg. 329-79; F. AMBROGIO, *Venti di speranza. La Calabria tra guerra e ricostruzione (1943-1950)*, Premessa di Rosario Villari, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2017.

³ *L'organizzazione partitica del Pci e della Dc*, a cura di G. Poggi, il Mulino, Bologna 1968.

Uno dei giudizi che, in tale direzione, furono espressi sulla Dc, che finiva pure per svalutare, implicitamente, il senso del suo radicamento meridionale, fu quello di una sua “degenerazione”, attribuita a un distacco dal progetto politico della Resistenza⁴. Contava, in quelle valutazioni, la crisi della coesione sociopolitica del Paese, che, dopo il 1968, s’era manifestata nelle nuove articolazioni della sinistra e nelle incrinature dell’unità politica dei cattolici, ma anche, per altro verso, nell’exasperazione della prassi clientelare e in un affievolirsi degli originari riferimenti ideali del partito. Nel declino della cosiddetta età dell’oro, diminuiva la capacità dei governi democristiani di continuare ad assicurare una redistribuzione del reddito nazionale largamente fondata sullo sviluppo e ciò consentiva una riemersione del dualismo italiano, ma anche una storicizzazione delle politiche della ricostruzione e dei benefici economici, per alcuni, o dei problemi, per altri, che il Paese ne aveva tratto e che andavano attribuiti principalmente alla Dc.

In quel quadro, la lunga e ininterrotta permanenza della Dc al governo, sollecitò una serie di indagini sociologiche, che ricorrevano a ricostruzioni storiche univocamente funzionali all’analisi dello stato presente del partito democristiano. Il complessivo studio di Percy Allum su *Potere e società a Napoli nel dopoguerra*, apparso in Inghilterra nel 1973 e pubblicato in Italia nel 1975, adottava il modello di una rappresentanza politica segnata dalla coesistenza di posizioni personali e di organismi strutturati, presa in una transizione permanente dalla figura del notabile alla forma del partito di massa, ovvero ferma in una collocazione intermedia tra il vecchio notabile parlamentare e il nuovo capo politico che dalle risorse pubbliche traeva il suo potere, avvalendosi di una macchina organizzativa in grado di esercitare un’influenza continua sul proprio elettorato⁵. A rafforzare lo schema interpretativo del sociologo inglese, sempre nel 1975, era pubblicato il fortunato saggio, a carattere politico, di Massimo Caprara, dedicato a Silvio e Antonio Gava, i due esponenti politici succedutisi nella leadership della Dc napoletana⁶. Altre indagini sociali con altri approcci seguivano quella di Allum, volte a una messa a fuoco del rapporto della Dc con il capitalismo ita-

⁴ A. GAMBINO, *Storia del dopoguerra dalla liberazione al potere DC*, Laterza, Roma-Bari, 1975, pag. 522, cit in G. CAMPANINI, *Genesi e sviluppo della Dc*, in *Dizionario storico del movimento cattolico in Italia 1860 1980*, diretto da Francesco Traniello e Giorgio Campanini, vol. I/1, Marietti, Casale Monferrato 1981, pagg. 102-112, a cui si rimanda per un generale inquadramento della storiografia sulla Democrazia cristiana.

⁵ P. ALLUM, *Potere e società a Napoli nel dopoguerra*, Einaudi, Torino, 1975.

⁶ M. CAPRARA, *I Gava*, Feltrinelli, Milano, 1975.

liano, come quello di Giancarlo Provasi del 1976, o allo studio di un dominante “sistema” democristiano e di un suo insediamento in periferia basato sull’uso delle risorse economiche pubbliche e identificato, pertanto, come partito dello Stato, impegnato a perpetuare le proprie posizioni di potere, come risultava dal libro di Mario Caciagli, pubblicato nel 1977, che riprendeva e approfondiva, per quest’ultimo aspetto, la tesi esposta in un precedente volume di Ruggero Orfei⁷.

La ricerca di Mauro Calise, nel 1978, focalizzava nella Dc un collegamento tra mondo contadino e sistema politico, evidenziatosi nella fase successiva alle lotte svoltesi nelle campagne negli anni Quaranta, alla riforma agraria e all’avvio dell’intervento straordinario e dovuto a una specifica attività di mediazione del partito condotta attraverso la struttura organizzativa della Coldiretti⁸. Un volume di Franco Cassano focalizzava, poi, la capacità della Dc di assicurare sia l’accumulazione privata sia la pace sociale, perseguendo, in autonomia dai gruppi economici più forti, una politica di conciliazione con gli interessi delle classi popolari⁹.

Seguiva nel 1980, a contraddire il modello di un intervento economico capace di per sé di produrre il mutamento, un saggio di Gabriella Gribaudi, che metteva in risalto la dimensione culturale del Mezzogiorno e la sua capacità di reazione e d’interazione rispetto alle politiche adottate dai governi nazionali succedutisi tra il 1950 e gli anni Settanta¹⁰. La Dc risultava così definita da un ruolo di mediazione esercitato tra l’azione economica dello Stato e la società meridionale, per una finalità di controllo sociale e di consolidamento del potere, conseguita attraverso lo sviluppo economico, la rilegittimazione delle élite locali e la gestione dei codici culturali. Il ceto politico democristiano si sarebbe affermato, così, nella sua capacità d’influenza sulla determinazione dei flussi finanziari assicurati dal centro, ma non sarebbe risultato propenso ad agire per uno sviluppo autopropulsivo del Mezzogiorno.

⁷ G. PROVASI *Borghesia industriale e Democrazia cristiana. Sviluppo economico e mediazione politica dalla Ricostruzione agli anni '70*, De Donato, Bari, 1976; M. CACIAGLI, *Democrazia cristiana e potere nel Mezzogiorno. Il sistema democristiano a Catania*, Guaraldi, Firenze, 1977; R. ORFEI, *L'occupazione del potere. I democristiani 1945-75*, Feltrinelli, Milano, 1976.

⁸ M. CALISE, *Il sistema Dc. Mediazione e conflitto nelle campagne democristiane*, De Donato, Bari, 1978.

⁹ F. CASSANO, *Il teorema democristiano: la mediazione della DC nella società e nel sistema politico italiano*, De Donato, Bari, 1979.

¹⁰ G. GRIBAUDI, *Mediatori. Antropologia del potere democristiano nel Mezzogiorno*, con note introduttive di Augusto Grendi e Edoardo Grendi, Rosenberg & Sellier, Torino, 1980.

2. Primi studi sulla storia del partito democristiano

I contributi che pervennero dalle scienze sociali negli anni Settanta sopravanzavano ancora la storiografia propriamente politica sulla Dc, benché nel 1978 l'uccisione di Aldo Moro, interrogando l'opinione pubblica nazionale sul senso dell'intera storia della democrazia italiana, facesse risaltare drammaticamente la statura del leader democristiano, vale a dire il valore della sua strategia fondata su specifiche basi culturali.

Nondimeno, in quello stesso anno, una visione storica della Dc che pure guardava alla sua capacità di mantenere un'organica ispirazione cattolica nelle aree regionali dove era tradizionalmente forte la presenza della Chiesa ancora riconduceva la sua connotazione culturale alle funzioni proprie di un'ideologia borghese¹¹.

Un accertamento avalutativo dell'*humus* sociale cattolico del partito democristiano, intanto, era stato già condotto dalle analisi sociologiche del collaterale¹². Tuttavia, in un'ottica teologica, mirata a riconsiderare le basi culturali del partito dei cattolici italiani, negli stessi anni in cui se ne erano manifestate insufficienze e difficoltà, era stata individuata, come fattore costitutivo della Dc, proprio la relazione con la Chiesa, in luogo del blocco socioeconomico di riferimento¹³.

In una prospettiva più propriamente storico-politica, si definiva, invece, il giudizio di Pietro Scoppola che attribuiva alla Dc il merito di aver fatto accettare la democrazia al mondo cattolico e ai settori più tradizionali di esso¹⁴. Così, mentre si andavano evidenziando i limiti del rinnovamento dello Stato e le conseguenze di un sistema politico privo di un'alternanza di governo, i primi studi sulla formazione della classe dirigente cattolica e sulla cultura democristiana, apparsi dopo la morte di Moro, venivano sollecitati da input storiografici volti alla comprensione dell'impianto della democrazia in Italia¹⁵.

¹¹ *La Democrazia cristiana dal fascismo al 18 aprile. Movimento cattolico e Democrazia cristiana nel Veneto, 1945-1948*, a cura di Mario Isnenghi e Silvio Lanaro, Marsilio, Venezia, 1978.

¹² *La presenza sociale del PCI e della DC*, a cura di Agopik Manoukian, il Mulino, Bologna, 1968.

¹³ G. BAGET BOZZO, *Il partito cristiano al potere. La Dc di De Gasperi e di Dossetti 1945-1954*, Vallecchi, Firenze 1974.

¹⁴ P. SCOPPOLA, *La proposta politica di De Gasperi*, il Mulino, Bologna, 1977.

¹⁵ *Cultura politica e partiti nell'età della Costituente*. 1, *L'area liberal-democratica, il mondo catto-*

Furono le stesse ricerche storiche sul movimento cattolico a vedere poi nel partito democristiano il culmine di un suo complesso insediamento nella componente religioso-popolare dell'Italia del XX secolo¹⁶. In questo senso, giungeva a compimento, diretta da Francesco Malgeri, la prima organica storia della Dc in quanto soggetto politico, che superava la precedente memorialistica e le ricostruzioni che, fino a quel momento, avevano più che altro riguardato l'azione dei governi che quel partito aveva guidato¹⁷.

La Dc, dunque, era ora considerata nell'alveo della storia novecentesca del cattolicesimo sociale, inteso non come sistema dottrinale, ma come un movimento inserito nelle articolazioni della società italiana e capace di favorirne, fin dall'età liberale, e di dirigerne poi, le diverse forme e fasi di transizione, dalla campagna all'industria e alla città, dalla povertà al benessere, dal fascismo e dalla guerra alla pace e alla democrazia politica. Era stato Gabriele De Rosa, dieci anni dopo la Liberazione, a indicare per primo, in sede storiografica, a dispetto di un nome che rievocava il filone del murrismo, un nesso di continuità della Democrazia cristiana con il Partito popolare, individuato nell'impegno a ricondurre le diverse forme associative dei cattolici alla vita pubblica¹⁸. De Rosa aveva distinto, però, all'interno del partito, la componente dei giovani, che avevano avuto nella figura di Giuseppe Dossetti il principale riferimento e che rifiutavano il popolarismo, per le sue compromissioni con il liberalismo prefascista, mossi dall'interesse per le tematiche sociali più che dalla sensibilità, propria di Alcide De Gasperi e della sua generazione, per il valore in sé della democrazia politica¹⁹.

lico e la Democrazia cristiana, a cura di Roberto Ruffilli, il Mulino, Bologna, 1979; R. MORO, *La formazione della classe dirigente cattolica 1929-1937*, il Mulino, Bologna, 1979; *Democrazia cristiana e Costituente*, a cura di Giuseppe Rossini, Cinque Lune, Roma, 1980; A. GIOVAGNOLI, *Le premesse della ricostruzione. Tradizione e modernità nella classe dirigente cattolica del dopoguerra*, prefazione di Pietro Scoppola, Nuovo Istituto Editoriale Italiano, Milano, 1982 e ID., *La cultura democristiana. Tra Chiesa cattolica e identità italiana*, Laterza, Roma-Bari, 1991.

¹⁶ *Dizionario storico del movimento cattolico in Italia 1860-1980*, cit.; *Storia del movimento cattolico in Italia*, diretta da Francesco Malgeri, Il Poligono, Roma, 1980-1981.

¹⁷ *Storia della Democrazia Cristiana*, a cura di Francesco Malgeri, Cinque Lune, Roma 1987-1989, 5 voll.

¹⁸ G. DE ROSA, *I partiti politici dopo la Resistenza*, in *Dieci anni dopo. Saggi sulla vita democratica italiana 1945-1955*, Laterza, Bari, 1955, pagg. 137-162.

¹⁹ Sulla componente dossettiana, P. POMBENI, *Il gruppo dossettiano e la fondazione della democrazia italiana 1938-1948*, il Mulino, Bologna, 1979.

Tuttavia, proprio per aver incluso vasti strati popolari nella vita democratica, mobilitando e associando, negli anni del regime fascista, donne e giovani generazioni del ceto medio e avendo preparato una nuova classe dirigente, il cattolicesimo organizzato aveva fatto sì che la Dc andasse più avanti del Partito popolare, ma, come ha notato Francesco Traniello, coniugando diversamente il valore della laicità con il suo riferimento al vasto e strutturato radicamento della Chiesa nell'Italia del dopoguerra²⁰.

Conclusasi la vicenda del partito democristiano, oggi ci appare più chiaro il senso storico della sua ideologia novecentesca, ben diversa da quelle effimere rappresentazioni del mondo e della società che caratterizzano le attuali formazioni politiche, lontane da ogni nucleo di pensiero coerente, attente ad avvalersi della fluidità della struttura sociale e pronte a sfruttare la volubilità dei sentimenti comuni.

Risaltano, nel confronto della Dc con i partiti attuali, le sue radici culturali nelle comunità sociali colpite dalla guerra nei molteplici ambiti rurali e urbani del Paese e poi protese alla ricostruzione materiale e alla ricerca di un senso della ripresa morale e civile²¹. La corrispondenza tra il nucleo culturale cattolico e un'aspirazione diffusa alla coesione sociale e alla ricostruzione costituì un fattore dinamico dell'azione di governo e si riflesse anche nelle relazioni della Dc con gli altri partiti, in una qual certa sua permeabilità alle altre culture politiche e nel generale ruolo di mediazione che essa svolse tra le parti diverse di una società italiana che usciva divisa dal conflitto militare e civile del 1940-1945 e aspirava a una ricomposizione²².

La ricerca storica, sotto diversi aspetti, ha così iniziato a mettere in risalto la complessità della configurazione della Dc e delle sue organizzazioni collaterali in relazione al suo insediamento nella società italiana²³. La ricchezza di contributi

²⁰ F. TRANIELLO, *Dal Partito popolare alla Democrazia Cristiana*, in *Storia della Democrazia cristiana*, cit., I, pagg. 188-189.

²¹ *Cattolici, Chiesa, Resistenza*, a cura di Gabriele De Rosa, il Mulino, Bologna 1997.

²² G. BAGET BOZZO, *Il partito cristiano al potere*, cit. p. 4; A. GIOVAGNOLI, *La cultura democristiana*, cit., pagg. VII-XIX.

²³ A. PARISELLA, *Cattolici e Democrazia cristiana nell'Italia repubblicana. Analisi di un consenso politico*, Gangemi, Roma 2000; A. VENTRONE, *La cittadinanza repubblicana. Come cattolici e comunisti hanno costruito la democrazia italiana (1943-1948)*, il Mulino, Bologna 2008 (prima ed. 1996). Per uno studio a carattere politologico e storico della natura composita del partito democristiano, cfr. V. CAPPERUCCI, *Il partito dei cattolici. Dall'Italia degasperiana alle correnti democristiane*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2010.

sulla storia locale, che costituisce uno dei tratti che caratterizzano la produzione storiografica italiana, consente oggi di comprendere la natura compiutamente nazionale del partito democristiano e la forza del suo radicamento nella società meridionale²⁴. Il progresso compiuto dagli studi di storia elettorale offre non solo una solida base alla definizione di una geografia del consenso ma anche una concreta possibilità di ripresa di una storia politica che inquadri i partiti – quello democristiano in particolare – come soggetti attivi nella determinazione delle dinamiche della collettività, nel quadro della democrazia rappresentativa italiana del secondo Novecento²⁵.

3. La nascita della Dc nell'Italia liberata del 1943-44

Le ricostruzioni della nascita della Dc hanno giustamente posto in rilievo come essa scaturisse dai programmi prodotti dai nuclei romano e milanese del movimento e dall'azione politica intrapresa da De Gasperi e da Giuseppe Spataro alla caduta del fascismo, ma hanno anche evidenziato la pluralità d'iniziativa e dibattiti avviati dalle formazioni cattoliche impegnate nella Resistenza e dai gruppi spontaneamente sorti in diverse città e province italiane in vista della ricostruzione²⁶. Ciò che non viene sufficientemente ricordato, come è stato già

²⁴ In questa direzione si è mosso il seminario *Le radici locali del potere democristiano. Il Mezzogiorno* svoltosi il 19 ottobre 2017 presso il Dipartimento di Studi umanistici dell'Università degli Studi di Napoli Federico II, i cui atti sono in corso di preparazione.

²⁵ Si vedano S. CASMIRRI, P. TOTARO, *Lazio. Assemblea Costituente. Camera dei deputati. 1946-1963. Lazio*, Ed-it, Catania 2008; *Il ceto politico del Lazio nell'Italia repubblicana. Dinamiche della rappresentanza e costruzione del consenso (1946-1963)*, a cura di S. Casmirri, Franco Angeli, Milano 2011 e T. BARIS, *C'era una volta la Dc. Intervento pubblico e costruzione del consenso nella Ciociaria andreottiana (1943-1979)*, Laterza, Roma-Bari, 2011. Un importante modello di storia della Dc di una provincia meridionale, basato anche su un'analisi geografica delle dinamiche elettorali, è offerto da P. TOTARO, *Modernizzazione e potere locale: l'azione politica di Fiorentino Sullo in Irpinia 1943-1958*, prefazione di Francesco Barbagallo, Cliopress, Napoli, 2012.

²⁶ G. SPATARO, *I Democratici cristiani dalla dittatura alla repubblica*, Mondadori, Milano, 1968; G. FANELLO MARCUCCI, *Alle origini della Democrazia cristiana 1929-1944. Dal carteggio Spataro-De Gasperi*, Brescia, Morcelliana, 1982; S. TRAMONTIN, *La Democrazia Cristiana dalla Resistenza alla Repubblica 1943-1948*, in *Storia della Democrazia Cristiana*, a cura di F. Malgeri, vol. I, cit., pp. 38-45; F. MALGERI, *La formazione della Dc tra scelte locali e urgenze nazionali*, in *Cattolici, Chiesa, Resistenza*, cit., pp. 533-563.; G. FORMIGONI, *Alcide De Gasperi 1943-1948. Il politico vincente alla guida della transizione*, in A. DE GASPERI, *Scritti e discorsi politici. Edizione*

sottolineato, è che la Dc ebbe una delle sue origini specifiche nel Mezzogiorno²⁷. Questa disattenzione può ricondursi a quella generale “sfortuna storiografica” del Regno del Sud, che fu rilevata più di vent’anni fa da Nicola Gallerano, con un richiamo a Federico Chabod, che nelle sue note lezioni alla Sorbona del 1950 aveva parlato di una tripartizione – tra Nord, Centro e Sud – della transizione dal fascismo alla repubblica, attribuendo agli svolgimenti politici dell’Italia meridionale un valore paritario rispetto a quello assunto dalla lotta partigiana sviluppatasi nelle regioni centrali e settentrionali²⁸.

La stessa formazione del partito democristiano nel Regno del Sud avvenne nel pieno della crisi nazionale del 1943-1944²⁹. Il suo primo accentramento organizzativo al livello dell’intera Italia meridionale si definì in funzione della linea che i gruppi antifascisti avrebbero assunto nei confronti del re e del ministero Badoglio, sotto la contemporanea sollecitazione delle autorità alleate, che seguivano, anche a fini di stabilità e di tenuta dell’ordine interno, oltre che per le fondamentali ragioni della guerra, le sorti politiche dell’incerto governo a legittimazione monarchica.

Gli studi che hanno riguardato il Mezzogiorno dopo la caduta del fascismo hanno prestato attenzione sia alle vicende dello Stato sia alle condizioni materiali della società, vale a dire al contesto entro cui i partiti antifascisti affrontarono la questione istituzionale, trovando una soluzione politica alla crisi interna dell’Italia seguita all’armistizio, alla fuga del re a Brindisi e alla divisione del Paese³⁰.

I passaggi politici significativi della vicenda del Regno del Sud, in senso non divergente dalla ricerca della rigenerazione democratica perseguita dal movi-

critica, III/1, a cura di Vera Capperucci e Sara Lorenzini, con un saggio introduttivo di Guido Formigoni, il Mulino, Bologna, 2008, pagg. 11-147.

²⁷ F. MALGERI, *La formazione della Dc tra scelte locali e urgenze nazionali*, cit., pag. 544.

²⁸ N. GALLERANO, *Sulla “sfortuna” storiografica del Regno del Sud, in Salerno 1943. Cinquant’anni dopo la sbarco*, Pietro Laveglia editore, Salerno, 1994, pagg. 91-99.

²⁹ R. P. VIOLI, *La Dc nell’Italia liberata. La dirigenza napoletana e la formazione del partito nel 1943-44*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2006.

³⁰ N. GALLERANO, *La lotta politica nell’Italia del Sud dall’armistizio al congresso di Bari*, in «Rivista storica del socialismo», n. 28, 1966; *Mezzogiorno e fascismo*, a cura di Pietro Laveglia, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1978, 2 voll.; S. SETTA, *Croce, il liberalismo e l’Italia postfascista*, Bonacci, Roma, 1979; *L’altro dopoguerra. Roma e il Sud 1943-1945*, a cura di Nicola Gallerano, Franco Angeli, Milano, 1985; *1944. Salerno capitale. Istituzioni e società*, a cura di Augusto Placanica, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1986; G. CHIANESE, “Quando uscimmo dai rifugi”. *Il Mezzogiorno tra guerra e dopoguerra*, Carocci, Roma, 2004.

mento resistenziale, furono, com'è noto, il congresso dei Comitati di liberazione nazionale svoltosi a Bari il 28 e 29 gennaio del 1944, la svolta togliattiana e la formazione del governo di Salerno, la rinascita delle libere organizzazioni sindacali e le premesse del processo costituente, che trovarono un esito nella prima costituzione provvisoria, emanata subito dopo la liberazione di Roma con il decreto legislativo luogotenenziale del 25 giugno 1944, n. 151.

Quelle scelte cruciali per le sorti future dell'Italia furono il frutto di un'iniziativa politica, che fu presa, insieme alle componenti moderate e a quella comunista e socialista dello schieramento antifascista, dal gruppo dirigente della Dc dell'Italia liberata, in autonomia da De Gasperi e dalla dirigenza romana del partito³¹. A tale intelligenza e capacità di azione e di mediazione non corrispose in verità un'adeguata solidità organizzativa delle formazioni partitiche meridionali, ma la Dc si collegava alla forza aggregante della Chiesa e all'esperienza che il cattolicesimo, nella pluralità delle sue componenti religiose, sociali e politiche, aveva già accumulato nel sud del Paese dai primi del Novecento.

Confluivano nel nuovo partito cattolico, nonostante alcune divergenze interne, la ripresa del cattolicesimo sociale prefascista e filocontadino in Sicilia in alcune aree della Calabria; l'apporto di vecchi parlamentari e quadri del Partito popolare; una tradizione moderata rappresentata, nella sua più alta espressione, da Giulio Rodinò, direttamente accreditato da Sturzo, impegnato a informare l'*establishment* e l'opinione pubblica americana sui problemi dell'Italia e sull'importanza che in essa stava assumendo la Dc; i nuclei di un ceto intellettuale che si era avvicinato alla Chiesa o che si era formato nelle associazioni giovanili cattoliche, rappresentato dai circoli della Fuci di Napoli e di Bari o dell'Azione cattolica di città come Avellino e Potenza, dove sarebbero presto emersi due giovani leader politici come Fiorentino Sullo ed Emilio Colombo³².

Attriti generazionali si sarebbero verificati in Sardegna tra le posizioni dei giovani esponenti di un separatismo cattolico antifascista e repubblicano che si richiamava alla dottrina sociale della Chiesa e si collegava nel territorio isolano al clero e ai gruppi dell'Azione cattolica e quelle degli ex popolari che professavano orientamenti monarchici e antiseparatisti³³.

³¹ R. P. VIOLI, *La Dc nell'Italia liberata*, cit.

³² *Ibidem*; P. TOTARO, *Modernizzazione e potere locale*, cit.; *Emilio Colombo: l'ultimo dei costituenti*, a cura di Donato Verrastro e Elena Vigilante, Laterza, Roma-Bari, 2017.

³³ P. BELLU, *Le origini della Democrazia Cristiana in Sardegna 1943-1944*, Sei, Torino, 1996.

Si distaccava dalla tradizione del movimento cattolico prefascista anche Aldo Moro, dirigente della Fuci e leader naturale dei giovani cattolici pugliesi, in contrasto politico con il barese Natale Lojacono, un ex popolare antigiolittiano di tendenza repubblicana³⁴. Moro, per origini e per formazione, rappresentava un cattolicesimo vissuto in chiave primariamente religiosa, attento ai valori condivisi e all'urgenza di corrispondere nella parte liberata del Paese ai bisogni quotidiani di una società su cui gravavano gli effetti distruttivi della guerra, in piena sintonia con le sollecitudini dell'episcopato pugliese. La sua generale visione dell'autorità, maturata negli anni del fascismo, in assenza di libertà politiche e di pluralismo dei partiti, e la tendenza a vedere nello Stato una possibilità di finalizzazione umana e sociale delle pubbliche funzioni e, in questo senso, un campo di possibile intervento per un personale cattolico portatore di competenze e responsabilità, lo inducevano a riconoscere nel ministero Badoglio un'opportunità per affrontare i problemi concreti dei cittadini, in consonanza con l'arcivescovo di Bari Marcello Mimmi, che richiamava la popolazione e il governo ai doveri civili del momento³⁵. Moro, distinguendosi dalla linea della dirigenza napoletana e dallo stesso profilo politico del popolarismo sturziano, considerava la questione istituzionale, la legittimazione del governo, la costituzione del partito e lo stesso antifascismo in funzione di un sistema democratico che, prima di tutto, richiedeva nei cittadini la sostanza di una ripresa d'interiorità e di responsabilità personale e un senso autentico di rapporti solidali fra gli uomini, dopo la generale decadenza morale prodotta dal fascismo³⁶.

Prima ancora del suo meridionalismo contò la sua meridionalità, che così è stata efficacemente descritta da De Rosa: «Aldo Moro fu uomo del Mezzogiorno, e di quel Mezzogiorno doloroso e forte, paziente e religioso insieme, che vive ancora in quella intellettualità di provincia, riservata e schiva, amante delle buone letture, amica del prete, profondamente unita alla famiglia, nella quale sembra essersi depositata la saggezza del Sud, frutto non di accumulazione di ricchezza, ma delle tante culture, che si sono sedimentate lungo il corso non sempre benevo-

³⁴ V. ROBLES, *Le Chiese di Puglia dalla guerra alla prospettiva democratica*, in *La Chiesa nel Sud tra guerra e rinascita democratica*, a cura di R. P. Violi, il Mulino, Bologna, 1997, pp. 241-244; R. MORO, *La formazione giovanile di Aldo Moro. Dall'impegno religioso a quello politico*, in Università degli studi di Bari, *Convegno di studi in memoria di Aldo Moro nel ventennale della sua scomparsa*, Servizio editoriale universitario, Bari, 2001.

³⁵ *Ibidem.* A. GIOVAGNOLI, *La cultura democristiana.*, cit., pagg. 206-210.

³⁶ A. MORO, *Crisi spirituale*, in «La Rassegna», 10 febbraio 1944.

lo, dei secoli. Non è vero che nella piccola e media intellettualità del Mezzogiorno esiste solo il borghese intrigante e mestatore, leguleio e faccendiere, secondo l'immagine che ne hanno dato Fortunato e Salvemini. C'è anche questa diversa borghesia di provincia, poco o nulla inserita nella trama dei vari politicantismi clientelari, di cui è intessuta minutamente la vita civile del Sud, più distaccata dal giuoco delle piccole gerarchie locali, convinta fino in fondo del ruolo delle amicizie, nell'apparenza spesso stanca; di una stanchezza che vorrei dire colta, fatta di lunga e tenace aspettazione del cambiamento nella giustizia, della quale Aldo Moro recava nel volto anche i segni fisici³⁷.

Il suo meridionalismo, diversamente da quello di Sturzo, si sarebbe poi caratterizzato per una visione che promuoveva l'intervento dello Stato nell'economia, in quanto fattore di composizione tra interessi e impulsi di individui e corpi sociali minori e di ordinamento della trasformazione sociale³⁸. L'azione economica dello Stato era vista da Moro in funzione della giustizia sociale e della libertà e lo sviluppo del Mezzogiorno fu da lui considerato come effetto di un'interazione tra fattori produttivi e processi culturali³⁹. Moro avrebbe visto nel progresso economico e nella promozione civile del Mezzogiorno una via alla partecipazione di vasti strati popolari alla vita democratica. Ricollegandosi al pensiero e all'azione di Luigi Sturzo, nella valorizzazione delle autonomie e nello stesso radicamento territoriale del partito, avrebbe così riscoperto un tratto distintivo e originario della Dc, impegnata a superare i particolarismi e a ricondurre gli interessi locali nella comunità nazionale⁴⁰.

Nella fase delle origini, il partito si adattò alla diversità degli ambienti politici e degli assetti sociali del Mezzogiorno, ponendosi, in molti casi, in continuità con la tradizione politica moderata della borghesia urbana e rurale e dei notabilati liberali del Sud. Né mancarono taluni esponenti della proprietà agraria che, superando l'interesse di classe, s'erano resi partecipi delle prospettive del cattolicesimo sociale. Devono essere ricordati, fra questi, personalità come Giambattista Bosco Lucarelli, già militante della prima Democrazia cristiana d'inizio Novecento, ex deputato popolare e sicuro antifascista, che aveva ricoperto nell'area beneventana ruoli di responsabilità nei poteri locali, e il sardo Antonio Segni, autorevole giu-

³⁷ G. DE ROSA, *Una prima lettura del pensiero meridionalista di Aldo Moro*, in «Orientamenti sociali», I, n. 1, gennaio- aprile 1980, pag. 7.

³⁸ *Ivi*, pag. 12.

³⁹ *Ivi*, pagg. 15-17.

⁴⁰ *Ivi*, pag. 19.

rista, che era stato un dirigente del Partito popolare e che si sarebbe mosso come uno dei protagonisti del riformismo centrista e della storia della democrazia repubblicana in Italia⁴¹.

Il popolarismo sturziano, con la sua eredità di esperienza parlamentare, municipalismo, autonomismo, cooperativismo, piccolo credito, stampa e associazionismo sindacale e popolare, era ripreso soprattutto in Sicilia, dove nel dicembre 1943 si svolse il primo congresso regionale democristiano tenutosi in Italia dopo la caduta del fascismo⁴². Per una sorta di paradosso fu, però, la componente napoletana del movimento, non altrettanto consolidata rispetto a quella siciliana, a dar vita, nella prima metà del 1944, a un forte nucleo direttivo del partito nel Regno del Sud, giacché Napoli costituiva la principale sede politica dell'Italia liberata e il tradizionale centro culturale e formativo delle classi dirigenti del Mezzogiorno continentale⁴³. L'ex capitale, in età liberale, era stata a lungo retta da un'amministrazione comunale clericomoderata e alla figura del napoletano Rodinò Sturzo aveva sempre guardato come a una sorta di quinta colonna del popolarismo all'interno delle vecchie élites meridionali concentrate in quella città⁴⁴. Per la sua stessa estrazione aristocratica e forte posizione patrimoniale, che gli conferiva indipendenza economica, per l'autorevolezza morale universalmente riconosciuta e per le doti di moderazione politica, Rodinò si dimostrò particolarmente capace di mediare tra le spinte contrapposte dell'antifascismo più deciso e del tradizionalismo cattolico monarchico, che si manifestavano nel Regno del Sud. Il vecchio uomo politico, vicino a Croce per un'affinità di vedute che risaliva alle comuni ascendenze filogliottiane, interpretava l'idea di un partito strettamente connesso ai processi politico-istituzionali.

Accanto a Rodinò si ritrovarono i dirigenti politici napoletani che provenivano dalla Fuci e dal Movimento dei laureati cattolici, formati negli anni del regime, e un tipico rappresentante di quel personale laico che era stato chiamato

⁴¹ P. TOTARO, *Culture, identità e leadership politiche alla ripresa democratica in provincia di Benevento*, in ARCHIVIO DI STATO DI NAPOLI, 1946: *La nascita della Repubblica in Campania*, Atti del Convegno di studi presso l'Archivio di Stato di Napoli (11-12 dicembre 1996), Napoli, 1997, pagg. 226-230; S. MURA, *Antonio Segni. La politica e le istituzioni*, il Mulino, Bologna, 2017.

⁴² F. MALGERI, *La formazione della Dc tra scelte locali e urgenze nazionali*, cit., pagg. 544-547.

⁴³ R. P. VIOLI, *La Dc nell'Italia liberata*, cit.

⁴⁴ Su Rodinò si vedano *Un uomo e un'idea. Documentazione della vita politica di Giulio Rodinò*, a cura di G. Deuringer, E. Fiore e M. Rodinò, L'arte tipografica, Napoli, 1956; G. PALMISCIANO, *Il cattolicesimo politico napoletano dall'età giolittiana all'Italia repubblicana*, 1, 1898-1920: *dal clericomoderatismo al Partito popolare*, La Città del sole, Napoli, 2008.

a esprimere le posizioni della Chiesa in Italia sotto il fascismo, come Angelo Raffaele Jervolino, presidente della Gioventù cattolica italiana dal 1928 al 1934 e, dunque, figura che era anche in grado di stabilire un legame fra le due generazioni che s'incontravano nella nuova formazione politica⁴⁵.

La Dc meridionale, a fronte dell'atteggiamento assunto dalle componenti azionista, socialista e comunista, intese fin dai primi momenti la propria adesione ai Comitati di liberazione nazionale, come a un'unione dei partiti che legittimasse un possibile governo a partecipazione antifascista, seguendo una linea moderata di continuità costituzionale, che escludeva rotture rivoluzionarie e l'instaurazione di un potere alternativo alla monarchia. La lealtà del partito democristiano al Cln, se da un lato doveva scontare tutta la difficoltà del suo rapporto con la Chiesa e con gli orientamenti filomonarchici dell'episcopato meridionale, dall'altro mirava ad assicurare una possibilità di soluzione non traumatica della questione istituzionale⁴⁶. La svolta di Salerno, curiosamente, creò qualche sconcerto nei vertici meridionali della Dc, avendo essi condiviso unitariamente al congresso di Bari la richiesta dell'abdicazione del re, contro il prevalente orientamento della base cattolica favorevole alla monarchia e allo stesso Vittorio Emanuele III⁴⁷.

L'iniziativa togliattiana determinò, in ogni caso, uno spostamento di campo della dialettica politica, offrendo alla Dc una buona opportunità per spingere verso un ridimensionamento dell'organo dell'unità antifascista, in favore del nuovo spazio interpartitico inaugurato dal governo di Salerno e nel quale essa avrebbe successivamente esercitato il suo ruolo di guida e baricentro del sistema politico italiano.

A Napoli, nel 1944, si svolsero, dopo la prima assise democristiana di tutte le province liberate, tenutasi a fine gennaio a Bari a margine del congresso del Cln, i congressi del 15 aprile, convocato per deliberare la partecipazione al governo di Salerno, e quello del 29 e 30 luglio, che, dopo l'arrivo degli alleati nella capitale, ebbe la funzione di procedere a una prima unificazione nazionale di due componenti territoriali del partito, quella romana e quella meridionale, e di assimilare il distinto processo fondativo portato avanti nel Sud, mentre nel Nord erano ancora in corso l'occupazione tedesca e la lotta partigiana. Furono, quelli, due passaggi importanti nelle genesi stessa del partito⁴⁸.

⁴⁵ R. P. VIOLI, *La Dc nell'Italia liberata*, cit., pagg. 27-37.

⁴⁶ *Ivi*, pagg. 45-146

⁴⁷ *Ivi*, pagg. 149-190.

⁴⁸ *Dai Congressi Dc dell'Italia liberata (1943-44) alla prima assise nazionale (1946)*, a cura di C. Danè, Cinque Lune, Roma 1986.

Il senso dell'azione condotta nel Sud dalla Democrazia cristiana e dalle altre formazioni antifasciste nei pochi mesi che vanno dalla fine del 1943 al giugno del 1944 va dunque ricercato nel suo valore di anticipazione, nel breve periodo, delle scelte che sarebbero state assunte nell'Italia postbellica, di continuità dello Stato e di rinascita del sistema politico, incidendo così sul successivo corso della transizione dell'Italia alla democrazia⁴⁹.

Basti ricordare, per quanto attiene alla Dc, l'accorta condotta tenuta in merito alla questione istituzionale, che teneva conto del prevalente orientamento monarchico dell'elettorato meridionale, l'impegno a mantenere un rapporto tra sistema dei partiti e istituzioni politiche, l'interesse per i poteri locali e per la ricostituzione degli apparati amministrativi in funzione dei bisogni urgenti della popolazione, il modo d'intendere il ruolo dei sindacati e la loro unità, l'attenzione al problema del rapporto intergenerazionale all'interno del partito e la linea di tolleranza adottata verso i comuni cittadini che, per conformismo, avevano aderito al regime fascista, in base a un atteggiamento inclusivo dinanzi alla massa degli italiani delusi e disorientati dalle esasperazioni nazionaliste che avevano condotto alla guerra e alla sconfitta⁵⁰. La Dc, fin dalle sue origini, seguendo quella stessa pedagogia democratica che era propria della cultura cattolica di Moro, intercettava settori di un ceto medio meridionale che, specialmente nelle sue componenti giovanili, emergeva dalle incrinature del vecchio blocco agrario e che, dato il consenso prima assicurato al regime mussoliniano, tendeva ora a concepire in termini di superamento graduale più che di scontro l'uscita dal fascismo in direzione della democrazia.

Se è vero che nel 1943-1944 si riscontrava uno scarto tra capacità d'iniziativa politica ed entità organizzativa del partito, è anche noto che la prima forza della Dc sarebbe derivata dalla Chiesa, che esercitò un ruolo significativo dopo lo sbarco alleato in Sicilia e quello di Salerno⁵¹. In quel travagliato passaggio della guerra nella parte meridionale della penisola italiana, il cattolicesimo e l'azione dei vescovi e del clero costituirono una forza di coesione civile, da cui la Dc trasse un'ulteriore spinta a ricomporre i contrasti e a rispondere al bisogno profondo e diffuso di una normale convivenza fondata sul lavoro e sulla pace.

⁴⁹ N. GALLERANO, *La disgregazione delle basi di massa del fascismo nel Mezzogiorno e il ruolo delle masse contadine*, in G. BERTOLO, E. BRUNETTA ET AL., *Operai e contadini nella crisi italiana del 1943/1944*, prefazione di Guido Quazza, Milano, Feltrinelli, 1974, pag. 489.

⁵⁰ Quanto alla ricostituzione del sindacato cattolico, si veda G. ACOCELLA, *Questione meridionale e sindacalismo cattolico nell'opera di Domenico Colasanto*, Finlavoro, Roma 1978.

⁵¹ *La Chiesa nel Sud tra guerra e rinascita democratica*, cit.

La Chiesa fu uno dei pochi centri di autorità accreditati presso i comandi alleati e si dimostrò in grado di offrire orientamento e assistenza alla popolazione e di esercitare una prima rappresentanza nei confronti dei poteri civili, in un'Italia che usciva divisa e prostrata dalla guerra. Furono le opere pontificie di carità, utilizzando gli aiuti umanitari americani, a provvedere ai primi urgenti bisogni materiali dei cittadini⁵². La religione, mentre ancora si soffrivano i danni economici e morali del conflitto, fu uno dei fattori di aggregazione a cui poté guardare la collettività dopo la caduta del fascismo, i bombardamenti, lo sfollamento, l'occupazione tedesca e tutta la diaspora delle famiglie e delle comunità locali⁵³. Prima ancora della paura del comunismo e delle sue utilizzazioni elettorali avevano agito e scavato nell'immaginario degli italiani il trauma della guerra e l'inconscio timore di un suo imminente ritorno. Nei luoghi tradizionali della devozione popolare avvenne, in una dinamica religiosa, un'elaborazione delle paure e delle angosce e una ricomposizione molecolare delle identità e dei sentimenti dell'appartenenza comunitaria e nazionale dopo il crollo dei miti dell'Italia fascista.

Come accadde in altre parti dell'Europa, il cattolicesimo assicurò al "partito cristiano" una profonda connessione con i sentimenti diffusi e preparò l'ideologia della ricostruzione, sostenendo con la solidarietà sociale l'aspirazione alla normalità, al lavoro e a migliori condizioni di vita. A ciò contribuì anche la mobilitazione civica e la partecipazione democratica delle donne cattoliche organizzate, sensibili alle istanze dei minori e delle famiglie e, dunque, all'esigenza di un riequilibrio del rapporto tra sfera pubblica e vita privata, dopo gli esiti aberranti prodotti dai nazionalismi e dal totalitarismo fascista. Una storia della Dc, in quanto partito politico, è stata a lungo ostacolata da un preminente interesse per le conseguenze economiche che i governi da essa guidati produssero nell'Italia del secondo Novecento.

Nel nuovo scenario economico degli anni Settanta, perdurando un sistema politico privo di alternanza di governo, una serie di ricerche sociali rimarcarono una tendenza della Dc a perpetuare il proprio potere mediante il controllo delle risorse pubbliche.

⁵² R. P. VIOLI, *Chiesa cattolica e assistenza nel Sud nel 1945*, «Italia contemporanea», marzo 2000, n. 218, pagg. 49-77.

⁵³ R. P. VIOLI, *Religiosità e identità collettive. I santuari del Sud tra fascismo, guerra e democrazia*, Studium, Roma 1996.

Dopo l'uccisione di Aldo Moro, avvenuta nel 1978 per mano di un gruppo di terroristi, la ricerca storica si volse allo studio dell'impianto della democrazia in Italia e delle basi culturali del partito dei cattolici italiani.

La Dc, allora, nel quadro della storia secolare del movimento cattolico, fu vista nel suo impegno a favorire e a dirigere il passaggio della società italiana dalla campagna all'industria, dalla povertà al benessere, dal fascismo e dalla guerra alla pace e alla democrazia politica.

La Dc ebbe una delle sue origini specifiche nel Mezzogiorno, nel pieno della crisi nazionale del 1943-1944 e nel processo di transizione dello Stato italiano alla democrazia. Essa perseguì una politica moderata di continuità costituzionale, che escludeva rotture rivoluzionarie, considerando la tendenza monarchica dell'elettorato meridionale, ma anche il disorientamento degli italiani, delusi dal fascismo che li aveva condotti alla guerra e alla sconfitta.

La prima forza della Dc sarebbe derivata dalla Chiesa, che costituì nel dopoguerra una forza di coesione civile, e dalla religione cattolica che, negli anni della ricostruzione, sostenne con la solidarietà sociale l'aspirazione diffusa alla normalità, al lavoro e a migliori condizioni di vita.

Poscritto

Conosco Pino Acocella ormai da tanti anni, ma è in particolare nel nostro “finale di partita”, come recita il titolo dell’opera teatrale di Samuel Beckett, che ho potuto gustare il piacere di lavorare con lui e di scoprire, nella sua poliedrica vulcanicità, l’intuizione tutta partenopea del progetto, accompagnato dal rigore del metodo, nella disposizione della problematica sul tappeto e con la soddisfazione della confezione del prodotto analizzato.

Un lavoro che da quasi tre anni ci vede tutte le settimane gomito a gomito nella sede romana dell’Istituto di Studi Politici S. Pio V a piazza Navona, dove a volte, forse, non circola del buon caffè, ma sempre sicuramente delle ottime idee, per godere di quel cibo scientifico e culturale che tanti anni fa scegliemmo come nostro pasto quotidiano e che non abbiamo più lasciato con l’entusiasmo oggi ancora vivido dei nostri, ormai ben lontani, vent’anni.

Quell’affetto e quella stima che già ci univa si è così cementata ancora più pervicacemente nell’orgoglio di appartenere entrambi all’Università della nostra Repubblica e di poter lavorare in piena sintonia, con la serenità e la concentrazione che pretendono legittimamente gli studiosi, ai nostri oggetti di studio e all’attività a noi più congeniale: la ricerca scientifica. E quante analogie con Pino!

Entrambi provenienti dagli studi filosofico-giuridici, approdato poi io a quelli sociologico-giuridici prima, sociologici “tout-court” poi, abbiamo sempre avuto entrambi la passione e l’esigenza esistenziale dell’impegno pubblico e civile. Entrambi “lato sensu” napoletani, io nativo ma coinvolto fin dall’adolescenza in una sorta di trasferta permanente lontano dalla mia città, Pino, salernitano, ma a Napoli da sempre, docente alla Federico II e oggi Professore Emerito di quel grande Ateneo; io, alla Sapienza di Roma, mia città d’adozione e di formazione.

Non so come ringraziare il mio amico e stimato collega Giacomo Di Genaro, così come i curatori, Carmela Capolupo e Vincenzo Rapone, che con così grande perizia hanno raccolto questi contributi e curato la pubblicazione, per avermi dato la possibilità di scrivere queste parole per un poscritto a questo bel libro che sta vedendo la luce, nel quale traboccano gli argomenti più cari a Pino

scritti dai suoi amici, colleghi e allievi più vicini: dal pensiero politico, alla teoria dello Stato, dall'Etica pubblica alla riflessione sulle forme e trasformazioni del *Welfare* e, soprattutto, al suo cavallo di battaglia preferito, vale a dire il concetto di legalità, che lo assorbe quotidianamente e affascinatamente nella preparazione dei suoi preziosi *Materiali per una cultura della legalità* che escono con le migliori firme del giure contemporaneo dal 2014.

È di questa vivacità intellettuale, testimoniata dalle belle e gnomiche parole del suo Maestro - Fulvio Tessitore - che desidero ringraziare Pino Acocella per la sua missione di docente ma non solo, tant'è che mi pregio ricordare ancora, a esempio della sua militanza istituzionale, il fascino della sua "Lectio magistralis" nella primavera del 2018 di fronte ai suoi studenti, allievi e Colleghi nella quale riverberarono gli intrecci sapienti del suo excursus di studioso, di militante politico e di fine intellettuale. La solarità di quella indimenticabile giornata nella nostra Napoli è l'affettuoso ricordo che porterò sempre con me nella cara amicizia che da tanti anni ci unisce.

PROF. PAOLO DE NARDIS
Presidente Istituto di Studi Politici S. Pio V
Roma, 30 settembre 2019



Più che una ricostruzione delle coordinate del suo percorso di ricerca, *La solidarietà fondamentale* si propone come la testimonianza di una comunità di studiosi che si è stretta intorno a Giuseppe Acocella, riconoscendo l'autorevolezza del suo magistero.

I suoi interessi, così diversificati, mal si sarebbero prestati ad una ricostruzione esegetica: piuttosto, si è preferito adire il "vivo" delle sue riflessioni, nella misura in cui ha saputo ispirare la ricerca di ciascuno. Filosofo morale, filosofo del diritto, filosofo della politica, formatosi a partire dall'insegnamento di Capograssi, ha preferito orientare la sua riflessione alla *Lebenswelt*, più che a quella dimensione formale che avrebbe consentito di inquadrarlo in un paradigma univoco.

A partire dalle sensibilità individuali, si è voluto testimoniare della vicinanza e del significato che l'insegnamento di Giuseppe Acocella ha rivestito nella ricerca di ciascuno: i temi affrontati, che interrogano la vita civile nei suoi aspetti formali e materiali, rispecchiano la tensione poliedrica che solo un pensatore magistrale può ispirare.

ISBN 978-88-6887-063-8



9 788868 870638