

BALDASSARE PASTORE

LE RICHIESTE DI RICONOSCIMENTO DELLE DIFFERENZE E LE MODALITÀ DI INCLUSIONE SOCIALE E POLITICA (*)

1. *Conflitti identitari e legame sociale*

Nella riflessione contemporanea di filosofia e teoria politica, il tema delle differenze – che si connette alla questione della convivenza fra gruppi culturalmente diversi, nel quadro dei principi e delle istituzioni delle democrazie liberali – è oggetto di attenta ed ampia discussione. Diverse (almeno quattro) sono le risposte fornite agli interrogativi che tale tema solleva. Consideriamole partitamente nei loro tratti essenziali.

Una prima risposta è quella basata sull'autodifesa intransigente dell'ordine liberale, che vede nel multiculturalismo una minaccia per il patrimonio culturale occidentale e afferma che il riconoscimento delle differenze, proprie delle minoranze etniche, non deve riguardare la sfera pubblica. La democrazia liberale, secondo tale prospettiva, garantisce dignità, non-discriminazione e inclusione a chiunque, senza alcun riferimento all'origine, alla fede, alla cultura, al sesso dei soggetti coinvolti. Si tratta, allora, di evitare destrutturazioni del tessuto sociale e politico atte a favorire logiche "tribali" e intolleranti di appartenenza⁽¹⁾.

La seconda risposta è quella dei sostenitori della possibilità e della legittimità di una società multiculturale che richiede, comunque, una revisione del modello liberale e democratico capace, nel contempo, di conservare il nucleo costitutivo dei suoi principi e di accogliere, nell'ambito della sfera

(*) È il testo, corredato di note, della lezione svolta nell'ambito del corso "Donne, politica e istituzioni. Percorsi formativi per la promozione della cultura di genere e delle pari opportunità" (Facoltà di Giurisprudenza – Università degli Studi di Ferrara, 28 novembre 2008).

⁽¹⁾ Si veda G. SARTORI, *Pluralismo, multiculturalismo e estranei. Saggio sulla società multi-etnica*, Rizzoli, Milano, 2000.

pubblica, le richieste identitarie al fine di assicurare a tutti un'equa inclusione⁽²⁾.

La terza risposta avanza argomenti a favore dei diritti culturali, specifici ai gruppi o collettivi, come garanzia e sostegno per le diverse identità minoritarie contro le pretese assimilazionistiche della maggioranza. Le istituzioni, secondo questo orientamento, andrebbero adattate alle pratiche e alle specificità delle diverse comunità, nell'ottica della pari dignità, e ciò implica una consistente reinterpretazione dei principi liberal-democratici⁽³⁾.

Una quarta risposta si basa sull'inconciliabilità fra multiculturalismo e teoria liberal-democratica e tende ad accantonare gli ideali di eguaglianza, universalità, neutralità, perché ritenuti mistificazioni e strumenti di dominio e oppressione culturale. Si tratta, invece, di registrare come tale la molteplicità culturale presente in una società e di onorare tutte le differenze. Tutte le culture, infatti, sono eguali e tra loro incommensurabili. La lotta per il riconoscimento e per la valorizzazione delle differenze richiede che i vari gruppi presenti nella società possano realizzare forme di autogoverno e di rappresentanza democratica espressive delle plurime identità, equivalenti e paritetiche⁽⁴⁾.

Queste risposte, invero, cercano, variamente, di fare i conti con le tensioni prodotte dalle richieste identitarie⁽⁵⁾. Va detto, comunque, che la scelta tra tali modelli, con la predisposizione degli strumenti politici e giuridici idonei a implementarli, dovrebbe evitare sia l'effetto perverso dell'imperialismo culturale, volto alla riduzione delle culture diverse a quella dominante, sia i pericoli della frammentazione del corpo sociale e lo slittamento verso un relativismo che rende equivalenti, e pertanto legittime, tutte le culture e le pratiche culturali, enfatizzando una concezione esclusiva e segregazionista dell'appartenenza, lesiva dell'integrità, della libertà, della dignità di ogni essere umano, destinata a rendere impossibili la relazionalità e il dialogo tra identità diverse, le quali, invero, continuamente si evolvono e si trasformano.

⁽²⁾ Cfr., ad esempio, J. HABERMAS, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica* (1996), Feltrinelli, Milano, 1998.

⁽³⁾ Tale posizione è sostenuta da W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale* (1995), Il Mulino, Bologna, 1999.

⁽⁴⁾ Per questa tesi v. I.M. YOUNG, *Le politiche della differenza* (1990), Feltrinelli, Milano, 1996.

⁽⁵⁾ Per un'analisi critica delle diverse soluzioni politiche del problema del multiculturalismo rinvio, nella letteratura più recente, a: P. DONATI, *Oltre il multiculturalismo. La ragione relazionale per un mondo comune*, Laterza, Roma-Bari, 2008, pp. 3-14; G. GALLI, *L'umanità multiculturale*, Il Mulino, Bologna, 2008, pp. 53-62; F. MONCERI, *Ordini costruiti. Multiculturalismo, complessità, istituzioni*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2008, spec. pp. 123-133.

La logica dell'identità (delle diverse identità) riguarda sia ciò che distingue da ogni altro, sia ciò che accomuna con gli altri: indica *differenza* ed *appartenenza*. Si tratta, pertanto, di assumere come costitutivo il ruolo dei contesti culturali e delle relazioni intersoggettive nella definizione dell'identità, riconoscendo il legame che unisce gli individui agli ambiti di appartenenza, i fini personali alle forme di interdipendenza sociale ed ai vincoli cooperativi, nonché la rilevanza delle precondizioni sociali per l'esercizio dell'autodeterminazione personale⁽⁶⁾.

La nascita situa l'individuo sotto un groviglio di differenze (etniche, sociali, religiose, storiche, geografiche, caratteriali). Ma uno dei possibili esiti interni alla logica della particolarità consiste nell'exasperazione delle specificità e nel loro isolamento aggressivo. Così, intolleranza, razzismo, oppressione, fanatismo nazionalistico, violenza rappresentano il portato di una visione dell'identità come esclusiva appartenenza a sé che non ammette l'alterità e assolutizza le differenze. Vi è qui un potenziale entropico: il rischio che l'esplosione delle diversità comporti disgregazione.

Una domanda, allora, va posta: come possono coesistere le differenze? Essa rinvia alla questione relativa agli assetti sociali e istituzionali mediante i quali si incorporano le differenze, si convive con esse, le si assegna una quota dello spazio pubblico⁽⁷⁾. Tale questione, ineludibile per le democrazie contemporanee, riguarda il rapporto tra identità culturale e legame sociale. A fare problema, così, è la mescolanza delle culture nello stesso territorio e con rivendicazioni di parità. Ciò richiede che si acceda ad un codice, dotato di universalità, da configurarsi come orizzonte d'intesa di più particolari, che valga come criterio di riferimento nelle dinamiche di cooperazione e conflitto, proprie degli assetti sociali, e che articoli la cifra del riconoscimento reciproco come forma regolativa dell'esistenza plurale degli esseri umani.

L'esservi di un'identità implica una cerchia stabile di riconoscimenti nella durata⁽⁸⁾. In questo senso, le questioni di identità sono questioni di riconoscimento, che risultano connesse in modo saliente al senso della vita umana e che presuppongono una rete di legami con altre vite umane, implicando

⁽⁶⁾ Cfr., in proposito, J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1988, p. 206 ss.; W. KYMLICKA, *Liberalism, Community and Culture*, Clarendon Press, Oxford, 1991, pp. 135 ss., 162 ss.; W.A. GALSTON, *Liberal Purposes. Goods, Virtues, and Diversity in the Liberal State*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, pp. 3 ss., 79 ss., 98 ss.; M. PENSKY, *The Ends of Solidarity. Discourse Theory in Ethics and Politics*, State University of New York Press, Albany, 2008, pp. 65 ss., 103 ss. Sulle difficoltà relative alla configurazione di un'identità (collettiva) v. M. SANTAMBROGIO, *Che cosa è l'identità collettiva?*, in "Teoria politica", XXIII, n. 3, 2007, pp. 19-43.

⁽⁷⁾ Sul punto, in una prospettiva storico-concettuale, si veda M. WALZER, *Sulla tolleranza* (1997), Laterza, Roma-Bari, 1998, p. 19 ss.

⁽⁸⁾ Cfr. S. VECA, *Dell'incertezza. Tre meditazioni filosofiche*, Feltrinelli, Milano, 1997, p. 119.

interazioni e reciprocità⁽⁹⁾. Ne deriva che «la coesistenza con pari diritti di differenti comunità etniche, gruppi linguistici, confessioni e forme di vita non può essere acquisita al prezzo della frammentazione della società... in una molteplicità di subculture reciprocamente impenetrabili»⁽¹⁰⁾.

La minaccia del conflitto identitario, legato alla presenza in una determinata società di soggetti che, in seguito ai propri processi di socializzazione, incarnano le forme di vita in cui si è formata la loro identità, richiede, dunque, la ridefinizione dei confini interni alla comunità politica in modo rispondente al fatto del pluralismo come varietà di cerchie e comunità differenti. Il conflitto identitario o per il riconoscimento è quello in cui qualcuno entra con altri allo scopo di aver riconosciuta la propria identità distinta. Questa identità può essere data previamente o può risultare esclusa dalla cerchia stabile dei riconoscimenti. L'esito del conflitto può essere quello per cui la nuova cerchia dei riconoscimenti derivi dall'inclusione di quanto prima era escluso⁽¹¹⁾.

L'obiettivo specifico della comunità politica consiste, infatti, nel rendere possibile l'esercizio dei diritti e delle responsabilità richieste dalla struttura politico-istituzionale, mettendo in comunicazione coloro che posseggono diverse identità culturali al fine di raggiungere un'intesa sul giusto.

2. *L'interazione nella comunità politica e i diritti*

Il riconoscimento delle differenze esige la comunicazione. Con il termine "multiculturalismo", infatti, si fa riferimento alla condizione di una società nella quale siano presenti molte culture diverse che interagiscono in modo significativo le une con le altre.

⁽⁹⁾ Ivi, pp. 263-264. Sul legame tra identità e riconoscimento v. CH. TAYLOR, *La politica del riconoscimento* (1992), in J. HABERMAS – CH. TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Feltrinelli, Milano, 1998, pp. 9 ss., 18 ss., 22 ss.

⁽¹⁰⁾ J. HABERMAS, *Nazione, Stato di diritto, democrazia*, in F. CERUTTI (a cura di), *Identità e politica*, Laterza, Roma-Bari, 1996, p. 203.

⁽¹¹⁾ Sui vari aspetti legati al tema dell'inclusione sociale e politica rinvio a P. ASKONAS and A. STEWART (eds.), *Social Inclusion. Possibilities and Tensions*, Palgrave, Basingstoke, Hampshire – New York, 2000. Cfr. altresì I.M. YOUNG, *Inclusion and Democracy*, Oxford University Press, Oxford, 2002. Sulla nozione di conflitto identitario si veda A. PIZZORNO, *Le radici della politica assoluta e altri saggi*, Feltrinelli, Milano, 1994², p. 195 ss. Sull'utilizzazione della nozione di "riconoscimento" per ricostruire le basi normative delle rivendicazioni sociali e politiche, e sul suo rapporto con la "redistribuzione", in base all'idea secondo la quale un'interpretazione adeguata della giustizia debba includere le due questioni, v. N. FRASER – A. HONNETH, *Redistribuzione o riconoscimento? Una controversia politico-filosofica* (2003), Meltemi, Roma, 2007.

La comunicazione si pone come capacità che va appresa, alimentata, incrementata⁽¹²⁾. Il riconoscimento, in tal modo, non si configura solo nella sua dimensione interpersonale, ma anche istituzionale. In questo senso, non è possibile una società multiculturale senza ricorrere ad un principio che consenta la comunicazione fra individui e gruppi diversi. Ma non è possibile neanche una società multiculturale se viene affermata la superiorità sulle altre di una concezione dell'organizzazione sociale e del modo di vita, manifestando la tendenza del gruppo maggioritario a inglobare quello minoritario, che deve così rinunciare alla differenza e adattarsi completamente al sistema.

La comunicazione interpersonale e interculturale presuppone che la contrapposizione fra un universalismo dominatore e un particolarismo intollerante venga superata mediante l'assunzione del valore dell'esistenza personale e collettiva, entro un contesto che valorizzi le differenze e salvaguardi la potenziale ricchezza umana e culturale che nasce dal relazionarsi di gruppi diversi. In questo quadro, il riconoscimento e il rispetto delle diverse culture non eliminano la possibilità di sottoporle al vaglio critico, costituendone, anzi, l'ambito di legittimità⁽¹³⁾. Peraltro, il fatto che l'identità sia inserita in tradizioni non impedisce, ma anzi richiede, all'individuo di prendere posizione criticamente nei confronti della propria tradizione, svincolandosi dal suo carattere particolaristico tramite l'esercizio della capacità di autoriflessione e di revisione⁽¹⁴⁾.

Le istanze di riconoscimento, invero, sono eterogenee e richiedono trattamenti differenziati. Possono riguardare: le richieste di tutela pubblica delle differenze sociali, che implicano atteggiamenti simbolici di accettazione e legittimazione; le domande di protezione dagli attacchi e dalle offese che minacciano la presenza durevole delle identità; le richieste di cambiamento delle convenzioni pubbliche basate sulla cultura maggioritaria; le domande di sostegno a membri di gruppi oppressi, che rinviano a programmi di azioni positive per compensare gli svantaggi; le domande per il sostegno a culture minoritarie, fornendo un aiuto per la loro sopravvivenza, affinché sia garantita l'opportunità di praticarle; le richieste di autonomia del gruppo dalla società più vasta, che possono veicolare anche una volontà di separazione e secessione⁽¹⁵⁾.

⁽¹²⁾ Sul tema della comunicazione e della comprensione tra culture rinvio a B. PASTORE, *Pluralismo, fiducia, solidarietà. Questioni di filosofia del diritto*, Carocci, Roma, 2007, in particolare pp. 51-64.

⁽¹³⁾ F. BELVISI, *Il matrimonio islamico e l'inclusione sociale*, in GF. ZANETTI (a cura di), *Elementi di etica pratica. Argomenti normativi e spazi del diritto*, Carocci, Roma, 2003, pp. 59-63.

⁽¹⁴⁾ PASTORE, *Pluralismo, fiducia, solidarietà*, cit., p. 21.

⁽¹⁵⁾ A.E. GALEOTTI, *Multiculturalismo. Filosofia politica e conflitto identitario*, Liguori, Napoli, 1999, pp. 32-35; K.A. APPIAH, *The Ethics of Identity*, Princeton

La lista delle rivendicazioni è, così, aperta. In essa rientrano istanze antidiscriminatorie (dal punto di vista sociale, economico e politico), inclusive, di valenza simbolica⁽¹⁶⁾: tutte legate, variamente, al principio dell'eguale rispetto e al diritto ad essere trattati da eguali. Ma vi rientrano anche pretese che possono produrre effetti degenerativi, connessi a forme di segregazione comunitaria o di disgregazione sociale e politica.

A fronte di questo scenario, l'individuazione di un criterio riconoscimentale che escluda la totalizzazione e l'autoreferenza identitaria risulta indispensabile. Come è stato scritto, «una società politica multiculturale è una comunità politica la cui identità è il risultato dinamico dell'incontro e della comunicazione tra determinate identità culturali se queste non sono intese come mondi chiusi e imm modificabili, ma come disponibili a generare nuove pratiche di vita comune attraverso il co-apprendimento evolutivo all'interno di principi e regole istituzionali preesistenti»⁽¹⁷⁾. Vanno riconosciute, allora, quelle richieste che, in quanto veicolo di inclusione, operano come condizioni affinché i singoli possano esprimere le loro identità, identificandosi con la propria cultura e avendo stima di sé, compatibilmente con gli stessi diritti dei membri dello stesso gruppo e, in generale, di tutti gli altri individui, nell'ottica di una pluralità non egemonica e della reciprocità. In questo orizzonte, la dignità della persona si connette ad una considerazione equa delle diversità che eviti discriminazioni⁽¹⁸⁾, assimilazioni uniformanti, imposizioni unilaterali di differenze assolute.

Qui, tra l'altro, si colloca la questione relativa alla possibilità, da assicurare a ogni individuo, di rivedere le proprie scelte. Ognuno ha il diritto di svilupparsi come agente auto-cosciente, con una propria concezione del bene e con un proprio piano di vita a questa connesso. Ciò permette la realizzazione di ciascuno in quanto membro di una qualche comunità particolare, entro la quale si condividono significati, convinzioni, credenze. Ognuno, però, deve poter rivedere tali convinzioni e credenze, ossia deve essere libero di metterle in discussione, cambiando l'orientamento della propria vita, fatti salvi gli impegni contratti con gli altri. In questo senso, a ciascuno deve essere

University Press, Princeton and Oxford, 2005, pp. 62-77; A. GUTMANN, *Identity in Democracy*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2003, pp. 38-80.

⁽¹⁶⁾ M. MARTINIELLO, *Le società multietniche* (1997), Il Mulino, Bologna, 2000, pp. 98-101.

⁽¹⁷⁾ F. VIOLA, *Il ruolo pubblico della religione nella società multiculturale*, in C. VIGNA – S. ZAMAGNI (a cura di), *Multiculturalismo e identità*, Vita e Pensiero, Milano, 2002, p. 108.

⁽¹⁸⁾ Una mappa concettuale relativa alle diverse forme di discriminazione, basate su pregiudizi e stereotipi, con l'indicazione degli strumenti di contrasto, centrati sulle pari opportunità e sull'inclusione sociale, è offerta dai contributi pubblicati in TH. CASADEI (a cura di), *Lessico delle discriminazioni tra società, diritto e istituzioni*, Diabasis, Reggio Emilia, 2008.

garantito il diritto di uscire dal gruppo culturale di appartenenza⁽¹⁹⁾. Tale facoltà trova fondamento nella priorità dei diritti inviolabili dell'individuo, che le comunità devono rispettare in quanto formazioni sociali funzionali allo svolgimento della personalità del singolo. Non può non operare, in questo ambito, dal punto di vista assiologico, in linea con gli assunti del costituzionalismo⁽²⁰⁾, la presunzione di preferenza per i diritti individuali rispetto a quelli collettivi, qualora essi confliggano⁽²¹⁾.

Il tema, che, invero, testimonia la divaricazione esistente tra la logica universalistica inerente ad una prospettiva legata al rispetto dell'individuo e la logica particolaristica inerente all'appartenenza comunitaria, riguarda la configurazione di diritti culturali "collettivi", finalizzati alla tutela dell'identità del gruppo culturale attraverso l'imposizione di restrizioni volte a proteggere il gruppo dall'effetto destabilizzante di dissidi interni, con il rischio di congelare ogni gruppo in una configurazione statica, inibendo i processi di revisione interna della sua cultura, nonché il confronto e il dialogo interculturale⁽²²⁾.

Va sottolineato, allora, che, se, da un lato, i gruppi sono liberi di esigere il rispetto di regole e di criteri peculiari ai fini dell'appartenenza, è, dall'altro lato, ingiusto e illegittimo ogni tentativo di circoscrivere la libertà dei propri membri, violando la condizione – basilare negli Stati di diritto – secondo la quale ogni comunità ha l'obbligo di rispettare i diritti (civili e politici) di coloro che ad essa partecipano. In questa prospettiva, nell'ottica di un rapporto tra singolo e comunità culturale congruente con la dignità della persona umana e con la garanzia delle diversità, si tratta di «subordinare ogni misura protettiva nei confronti dell'integrità di una cultura al fatto che la comunità in questione

⁽¹⁹⁾ Sul principio di rivedibilità delle proprie scelte v. KYMLICKA, *Liberalism, Community and Culture*, cit., p. 58 ss.; ID., *La cittadinanza multiculturale*, cit., pp. 141-145, 160-162, 265 ss. Di un "right to exit" dal gruppo culturale parla J. RAZ, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 166, 172, 175. Cfr., al riguardo, anche GF. ZANETTI, *Argomenti normativi in tema di escissione*, in A. BERNARDI – B. PASTORE – A. PUGIOTTO (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 239-241. Sul tema, con specifico riferimento all'idea di libertà femminile, considerata in tensione con le forme di appartenenza a culture patriarcali, ed alla complessità relativa alla dicotomia tra costrizione e volontarietà, v. A. BESUSSI, *La libertà di andarsene. Autonomia delle donne e patriarcato*, in "Ragion pratica", 23, 2004, pp. 433-451.

⁽²⁰⁾ Emblematico, al riguardo, è l'art. 2 della Costituzione italiana: «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità».

⁽²¹⁾ Cfr. G. PINO, *Identità personale, identità religiosa e libertà individuali*, in "Quaderni di diritto e politica ecclesiastica", XVI, n. 1, 2008, p. 132.

⁽²²⁾ Sul punto cfr. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, cit., pp. 64 ss., 190 ss., 265 ss., 297-300.

lasci liberi i suoi membri di andarsene senza vessazioni»⁽²³⁾.

Non basta, però, che il “diritto di uscita” sia giuridicamente disponibile agli appartenenti ad un gruppo. Serve anche che trovino realizzazione alcune minime condizioni culturali ed economiche che lo rendano esercitabile, nonché determinate condizioni sociali di accoglienza, «in modo da non rendere la scelta di *exit* puramente astratta o pressoché eroica»⁽²⁴⁾.

Resta il fatto che, se i soggetti appartenenti a gruppi culturali si appellano alle istituzioni e all’ordinamento giuridico dei paesi d’accoglienza per uscire dalla violenza, dallo sfruttamento e dall’oppressione, appartiene ai doveri di ogni Stato di diritto offrire loro quella protezione che è offerta a tutti i soggetti dell’ordinamento, qualora la libertà, la sicurezza personale, l’integrità siano messe in discussione. Sarebbe incoerente che, per una presunta correttezza culturale, si abbandonassero alle norme tradizionali del gruppo i soggetti deboli (di solito i bambini e le donne) che non intendono sottostare a usanze oppressive, a segregazioni, ad abusi⁽²⁵⁾, ordinati peraltro al consolidamento degli equilibri di potere dati, che trovano nell’ambito familiare e domestico il

⁽²³⁾ A. FERRARA, *Il multiculturalismo come nuova frontiera del liberalismo*, in “Democrazia e diritto”, XXXVI, n. 2-3, 1996, p. 53. Cfr., sul punto, B. PASTORE – L. LANZA, *Multiculturalismo e giurisdizione penale*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 14-15, 113.

⁽²⁴⁾ Così PINO, *Identità personale, identità religiosa e libertà individuali*, cit., p. 133.

⁽²⁵⁾ Seguo, qui, le argomentazioni di A.E. GALEOTTI, *Genere e culture altre*, in “Ragion pratica”, 23, 2004, p. 470. Per una critica all’impostazione teorica di alcuni importanti difensori del multiculturalismo, volta a sottolineare la mancanza dell’elaborazione di proposte tendenti ad incidere sulle condizioni di subordinazione alle quali, nell’ambito familiare e domestico (privato), determinate minoranze culturali sottomettono le donne, rinvio a S.M. OKIN, *Feminism and Multiculturalism: Some Tensions*, in “Ethics”, 108, 1998, p. 661 ss. Della stessa autrice v. *Il multiculturalismo è un male per le donne?* (1999), in S.M. OKIN, *Diritti delle donne e multiculturalismo*, a cura di J. Cohen, M. Howard e M.C. Nussbaum, edizione italiana a cura di A. Besussi e A. Facchi, Raffaello Cortina, Milano, 2007, pp. 3-22. Un’analisi critica della prospettiva di Susan Okin è offerta da P. PAROLARI, *Femminismo liberale e multiculturalismo. Susan Okin e le forme della diversità culturale*, in “Ragion pratica”, 30, 2008, pp. 231-242.

Sui casi in cui è in gioco la tutela dei diritti di soggetti particolarmente vulnerabili all’interno dei gruppi culturali minoritari cfr. M.-C. FOGLETS, *Les délits culturels: de la répercussion des conflits de culture sur la conduite délinquante. Réflexions sur l’apport de l’anthropologie du droit à un débat contemporain*, in “Droit et cultures”, 35, 1998, pp. 195 ss., 210 ss.; B. PAREKH, *Rethinking Multiculturalism. Cultural Diversity and Political Theory*, Palgrave, Basingstoke, Hampshire – New York, 2000, pp. 264-265, 273-292.

Sui reati culturali, prendendo a riferimento solo la letteratura italiana più recente, v.: F. BASILE, *Immigrazione e reati ‘culturalmente motivati’. Il diritto penale nelle società multiculturali europee*, CUEM, Milano, 2008; A. BERNARDI, *L’ondivaga rilevanza penale del «fattore culturale»*, in “Politica del diritto”, XXXVIII, n.1, 2007, pp. 3-48; C. GRANDI, *Diritto penale e società multiculturale: Stato dell’arte e prospettive de iure condendo*, in “L’indice penale”, X, n. 1, 2007, pp. 245-287.

loro fulcro. Diventa essenziale, allora, quando si discute di aspirazioni identitarie, prestare attenzione agli interessi concretamente in gioco, disvelando, in primo luogo, cosa si nasconde dietro l'insistenza con cui donne e bambini vengono fatti oggetto delle ansie di preservazione culturale⁽²⁶⁾.

Va fornita, pertanto, una risposta inclusiva che riclassifichi la dimensione pluralistica tipica delle nostre società odierne nella direzione di una "compossibilità" di identità collettive differenti per individui allo stesso titolo inclusi nella cerchia della comune lealtà civile⁽²⁷⁾, con la consapevolezza che qui si ha a che fare con una inclusione entro la cittadinanza *in quanto* persone aventi peculiari identità e non *a dispetto* delle appartenenze comunitarie⁽²⁸⁾. Su questo punto si misurano il ruolo e la scommessa del diritto, chiamato a comporre l'estraneità delle differenze, riconducendole a reciproca coordinazione⁽²⁹⁾.

3. La costruzione della cittadinanza

Slegare il multiculturalismo dall'offerta della cittadinanza costituisce una forma di esclusione e un modo per giustificarla.

La cittadinanza può considerarsi come la titolarità di accesso a determinati beni che hanno la forma di diritti (civili, politici, sociali)⁽³⁰⁾. C'è da dire, però, che essere cittadini non significa soltanto fruire di beni-diritti, ma impegnarsi a contribuire alla loro produzione. I motivi che portano i cittadini ad assumere i costi della cittadinanza implicano che sia riconosciuto il fatto

⁽²⁶⁾ Cfr. E. OLIVITO, *Primi spunti di riflessione su multiculturalismo e identità culturali nella prospettiva della vulnerabilità*, in "Politica del diritto", XXXVIII, n. 1, 2007, pp. 72-73, 103.

⁽²⁷⁾ VECA, *Dell'incertezza*, cit., p. 208.

⁽²⁸⁾ RAZ, *Ethics in the Public Domain*, cit., p. 160 ss.; A. E. GALEOTTI, *La tolleranza. Una proposta pluralista*, Liguori, Napoli, 1994, p. 153. Sull'idea che *l'integrazione etica* di gruppi dotati di una propria specifica identità collettiva deve «sganciarsi dal livello dell'*integrazione politica* astratta, che ricomprende in egual misura tutti i cittadini», si veda J. HABERMAS, *Lotta di riconoscimento nello stato democratico di diritto* (1993, 1996), in HABERMAS – TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, cit., p. 93. L'Autore si riferisce ad «un comune *orizzonte* interpretativo, all'interno del quale si accendono le pubbliche dispute sull'autocomprensione politica dei cittadini» e parla di "patriottismo costituzionale". Esso porta, ad esempio, a richiedere agli immigrati «solo la disponibilità a conformarsi alla cultura politica della loro nuova patria, senza che debbano rinunciare alla forma di vita culturale delle loro origini». Ivi, pp. 94, 99-100.

⁽²⁹⁾ G. ZACCARIA, *Pluralismo, ermeneutica, multiculturalismo: una triade concettuale*, in "Ragion pratica", 31, 2008, pp. 562, 568, 572.

⁽³⁰⁾ T.H. MARSHALL, *Cittadinanza e classe sociale* (1950), in Id., *Cittadinanza e classe sociale*, Utet, Torino, 1976, pp. 9 ss., 63 ss.

che dimensioni significative della loro identità sono parte dell'identità collettiva condivisa con altri concittadini. Questa condivisione si traduce in accettazione di impegni reciproci di solidarietà e di lealtà civile. Non si tratta, pertanto, solo di affermare i diritti di tutti e di ciascuno, ma di accettare di prender parte ad un'impresa comune⁽³¹⁾. Su tale questione si misura la tenuta di quel legame che determina il punto della coesione di una comunità politica in termini di condivisione di valori e principi, in quanto elemento che designa il modo di sentire e di vivere l'appartenenza ad essa, definendo le determinazioni concrete attraverso le quali si attuano il riconoscimento reciproco delle identità personali e comunitarie e la forma del rapporto fra il sé e l'altro⁽³²⁾.

La cittadinanza, in quanto relazione che lega fra loro i membri di una comunità politica, implica un assetto normativo e una prassi in cui tutti esercitano i loro diritti di partecipazione civile e di comunicazione politica. Propriamente, si caratterizza come un complesso di diritti e obbligazioni individuali e collettive verso la comunità politica, «ma la comunità politica non si identifica più con una comunità di sangue e/o di luogo», che trova nell'appartenenza ad un ceppo originario comune, nella presupposta somiglianza biologica e nel principio di nazionalità i propri elementi caratterizzanti. Un tale complesso si struttura, «secondo valori e regole che forgianno le concrete istituzioni e procedure del regime di cittadinanza», come «un insieme di aspettative reciproche fra soggetti politici: da un lato i cittadini, dall'altro le istituzioni che rappresentano e realizzano la comunità politica»⁽³³⁾. Il «complesso» della cittadinanza ha in sé una struttura, che è quella della reciproca obbligazione fra coloro che si vincolano, come cittadini, attraverso le istituzioni politiche.

La cittadinanza è essa stessa un bene che riguarda il partecipare e il realizzarsi entro una comunità politica. Da questo punto di vista, è relativa ad una società determinata, ma è attraversata da una tensione universalistica. È uno *status* giuridico che ha come base un dato sociale e ha a che fare con il

⁽³¹⁾ Per una attenta discussione sui vari problemi legati alla cittadinanza, come concetto chiave del lessico filosofico-politico e giuridico odierno, rinvio ai saggi pubblicati in D. ZOLO (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 1994; in G. DALLA TORRE e F. D'AGOSTINO (a cura di), *La cittadinanza. Problemi e dinamiche in una società pluralistica*, Giappichelli, Torino, 2000; in R. BLACKBURN (ed.), *Rights of Citizenship*, Mansell, London - New York, 1993; nonché in "Filosofia politica", XIV, 2000, pp. 5-98 (*Materiali per un lessico politico europeo: «cittadinanza»*). Per una ricostruzione storico-concettuale della nozione di cittadinanza si veda P. COSTA, *Cittadinanza*, Laterza, Roma-Bari, 2005.

⁽³²⁾ Cfr. P. BARCELLONA, *Legame sociale e modernità*, in "Democrazia e diritto", XXXII, n. 1, 1992, p. 69-70.

⁽³³⁾ P. DONATI, *La cittadinanza: dal codice statuale al codice societario*, in "Per la filosofia", XV, n. 42, 1998, p. 66.

confronto e l'incontro fra differenze entro uno spazio pubblico comune⁽³⁴⁾. Può essere configurata, dunque, come "contenitore" di una serie tendenzialmente aperta di diritti e come "meccanismo" per la loro protezione, legandosi alla logica espansiva dell'eguaglianza dei soggetti.

A questo riguardo va sottolineato che proprio i diritti umani partecipano sempre più alla definizione dei contenuti stessi della cittadinanza, arricchendoli e specificandoli⁽³⁵⁾. Posto che l'universalità di tali diritti riguarda le persone, considerate nelle loro specifiche situazioni esistenziali, e dato per scontato che resta essenziale il compito di apprestare garanzie reali affinché gli esseri umani possano trovare rispetto, riconoscimento e realizzazione della propria identità, è da ribadire che la cittadinanza continua a svolgere una funzione importante, costituendo ancora la chiave di volta della tutela dei diritti⁽³⁶⁾. Si tratta di considerarla come fattore integrativo di una pluralità di differenti⁽³⁷⁾, ponendo l'accento sulla qualità della vita pubblica in quanto effettivamente fruita dagli individui, in una prospettiva che associa il carattere universale dei diritti, riguardo alla loro titolarità ed al loro godimento, con la particolarità dell'appartenenza.

D'altra parte, come è noto, la cittadinanza è essa stessa configurata come un diritto umano⁽³⁸⁾, che non può non sostanziarsi in ambiti territorialmente determinati, connessi a specifiche comunità politiche.

L'appartenenza alla comunità politica presuppone il riconoscimento di una storia comune, definita da una certa qualità nell'interazione tra governanti e governati, implicante reciprocità, giustizia e la fedeltà a certi ideali⁽³⁹⁾, i quali, a loro volta, rinviano ai valori racchiusi, oltre che nelle regole della democrazia, nelle istituzioni dello Stato di diritto e nei diritti fondamentali⁽⁴⁰⁾. È da sottolineare, allora, la centralità del legame tra libertà delle

⁽³⁴⁾ I. TRUJILLO, *Imparzialità*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 185-186, 204-214.

⁽³⁵⁾ B. PASTORE, *Per un'ermeneutica dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 84-87.

⁽³⁶⁾ A. CATANIA, *Stato, cittadinanza, diritti*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 114-116.

⁽³⁷⁾ S. SORRENTINO, *Cittadino e straniero. Nelle dinamiche di identità e esclusione*, in "Filosofia politica", XIV, 2000, pp. 66-67; A. MARGALIT, *La società decente* (1996), Guerini e Associati, Milano, 1998, pp. 177-185.

⁽³⁸⁾ Cfr. l'art. 15 della Dichiarazione universale dei diritti umani: «Ogni individuo ha diritto ad una cittadinanza. Nessun individuo potrà essere arbitrariamente privato della sua cittadinanza, né del diritto di mutare cittadinanza».

⁽³⁹⁾ Cfr. PASTORE, *Pluralismo, fiducia, solidarietà*, cit., pp. 74-79; ZACCARIA, *Pluralismo, ermeneutica, multiculturalismo: una triade concettuale*, cit., pp. 569, 572-573, 577, 581.

⁽⁴⁰⁾ Sull'idea secondo la quale la democrazia implica necessariamente il diritto, e sul nesso strutturale tra democrazia e diritti fondamentali, v. L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia*, Laterza, Roma-

persone e contesto istituzionale, entro «un sistema relazionale in cui i soggetti si riconoscano in linea di principio come eguali»⁽⁴¹⁾ e siano trattati con eguale considerazione e rispetto.

Pertanto, la partecipazione alla cittadinanza richiede che le differenze siano rispettate ma che le diseguaglianze (le negazioni delle pari opportunità sociali di vita) siano rimosse o compensate, in modo che si possa essere se stessi, rimanendo persone diverse dagli altri, ma, nel contempo, si possa divenire, nelle condizioni minime di vita e di sopravvivenza, persone uguali alle altre, persone come tutte le altre⁽⁴²⁾. Né va dimenticato che l'apertura e l'attenzione alle richieste delle minoranze culturali, al di là dei problemi che genera in ordine alle convinzioni e convenzioni relative all'interazione sociale nelle nostre società, è ciò che dà titolo allo Stato di esigere in cambio lealtà alle istituzioni e adesione ai principi politici che le ispirano. È, d'altra parte, grazie a quelle istituzioni e a quei principi che le differenze possono e devono essere accolte con pari dignità⁽⁴³⁾.

Il tema della cittadinanza in una società multiculturale rimanda ad un'idea di comunità politica come luogo in cui le identità personali e collettive si formano e si costituiscono, sono riconosciute, si confrontano, si alimentano e possono anche trasformarsi⁽⁴⁴⁾. Ciò implica che i soggetti, vivendo insieme nella modalità del discorso, possano comunicare e che la

Bari, 2007, pp. 13-24, il quale scrive (p. 14): «Può ben esserci, certamente, diritto senza democrazia. Ma non può esserci democrazia senza diritto. Giacché la democrazia è un insieme di regole sul valido esercizio del potere: da un lato le regole che conferiscono poteri di autodeterminazione individuale e collettiva, garantendone l'eguale titolarità a tutti in quanto persone o cittadini; dall'altro le regole che a questi stessi poteri impongono limiti e vincoli, onde impedirne la degenerazione in forme dispotiche e garantirne l'esercizio a tutela degli interessi di tutti. E queste regole in tanto valgono a limitare e a vincolare i diversi tipi di potere a garanzia degli interessi di tutti, in quanto stabiliscano l'eguaglianza nei diritti fondamentali quali norme costituzionali di grado a quei poteri sopraordinato».

HABERMAS, *L'inclusione dell'altro*, cit., pp. 220-221, parla di un nesso interno di "democrazia" e "stato di diritto", consistente «nel fatto che, per un verso, i cittadini possono esercitare adeguatamente la loro autonomia pubblica solo quando siano sufficientemente indipendenti in virtù di una autonomia privata loro paritariamente concessa; ma che, per l'altro verso, essi possono godere paritariamente della loro autonomia privata solo quando facciano uso adeguato, come cittadini dello stato, della loro autonomia politica». In questo senso, autonomia privata e autonomia pubblica si presuppongono a vicenda e si può asserire la cooriginarietà dei "diritti di libertà" e dei "diritti dei cittadini".

⁽⁴¹⁾ Così G. ZACCARIA, *Questioni di interpretazione*, Cedam, Padova, 1996, p. 32.

⁽⁴²⁾ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. 1. *Teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007, pp. 796-797.

⁽⁴³⁾ GALEOTTI, *La tolleranza*, cit., p. 202.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. F. VIOLA, *Identità e comunità. Il senso morale della politica*, Vita e Pensiero, Milano, 1999, pp. 123-126.

comunicazione tra i partecipanti alla comunità politica si svolga attraverso quel discorso in cui ognuno, identificando se stesso, richiede riconoscimento e riconosce una pari legittimità agli altri. Viene in evidenza, qui, il valore del pluralismo, che implica la creazione dello spazio per le specificità e la tutela dei vari fattori potenzialmente costitutivi delle identità individuali⁽⁴⁵⁾. La valorizzazione delle differenze richiede che sia presa sul serio l'eguaglianza: l'eguaglianza di tutti *nei* diritti fondamentali, contro le discriminazioni, le esclusioni, le oppressioni⁽⁴⁶⁾.

La cittadinanza, di fronte alla crisi degli Stati sovrani, con i fenomeni ad essa legati che caratterizzano la nostra epoca globalizzata, risulta ancorata alla convivenza nello spazio comune e riguarda una pratica continua di relazioni intersoggettive che vivono nella contiguità e nella condivisione di beni e interessi fondamentali⁽⁴⁷⁾.

Si tratta, allora, di considerarla come fattore inclusivo di una pluralità di differenti⁽⁴⁸⁾, che si configura come insieme di aspettative e impegni reciproci fra soggetti (cittadini e istituzioni)⁽⁴⁹⁾.

Nella comunità politica abbiamo a che fare con la presenza di molte culture diverse che interagiscono le une con le altre⁽⁵⁰⁾, con la molteplicità di appartenenze che caratterizzano ormai quasi tutti gli individui, nonché con

⁽⁴⁵⁾ PINO, *Identità personale, identità religiosa e libertà individuali*, cit. p. 120.

⁽⁴⁶⁾ L. GIANFORMAGGIO, *L'identità, l'eguaglianza, la somiglianza e il diritto*, in EAD., *Eguaglianza, donne e diritto*, a cura di A. Facchi, C. Faralli, T. Pitch, Il Mulino, Bologna, 2005, spec. pp. 90-94.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. M. LA TORRE, *Cittadinanza e ordine politico. Diritti, crisi della sovranità e sfera pubblica: una prospettiva europea*, Giappichelli, Torino 2004, in particolare pp. 244-246, 263-265, 298-299. Per una riflessione sullo spazio pubblico (locale) come luogo di incontro tra estranei e di condivisione di esperienze, dove è possibile integrare, senza annullare, le differenze, v. Z. BAUMAN, *Fiducia e paura nella città*, Bruno Mondadori, Milano, 2005, pp. 15-35, 56-59, 77-79. Sul tema della cittadinanza nei contesti multiculturali formati a seguito dei processi migratori cfr. PASTORE, *Per un'ermeneutica dei diritti umani*, cit., pp. 80-95; S. BENHABIB, *La rivendicazione dell'identità culturale. Eguaglianza e diversità nell'era globale* (2002), Il Mulino, Bologna, 2005, pp. 198-236. Sulle relazioni tra forme della cittadinanza e diritto alla migrazione si veda E. VITALE, *Cittadinanza e migranti. Un esercizio analitico*, in "Ragion pratica", 30, 2008, pp. 211-224.

⁽⁴⁸⁾ Sulla tensione tra inclusione ed esclusione inerente alle pratiche ed alle istituzioni della cittadinanza nelle società liberal-democratiche, vieppiù soggette a fenomeni di immigrazione, cfr. L. BOSNIAK, *The Citizen and the Alien. Dilemmas of Contemporary Membership*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2006.

⁽⁴⁹⁾ DONATI, *La cittadinanza: dal codice statale al codice societario*, cit., p. 66.

⁽⁵⁰⁾ Sulla società come "unione di comunità", come "unione di unioni sociali", v. J. RAWLS, *Teoria della giustizia* (1971), Feltrinelli, Milano 1982, p. 425 ss.; KYMLICKA, *Liberalism, Community and Culture*, cit., p. 135 ss.; PH. SELZNICK, *The Communitarian Persuasion*, Woodrow Wilson Center Press, Washington, D. C., 2002, pp. 17-18.

la varietà di ruoli e di status che li riguardano⁽⁵¹⁾. Questo aspetto si lega alla tutela del diritto all'identità personale, del «diritto ad essere se stesso, inteso come rispetto dell'immagine di partecipe alla vita associata, con le acquisizioni di idee ed esperienze, con le convinzioni ideologiche, religiose, morali e sociali che differenziano, ed al tempo stesso qualificano, l'individuo. L'identità personale costituisce quindi un bene per sé medesima, indipendentemente dalla condizione personale e sociale, dai pregi e dai difetti del soggetto, di guisa che a ciascuno è riconosciuto il diritto a che la sua individualità sia preservata»⁽⁵²⁾.

Entro tale prospettiva, la cittadinanza rimanda all'intreccio fra particolare e universale, fra individuale e collettivo, fra privato e pubblico, nella distinzione relazionale di tali sfere⁽⁵³⁾. Ne segue che la vita degli individui si caratterizza come punto d'incontro di due tensioni, che una comunità

⁽⁵¹⁾ Cfr. G. ALPA, *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Laterza, Roma-Bari, 1993, pp. 3 ss., 24 ss., 35 ss., 147 ss. Da questo punto di vista, «non una, ma più culture contribuiscono alla formazione di un'unica identità». Così A. GUTMANN, *La sfida del multiculturalismo all'etica politica*, in "Teoria politica", IX, n. 3, 1993, p. 15, la quale, al riguardo, sottolinea che non soltanto le società, ma anche le persone, sono multiculturali. Si veda anche A. SEN, *Identità e violenza* (2006), Laterza, Roma-Bari, 2006, pp. VIII-X, 5, 22, 25-37, 47, 84. Una siffatta idea presenta rilevanti punti di contatto con la teoria dell'"intersecazione delle cerchie sociali" di Georg Simmel, in base alla quale, nelle società complesse, l'identità individuale è il risultato – che varia da soggetto a soggetto – della pluralità di cerchie o gruppi sociali di cui si fa parte in maniera simultanea, del ruolo che uno stesso soggetto ha in ognuna delle diverse cerchie di cui fa parte, nonché della possibilità che tali cerchie siano fra loro in conflitto. Cfr. G. SIMMEL, *La differenziazione sociale* (1890), Laterza, Roma-Bari, 1982, pp. 119-138. Accenna al tema T. MAZZARESE, *Eguaglianza, differenze e tutela dei diritti fondamentali. Nuove sfide e crisi dello Stato costituzionale di diritto*, in CASADEI (a cura di), *Lessico delle discriminazioni tra società, diritto e istituzioni*, cit., pp. 223-224, 231 (nota 53).

⁽⁵²⁾ Così nella sentenza della Corte costituzionale n. 13 del 1994, in "Giurisprudenza costituzionale", XXXIX, 1994, pp. 95-102, a p. 101. La Corte costituzionale accoglie, formulandola in termini più ampi, la definizione del diritto all'identità personale fornita dalla Corte di Cassazione, che si era pronunciata in questi termini: «Ciascun soggetto ha interesse, ritenuto generalmente meritevole di tutela giuridica, di essere rappresentato, nella vita di relazione, con la sua vera identità, così come questa nella realtà sociale, generale e particolare, è conosciuta o poteva essere conosciuta con l'applicazione dei criteri della normale diligenza e della buona fede soggettiva; ha, cioè, interesse a non vedersi all'esterno alterato, travisato, offuscato, contestato il proprio patrimonio intellettuale, politico, sociale, religioso, ideologico, professionale ecc. quale si era estrinsecato od appariva, in base a circostanze concrete ed univoche, destinato ad estrinsecarsi nell'ambiente sociale». Cfr. la sentenza della Corte di Cassazione, Sez. I, n. 3769 del 22 giugno 1985, in "Giustizia civile", XXXV, 1985, pp. 3049-3055. Traggio la citazione dalle pp. 3051-3052.

⁽⁵³⁾ DONATI, *La cittadinanza: dal codice statale al codice societario*, cit., p. 69.

politica deve assumere: una *tensione verticale*, relativa al rapporto che intercede tra i soggetti ed i contesti di appartenenza, le tradizioni, le pratiche che costituiscono il luogo della formazione della loro identità; ed una *tensione orizzontale*, riguardante il riconoscimento reciproco di valori comuni, di principi-guida dell'interazione tra esseri liberi ed eguali⁽⁵⁴⁾.

Nell'ambito dello spazio comune, come luogo di coabitazione di molteplici diversità, culture, tradizioni, si richiede la selezione degli argomenti e delle ragioni rilevanti, pertinenti, adeguate all'oggetto e aperte alla discussione e alla revisione pubblica. Si richiede che ognuno, senza per questo abbandonare la propria integrità epistemica e la propria identità, formuli la sua posizione e le sue pretese in termini di ragioni pubbliche (universalizzabili, aperte alla critica e al riesame, dunque non assolutizzate)⁽⁵⁵⁾. Ciò si pone come elemento indispensabile per affrontare le questioni che, nel corso del dibattito, assumono rilevanza entro la sfera pubblica.

Come prerequisito di tutto ciò, opera l'istituzionalizzazione delle procedure realizzata nello Stato democratico di diritto, che rende possibile, scorrendo su binari giuridici e garantendo la libertà comunicativa, l'autonomia dei soggetti e la partecipazione, una formazione discorsiva dell'opinione e della volontà⁽⁵⁶⁾.

Da questo punto di vista, la comunità politica va pensata «come una costruzione cooperativa di inclusione della cittadinanza democratica, un processo mai finito e debitore nei confronti di molte, differenti, discordi e conflittuali, ragioni, voci e lealtà»⁽⁵⁷⁾: una cittadinanza che deve mediare comunicativamente la pluralità delle identità al "bene comune" del reciproco rispetto e dell'eguale considerazione.

ABSTRACT

Multiculturalism makes to emerge the issue about the possibility to conciliate the respect of the identity specificities in accordance with the unity of political and legal order, from the point of view of guarantee of social cohesion.

⁽⁵⁴⁾ PASTORE, *Pluralismo, fiducia, solidarietà*, cit., p. 25.

⁽⁵⁵⁾ S. BENHABIB, *Situating the Self. Gender, Community and Postmodernism in Contemporary Ethics*, Polity Press, Cambridge, 1992, p. 89 ss.; EAD., *La rivendicazione dell'identità culturale*, cit., pp. 48, 87-88, 90-91, 126, 237.

Sul diritto che ogni cittadino possiede, in democrazia, alla giustificazione argomentata cfr. R. FORST, *The Basic Right to Justification: Toward a Constructivist Conception of Human Rights*, in "Constellations", 6, 1999, pp. 35-60. Un siffatto diritto, invero, si connette al dovere di giustificare.

⁽⁵⁶⁾ J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (1992), Guerini e Associati, Milano, 1996, p. 518.

⁽⁵⁷⁾ VECA, *Dell'incertezza*, cit., p. 196.

The challenges that multiculturalism sets up to constitutional democracies are multiple and send back to the coexistence problems between individuals (and groups) that ask the public recognition for their differences, on the basis of a normative precept motivated by concern for the dignity of human beings, equal consideration and mutual respect.

The essay explores the question of inclusion inherent in the practices and institutions of citizenship, which involves access to adequate opportunities for self-expression and social interaction, and the cultivation of the attitudes and skills required for effective political participation.

Il multiculturalismo fa emergere la questione relativa alla possibilità di conciliare il rispetto delle specificità identitarie con l'unità degli ordinamenti politici e giuridici, nell'ottica della garanzia della coesione sociale.

Le sfide che il multiculturalismo lancia alle democrazie costituzionali sono molteplici e rinviano ai problemi di convivenza fra individui (e fra gruppi) che chiedono il riconoscimento pubblico delle proprie differenze, sulla base dell'orientamento normativo riguardante l'interesse per la dignità degli esseri umani, l'eguale considerazione ed il mutuo rispetto.

L'articolo esplora il tema dell'inclusione con riferimento alle pratiche ed alle istituzioni della cittadinanza, che implica l'accesso ad adeguate opportunità per l'espressione di sé e per l'interazione sociale, nonché la possibilità di sviluppare le capacità richieste per un'effettiva partecipazione politica.

ALESSANDRO BERNARDI

SICUREZZA E DIRITTO PENALE IN ITALIA E NELLA UNIONE EUROPEA (*)

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La sicurezza come limite ai diritti e alle libertà fondamentali nell'esperienza italiana. — 3. La sicurezza come limite ai diritti e alle libertà fondamentali nelle Carte dei diritti e in particolare nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo. — 4. La connotazione "pubblica" della sicurezza intesa come limite ai diritti e alle libertà fondamentali. Le diverse accezioni di "pubblica sicurezza". — 5. I rischi di involuzione autoritaria insiti nella valorizzazione della pubblica sicurezza in funzione limitativa dei diritti/libertà fondamentali. I rimedi offerti dalla Costituzione italiana e dalle Carte europee dei diritti. — 6. La sicurezza come diritto fondamentale nella Costituzione italiana e nelle Carte dei diritti. Il suo carattere di "diritto strumentale" o di "diritto finale". — 7. La sicurezza come diritto alla protezione dalle intromissioni dei pubblici poteri e la sua funzione antagonista rispetto agli effetti liberticidi della "pubblica sicurezza". — 8. La sicurezza come diritto ad essere tutelati dai "rischi criminali". Sue prospettive e possibili ricadute a livello costituzionale ed europeo. — 9. La sicurezza rispetto alla delinquenza come oggetto della politica criminale italiana ed europea. — 10. La politica criminale italiana in tema di sicurezza. In particolare, la lotta "selettiva" alle forme di macrocriminalità. — 11. La politica giudiziaria italiana per la sicurezza contro la maxicriminalità. In particolare, la dilatazione della responsabilità penale per i reati di terrorismo e di mafia e il progressivo abbandono all'attività di contrasto in materia economico-politica. — 12. La politica criminale italiana in tema di sicurezza privata: la lotta alla criminalità di strada. — 13. La politica criminale europea in tema di sicurezza. Il ruolo del Consiglio d'Europa e dell'Unione europea. — 14. Il ruolo della Corte di giustizia UE nella concretizzazione della politica criminale europea. — 15. Considerazioni conclusive.

(*) *Versione italiana della relazione svolta il 13 novembre 2008 a Santiago del Cile, nell'ambito del Tercer Seminario Internacional de Política Criminal — Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca.*

1. *Premessa.*

I rapporti tra sicurezza e diritto penale sono estremamente complessi e contraddittori, in quanto è innanzitutto lo stesso concetto di sicurezza ad essere sfuggente⁽¹⁾ e financo anfibologico. In prima approssimazione, va comunque sottolineato che la sicurezza può essere intesa sia in senso negativo (intesa cioè come un *fine* che giustifica *limiti ai diritti/libertà*) sia in senso positivo (cioè come un *diritto*, o quantomeno come un *bene meritevole di protezione*).

Intesa in senso negativo, la sicurezza assume un carattere prevalentemente *pubblicistico*, essendo un fine essenziale dello Stato quello di preservare se stesso, tanto come *istituzione* quanto come *collettività di soggetti*, non solo vietando i comportamenti considerati come dannosi, ma anche ponendo limiti alle libertà fondamentali. Intesa in senso positivo, la sicurezza assume un carattere prevalentemente *privatistico*, costituendo un diritto dei singoli quello di essere tutelati sia nei confronti dello Stato sia nei confronti di altri soggetti.

Peraltro, come vedremo, i rapporti intercorrenti tra la sicurezza intesa come *limite ai diritti* e la sicurezza intesa come *diritto* sono talora strettissimi. In tutte le sue diverse accezioni, comunque, la sicurezza viene perseguita anche se non soprattutto per mezzo del diritto penale e costituisce un obiettivo privilegiato della politica criminale. In questa mia relazione cercherò, per l'appunto, di sintetizzare le relazioni intercorrenti tra sicurezza e diritto penale in Italia e nelle organizzazioni internazionali di livello europeo, a seconda dei profili di volta in volta assunti dalla sicurezza.

2. *La sicurezza come limite ai diritti e alle libertà fondamentali nell'esperienza italiana.*

In Italia la sicurezza è stata tradizionalmente considerata, innanzitutto, come una *finalità* che giustifica *limitazioni alla libertà* nelle sue diverse forme; sicurezza, quindi, come *limite ai diritti individuali*, anche a quelli di matrice costituzionale.

Nella nostra Costituzione repubblicana del 1948 attualmente in vigore, questa concezione è ben presente. Così ad esempio, in base all'art. 16 Cost., per motivi di sicurezza possono essere *esplicitamente* previste limitazioni alla

⁽¹⁾ Cfr., da ultimo e per tutti, PIZZIMENTI, VANNUCCI, *Il concetto di sicurezza e le politiche per la sicurezza*, in *Riv. trim. scienza amm.*, 2005, n. 4, p. 51 ss. Gli autori affermano che la "sicurezza ha assunto le fattezze di una sorta di concetto-fisarmonica, capace di espandere o di restringere considerevolmente la propria estensione a seconda del 'vento ideologico' di volta in volta predominante" (p. 52).

libertà di circolazione; e in base all'art. 17 Cost., sempre per motivi di sicurezza può essere sottoposto a limitazioni il diritto di riunione in luogo pubblico.

Ma la concezione in esame non è necessariamente supportata da norme costituzionali contenenti appositi limiti ai diritti. In base infatti alla teoria cosiddetta dei *limiti impliciti* ai diritti e alle libertà fondamentali⁽²⁾, la Corte costituzionale ammette in via interpretativa che limitazioni a tali diritti e libertà possano sussistere anche ove non siano esplicitamente previste: purché, beninteso, le suddette limitazioni risultino, in base ad un giudizio di bilanciamento, giustificabili alla luce di un'altro interesse costituzionalmente rilevante ovvero alla luce del sistema costituzionale nel suo complesso⁽³⁾. E, per l'appunto, l'interesse costituito dalla sicurezza è considerato di importanza tale da poter giustificare, a volte, misure compressive dei diritti/libertà individuali. Infatti, in alcuni momenti particolarmente difficili della nostra storia repubblicana, la Corte costituzionale ha riconosciuto la legittimità di leggi che prevedevano talune macroscopiche compressioni dei diritti individuali, ancorché non esplicitamente previste dalla Costituzione⁽⁴⁾; per esempio, al fine di perseguire la sicurezza attraverso la prevenzione di gravi reati⁽⁵⁾, sono state autorizzate intercettazioni telefoniche preventive⁽⁶⁾ che derogano al principio di "inviolabilità della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione" (art. 15 Cost.); principio, questo, che la Costituzione non prevede esplicitamente come limitabile per ragioni di sicurezza.

Analogamente, sempre per motivi di sicurezza, ulteriori limitazioni e vincoli di vario tipo ai diritti/libertà costituzionali potrebbero essere introdotti in futuro. Ed è pacifico che la violazione delle suddette limitazioni può essere punita attraverso il ricorso a sanzioni penali, seppur sempre nel

⁽²⁾ Cfr., per tutti, PALAZZO, BERNARDI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la politica criminale italiana: intersezioni e lontananze*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1988, p. 50.

⁽³⁾ Cfr., in particolare, Corte cost., 7 maggio 1975, n. 102. In dottrina cfr., per tutti, BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 42 ss.

⁽⁴⁾ Nel fare questo, del resto, la Corte costituzionale italiana non si è discostata da una prassi largamente diffusa. In effetti, nonostante che la giustizia costituzionale costituisca spesso un argine efficace contro gli abusi del legislatore in tema di diritti fondamentali, "la storia costituzionale ci dimostra con tutta evidenza come la "rottura" della tutela costituzionale dei diritti e delle libertà in nome della difesa della sicurezza sia una costante ovunque e in ogni tempo" BIN, *Democrazia e terrorismo*, in *Terrorismo internazionale e diritto penale*, a cura di de Maglie e Seminara, Padova, 2007, p. 39 ss.

⁽⁵⁾ Indicati nel primo comma dell'art. 165 *ter* c.p.p.

⁽⁶⁾ Cfr. ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle intercettazioni telefoniche*, Milano, 1983, p. 171 ss.; SIGNORINO, *Intercettazioni telefoniche*, in *Dizionario di diritto e procedura penale*, a cura di Vassalli, Milano, 1986, p. 505 ss.

rispetto del principio di *extrema ratio* ⁽⁷⁾. In sintesi, il sistema costituzionale italiano ammette che per ragioni di sicurezza possano essere limitati i diritti/libertà fondamentali e possano essere applicate sanzioni penali a carico di coloro che esercitano tali diritti/libertà in violazione delle limitazioni ad essi apportate.

3. La sicurezza come limite ai diritti e alle libertà fondamentali nelle Carte dei diritti e in particolare nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

La sicurezza, concepita quale limite ai diritti e alle libertà fondamentali, assume rilevanza anche a livello di fonti internazionali. Basti ricordare il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, il quale ammette che per motivi di sicurezza possano essere compressi la libertà di movimento e di residenza (art. 12), la libertà di pensiero, di coscienza e di religione (art. 18), la libertà di opinione ed espressione (art. 19), il diritto di riunione pacifica (art. 21), la libertà di associazione (art. 22).

Ancora più interessante, specie nell'ambito di questa mia relazione circoscritta alla realtà europea, è osservare come la sicurezza possa incidere sui diritti/libertà previsti in testi normativi prodotti dalle organizzazioni internazionali del nostro continente. Fondamentale, a questo riguardo, si rivela la lettura della Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950 (d'ora in poi CEDU). Tale testo non solo costituisce il più noto e importante fra i trattati multilaterali sino ad oggi varati dal Consiglio d'Europa ⁽⁸⁾ in vista della tutela dei diritti fondamentali all'interno dei Paesi membri, ma risulta anche il trattato maggiormente in grado di incidere sulle legislazioni dei suddetti Paesi. I principi CEDU prevalgono infatti sulle norme nazionali (anche penali) derogatorie di detti principi, così da costituire un insieme di principi sovraordinati rispetto alle leggi ordinarie degli Stati membri. In modo per vero un po' semplicistico, si può quindi dire che attraverso la CEDU e la sua Corte ⁽⁹⁾, composta da un

⁽⁷⁾ In base a tale principio il ricorso alla sanzione penale deve aversi quando esso si riveli assolutamente indispensabile sul piano della proporzione e della sussidiarietà; vale a dire quando una sanzione di altro tipo (amministrativa o civile) risulterebbe sproporzionata per difetto e inadeguata a prevenire efficacemente i comportamenti vietati.

⁽⁸⁾ Come vedremo meglio, *infra*, par. 9, il Consiglio d'Europa ha lo scopo di attuare un'unione più stretta fra i paesi che ad esso aderiscono, in particolare favorendo la creazione di uno spazio democratico e giuridico comune teso a tutelare i diritti dell'uomo.

⁽⁹⁾ Così come, del resto, attraverso il diritto dell'Unione europea e la Corte di giustizia UE, in merito alla quale cfr., in particolare, *infra*, par. 14.

numero di giudici pari a quello degli Stati contraenti⁽¹⁰⁾ si realizza una sorta di “giustizia costituzionale sovranazionale”⁽¹¹⁾, che integra e si affianca alle forme di controllo costituzionale eventualmente previste nei singoli Stati aderenti alla CEDU⁽¹²⁾.

Orbene, tutto ciò precisato, occorre sottolineare che in base alla CEDU molti dei principali diritti/libertà in essa previsti — il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8), la libertà di pensiero, di coscienza e di religione (art. 9), la libertà di espressione (art. 10), la libertà di riunione e di associazione (art. 11) possono essere limitati per ragioni di sicurezza nazionale e/o di ordine pubblico (concetto questo difficilmente distinguibile da quello di sicurezza nazionale e comunque espressivo, in prima approssimazione, dell’insieme delle norme fondamentali dello Stato⁽¹³⁾, dell’assetto che assicura il suo complessivo buon funzionamento)⁽¹⁴⁾. Inoltre, come meglio vedremo in seguito, persino il diritto alla vita di cui all’art. 2 CEDU e il diritto di libertà/sicurezza personale di cui all’art. 5 CEDU possono essere

⁽¹⁰⁾ I quali sono attualmente quarantasette. Per un loro elenco aggiornato cfr. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=005&CM=1&DF=&CL=ITA>

⁽¹¹⁾ Cfr. CAPPELLETTI, *Giustizia costituzionale soprannazionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 1 ss.

⁽¹²⁾ Peraltro, alcune recenti sentenze della Corte costituzionale (sentt. nn. 348/2007, 349/2007 e 39/2008) hanno precisato il ruolo attualmente assunto dalla CEDU e dalla relativa giurisprudenza all’interno del sistema italiano. Tali sentenze, infatti, hanno definitivamente chiarito il rapporto tra legge ordinaria, Costituzione e CEDU, elevando le norme di quest’ultima a rango di “parametro interposto di costituzionalità”, previa però la verifica che quelle stesse norme siano compatibili con la nostra Costituzione. In altre parole, in caso di accertato contrasto tra norme contenute in leggi ordinarie nazionali e norme CEDU, il giudice nazionale non deve disapplicare direttamente le norme interne configgenti con la CEDU (come viceversa accade in caso di accertato contrasto tra norme nazionali e norme di europee di primo pilastro: cfr., *infra*, par. 9), ma deve rimettere la questione alla Corte costituzionale, in vista della dichiarazione di incostituzionalità delle norme interne in oggetto. In argomento cfr., da ultimo e per tutti, MASTROIANNI, *La sentenza della Corte cost. n. 39 del 2008 in tema di rapporti tra leggi ordinarie e CEDU: anche le leggi cronologicamente precedenti vanno rimosse dalla Corte costituzionale?*, in <http://www.giurcost.org/decisioni/index.html>; SCIARABBA, *Il problema dei rapporti tra (leggi di esecuzione di) vincoli internazionali e leggi precedenti nel quadro della recente giurisprudenza costituzionale*, ivi.

⁽¹³⁾ PALADIN, voce *Ordine Pubblico*, in *N.ssimio Dig. it.*, XII, Torino, 1965.

⁽¹⁴⁾ Vero è che, nel linguaggio giuridico italiano, risulta difficile distinguere tra il concetto di pubblica sicurezza e quello di ordine pubblico, in quanto i due termini sono spesso usati come sinonimi. In questo senso, il secondo di tali concetti presenta anch’esso quella molteplicità di accezioni proprie del primo. Cfr., diffusamente e da ultimo, ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, Padova, 2007, p. 1, secondo la quale “l’ordine pubblico si presenta come una ‘figura enigmatica’ priva di definizione”.

limitati per ragioni riconducibili a un concetto generale di sicurezza: per esempio per assicurare la difesa dalla violenza illegale⁽¹⁵⁾ ovvero per prevenire la commissione di reati⁽¹⁶⁾.

In conclusione, quindi, la CEDU consente che, per esigenze di sicurezza, i suddetti diritti/libertà da essa previsti siano sottoposti a limiti nelle legislazioni nazionali, se necessario anche prevedendo sanzioni penali in caso di violazione di detti limiti.

Vero è peraltro che le limitazioni dei diritti e libertà che la CEDU ammette per ragioni di sicurezza agli artt. 8, 9, 10 e 11 non sono lasciate alla totale discrezionalità dei singoli legislatori dei Paesi membri; al contrario, come precisato dagli articoli della CEDU sopra ricordati, tali limitazioni sono consentite solo quando esse “costituiscono misure necessarie in una società democratica”. Questa clausola — detta per l'appunto “di democrazia” — consente sia di circoscrivere in via interpretativa le finalità in vista delle quali i suddetti diritti possono essere limitati, sia di elaborare un generale principio di proporzionalità, utile ai fini di un giudizio di bilanciamento tra i diritti/libertà solennemente proclamati dalla CEDU e le ragioni di sicurezza nazionale e/o di ordine pubblico che potrebbero giustificare la limitazione di tali diritti/libertà all'interno dei singoli Stati⁽¹⁷⁾.

4. La connotazione “pubblica” della sicurezza intesa come limite ai diritti e alle libertà fondamentali. Le diverse accezioni di “pubblica sicurezza”.

Va a questo punto sottolineato che la sicurezza — ove venga intesa come finalità pubblica idonea a limitare i diritti e le libertà fondamentali, e dunque come “pubblica sicurezza” — tende ad assumere significati almeno parzialmente diversi.

In primo luogo, sembra possibile distinguere tra una pubblica sicurezza in senso statualistico ovvero europeistico; in secondo luogo tra una pubblica sicurezza delle istituzioni ovvero dei cittadini ad esse afferenti.

A) per quanto concerne la pubblica sicurezza in senso statualistico, essa allude, beninteso, ad un concetto di sicurezza circoscritto a livello nazionale. In questo senso, la “pubblica sicurezza” potrebbe alludere alla sicurezza sia *dello Stato in quanto tale (a)* sia *della comunità in esso ricompresa, vale a dire della popolazione che in esso risiede (b)*.

⁽¹⁵⁾ Cfr. art. 2, par. 2, lett. a) CEDU.

⁽¹⁶⁾ Cfr. art. 5, par. 2, lett. c) CEDU.

⁽¹⁷⁾ Cfr., *amplius*, PALAZZO, BERNARDI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la politica criminale italiana: intersezioni e lontananze*, cit., p. 53 ss., e bibliografia ivi riportata.

a) Nella prima prospettiva la pubblica sicurezza concerne innanzitutto la esistenza, integrità, indipendenza dello Stato nella sua dimensione istituzionale⁽¹⁸⁾, ed esprime quindi un'esigenza di protezione dell'apparato statale, un interesse proprio dello Stato in sé considerato⁽¹⁹⁾. Tale interesse solo di recente è stato esplicitamente incluso nella Costituzione italiana⁽²⁰⁾, la quale peraltro, in linea di massima, non prende in considerazione un'idea di sicurezza volta a preservare un particolare modello di Stato pensato come "superiore" agli altri, e in vista della cui tutela consentire limitazioni ai diritti/libertà costituzionalmente garantiti.

b) nella seconda prospettiva la pubblica sicurezza non riguarda la tutela dello Stato in quanto tale, ma non riguarda neppure la tutela di un singolo soggetto o di taluni soggetti che risiedono all'interno dello Stato; riguarda piuttosto la salvaguardia di un numero indeterminato e potenzialmente illimitato di individui appartenenti allo Stato in questione e/o dei beni ad essi afferenti. La pubblica sicurezza si configura quindi come un "interesse collettivo, di carattere generale, riferito alla collettività"⁽²¹⁾. Questo secondo concetto di pubblica sicurezza, per vero, sembra essere quello prioritariamente recepito sia dalla Costituzione italiana⁽²²⁾ sia dalla stessa CEDU⁽²³⁾.

⁽¹⁸⁾ Se non addirittura nella sua dimensione geografica (come nel caso della "sicurezza dei confini nazionali").

⁽¹⁹⁾ Questa concezione "politica" di ordine pubblico ha caratterizzato, essenzialmente, l'esperienza italiana del ventennio fascista.

⁽²⁰⁾ Da ultimo, infatti, la concezione "istituzionale" di ordine pubblico è stata accolta nella nuova formulazione (effettuata nel 2001) dell'art. 117, comma 2, lett. d), della Costituzione repubblicana del 1948, laddove la "sicurezza dello Stato" viene ricompresa nelle materie di competenza esclusiva delle leggi nazionali

⁽²¹⁾ RAIMONDI, *Per l'affermazione della sicurezza pubblica come diritto*, in *Dir. Amm.*, 2006, p. 752.

⁽²²⁾ Nella Costituzione italiana infatti, i termini "sicurezza" o "incolumità pubblica" sono utilizzati innanzitutto agli artt. 16 e 17 come sinonimi di ordine pubblico "materiale". Un tipo di ordine, questo, posto a tutela solo dell'incolumità delle persone fisiche o delle cose (in argomento cfr., per tutti, CORSO, voce *Ordine pubblico (dir. pubbl.)*, in *Enc. dir.*, Milano 1980, XXX, p. 105 ss.; FIORE, *I reati di opinione*, Padova 1972, *passim*; PACE, *Il concetto di ordine pubblico*, in *Arch. Giur.*, 1963, p. 111 ss.). Un uso analogo del termine "sicurezza" viene fatto anche nell'art. 117 comma 2, lett. h) Cost., come già detto (nt. 20) integralmente riformulato nel 2001.

⁽²³⁾ In effetti, come già accennato (cfr., *supra*, par. 3, nt. 17) la concezione liberale di democrazia ricavabile dalla CEDU sembra suggerire una interpretazione restrittiva di tutti le ragioni costituenti limiti ai diritti fondamentali. In base alle norme CEDU, quindi, la sicurezza dovrebbe poter rilevare solo se riferita alle persone e alle cose (se considerata, secondo la terminologia italiana, quale equivalente di ordine pubblico "materiale", di *ordre dans la rue*). Non dovrebbe invece rilevare se riferita ai principi politici e giuridici (e dunque se considerata, secondo la terminologia italiana, quale equivalente di ordine pubblico "ideale").

In entrambe le prospettive, comunque, la “pubblica sicurezza” è vista come un qualcosa di assolutamente essenziale per lo Stato. In suo nome, in ragione del presunto primato dell’interesse pubblico alla sicurezza sugli interessi e financo sui diritti/libertà dei privati, tendono ad essere predisposte e giustificate talune compressioni dei diritti e delle libertà fondamentali ⁽²⁴⁾.

B) Per quanto viceversa concerne la pubblica sicurezza in senso europeistico, essa allude, beninteso, ad un concetto di pubblica sicurezza esteso in prospettiva sovrastatale, volto cioè ad abbracciare tutti i Paesi dell’Unione, così da assumere il carattere di “sicurezza comune” ⁽²⁵⁾. Più precisamente, parallelamente a quanto sopra detto in prospettiva nazionale, la pubblica sicurezza intesa come “sicurezza comune” potrebbe alludere alla sicurezza sia *dell’Unione europea in quanto tale (a)* sia *della comunità di individui in essa ricompresa, vale a dire dell’insieme dei soggetti che in essa risiedono e circolano (b)*.

a) Nella prima prospettiva la “sicurezza comune” concerne l’Unione europea nella sua dimensione istituzionale;

b) nella seconda prospettiva la “sicurezza comune” si indirizza ai soggetti che fanno parte dell’Unione europea, ai “cittadini europei”. Questa sembra essere, invero, l’idea di sicurezza comune privilegiata ⁽²⁶⁾.

Il Trattato UE, a cominciare dal suo Preambolo, è peraltro pieno di norme che rendono evidente da un lato come l’attuazione di una politica di sicurezza comune costituisca uno degli obiettivi primari dell’Unione, dall’altro lato come il concetto di sicurezza comune possa assumere molteplici sfumature, che vanno al di là della bipartizione qui delineata. In particolare, l’art. 11 del Trattato UE afferma testualmente che, nell’ambito di tale Trattato, perseguire la sicurezza comune significa tendere al “rafforzamento della sicurezza dell’Unione in tutte le sue forme”; la qual cosa a sua volta significa, con ogni probabilità, combattere “tutte le diverse forme di minaccia, siano esse di origine interna o esterna” ⁽²⁷⁾. Emergono così due differenti dimensioni,

⁽²⁴⁾ Cfr., in particolare, Corte cost., 16 marzo 1962, n. 19, in *Giur. cost.*, 1962, p. 190 ss., in base alla quale l’esigenza dell’ordine pubblico, per quanto peculiare degli ordinamenti autoritari, “non è affatto estranea agli ordinamenti democratici e legalitari, né è incompatibile con essi”. In questo senso, l’ordine pubblico va considerato “un bene inerente al vigente sistema costituzionale”, e il mantenimento di tale ordine una “finalità immanente del sistema costituzionale”.

⁽²⁵⁾ Sulla progressiva emersione di un “ordine pubblico europeo” cfr. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, Padova, 2007, p. 14 ss.

⁽²⁶⁾ Cfr., da ultimo, Conseil de l’Union européenne, *Conclusions du Conseil sur le principe de convergence et la structuration de la sécurité intérieure*, 2899ème session du Conseil Justice et Affaires Intérieures, Luxembourg, 24 ottobre 2008, 6° considerando,

⁽²⁷⁾ DE KERCHOVE, *Introduction*, in *Sécurité et justice: enjeu de la politique extérieure de l’Union européenne*, a cura di De Kerchove e Weyembergh, Bruxelles, 2003, p. 5.

l'una interna e l'altra esterna, della sicurezza comune⁽²⁸⁾: entrambe da salvaguardarsi ricorrendo anche se non soprattutto al diritto penale, ed anche — se del caso — attraverso la limitazione di taluni diritti fondamentali della persona.

5. *I rischi di involuzione autoritaria insiti nella valorizzazione della pubblica sicurezza in funzione limitativa dei diritti/libertà fondamentali. I rimedi offerti dalla Costituzione italiane e dalle Carte europee dei diritti.*

Peraltro, col progredire della concezione personalistica e liberale volta ad affermare la centralità della persona umana, la tendenza a comprimere per ragioni di pubblica sicurezza i diritti fondamentali dell'individuo suscita sempre maggiori perplessità e timori. Timori tanto più forti ove si consideri che il varo di leggi tese a comprimere i diritti in nome della sicurezza pubblica⁽²⁹⁾ implica sempre il rischio di un'evoluzione autoritaria dello Stato liberale; evoluzione che la natura democratica del potere legislativo non è da sola sufficiente ad evitare.

Nei Paesi europei la convinzione di questo rischio ha indubbiamente contribuito ad attribuire un ruolo centrale sia alle Costituzioni e alle relative Corti costituzionali (che vengono ad assurgere al ruolo di “giudici delle leggi” e della legittimità di queste ultime) sia alle Carte internazionali dei diritti, specie di quelle per la tutela delle cui norme e principi sono istituiti appositi organi giurisdizionali. In virtù della loro comune connotazione “personalistica”, infatti, tanto le Costituzioni quanto le suddette Carte internazionali sono capaci di arginare lo strapotere dei legislatori e dei governi nazionali, di limitare la loro tendenza a comprimere i diritti individuali in nome dell'interesse pubblico, foss'anche quello alla sicurezza.

Questa affermazione potrebbe sembrare paradossale ove si consideri che — come in precedenza ricordato — in entrambe queste categorie di testi di diritto primario esistono talune norme nelle quali si ammette che per ragioni di pubblica sicurezza possano essere compressi i diritti e le libertà fondamentali. Però si è anche già ricordato⁽³⁰⁾ che, tanto a livello costituzionale quanto a livello CEDU, le suddette limitazioni non possono essere indiscriminate, ma al contrario incontrano limiti, di natura sia

⁽²⁸⁾ Peraltro, l'analisi dei concetti di sicurezza interne e di sicurezza esterna dell'Unione europea esula dai fini di questa relazione. In argomento cfr., per tutti, DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *Vers une conception nouvelle de la sécurité européenne*, in *Rivista italiana di diritto pubblico*, 2008, in particolare p. 20 ss.

⁽²⁹⁾ Specie se intesa nell'accezione di “pubblica sicurezza “ideale”, in merito alla quale cfr. *supra*, par. 4, nt. 23.

⁽³⁰⁾ Cfr. *supra*, par. 2 e 3.

normativa sia interpretativa, espressivi di un generale principio di proporzione.

6. *La sicurezza come diritto fondamentale nella Costituzione italiana e nelle Carte dei diritti. Il suo carattere di “diritto strumentale” o di “diritto finale”.*

Inoltre — come sottolineato in sede di premessa — a livello sia di Costituzione italiana sia di Carte internazionali dei diritti, la sicurezza non viene intesa solo nell’ottica “pubblicistica” restrittiva dei diritti/libertà, ma anche in un’opposta ottica “privatistica”. In questa seconda ottica, dunque, la sicurezza costituisce uno strumento atto a meglio garantire i diritti e le libertà fondamentali dei singoli individui, ovvero costituisce essa stessa un bene da perseguire, se non addirittura un vero e proprio diritto fondamentale⁽³¹⁾. In tutte queste accezioni, comunque,— come vedremo meglio tra poco — essa tende a controbilanciare la sicurezza pubblica e i suoi effetti compressivi dei diritti/libertà.

Vero è che nella Costituzione italiana non esiste una norma che preveda il diritto di ogni individuo alla propria sicurezza. In particolare, la sicurezza individuale non rientra esplicitamente tra i diritti inviolabili dell’uomo evocati dall’art. 2 Cost.⁽³²⁾. Ma occorre considerare che, secondo una tesi diffusa in dottrina, i diritti inviolabili non costituiscono una categoria “chiusa”, come tale limitata al catalogo dei diritti specificamente tutelati dalla Costituzione; costituendo piuttosto una categoria “aperta”, nella quale possono essere fatti rientrare taluni nuovi diritti emergenti nella coscienza sociale. In ogni caso, senza qui troppo approfondire il dibattito italiano tra concezione aperta o chiusa del catalogo dei diritti inviolabili, sembra da condividere la tesi secondo la quale spesso i cosiddetti nuovi diritti emer-

⁽³¹⁾ Sulla sicurezza come diritto fondamentale dei singoli e dovere dello Stato cfr., da ultimo, DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cassazione penale*, 2008, p. 3559 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici.

⁽³²⁾ In una sentenza del 2001 la Corte costituzionale ha affermato che “tra i diritti inviolabili dell’uomo non rientra l’aspettativa dei consociati di vedere tutelata la propria sicurezza mediante una disciplina legislativa (...) volta a generalizzare il ricorso alle misure cautelari limitative della libertà personale”. Peraltro, come è stato puntualmente rilevato “è da ritenere che la Corte abbia voluto negare non già la natura di diritto inviolabile dell’uomo dell’aspettativa dei consociati di veder tutelata la propria sicurezza (...) ma l’aspettativa di vederla tutelata attraverso un ampliamento delle misure cautelari”. In relazione al caso sollevato, infatti, “si poneva il problema del conflitto tra la tutela della sicurezza personale e la tutela della libertà personale, relativamente al quale compete alla discrezionalità del legislatore di individuare il punto di equilibrio” (RAIMONDI, *Per l’affermazione della sicurezza pubblica come diritto*, cit., p. 754-755).

genti nella Costituzione altro non sono se non particolari aspetti dei più tradizionali diritti espressamente rinvenibili in ambito costituzionale, o se si preferisce diritti strumentali rispetto a questi ultimi, in quanto funzionali alla loro effettiva tutela⁽³³⁾.

In quest'ultima prospettiva, il diritto alla sicurezza individuale altro non sarebbe se non un diritto strumentale all'effettivo godimento di altri diritti di indubbio rilievo costituzionale quali la vita⁽³⁴⁾, la salute⁽³⁵⁾, la proprietà⁽³⁶⁾, la libera iniziativa economica⁽³⁷⁾.

Ma, invero, la sicurezza individuale tende da sempre a superare la sua dimensione di diritto implicito e strumentale, per assurgere al ruolo di diritto fondamentale a carattere esplicito e "finale", per assumere dunque le vesti di diritto di per sé meritevole di tutela. In questa accezione la sicurezza compare, in particolare, all'art. 2 della Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948⁽³⁸⁾, in base al quale "Ogni individuo ha diritto alla vita, alla libertà ed alla sicurezza della propria persona"; e compare altresì, limitatamente alle fonti europee, all'art. 5 CEDU⁽³⁹⁾, che si apre con l'affermazione secondo la quale "Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza". Da ultimo, all'art. 6 della Carta dei diritti fondamentali UE del 2000 si afferma che "Ogni individuo ha diritto alla libertà e alla sicurezza".

7. La sicurezza come diritto alla protezione dalle intromissioni dei pubblici poteri e la sua funzione antagonista rispetto agli effetti liberticidi della "pubblica sicurezza".

Resta tuttavia da spiegare perché il diritto alla sicurezza personale possa ostacolare l'erosione dei diritti fondamentali consentita per finalità di pubblica sicurezza. Si potrebbe infatti ritenere, a prima vista, che la sicurezza personale debba essere intesa come "sicurezza contro la criminalità"; sicu-

⁽³³⁾ Cfr., in particolare e per tutti, MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, p. 8 ss.

⁽³⁴⁾ A livello costituzionale la vita, ancorché diritto non esplicitamente previsto in nessuna specifica norma, può agevolmente ricavarsi da un'insieme di norme costituzionali. Per una loro elencazione cfr., in particolare, RAIMONDI, *Per l'affermazione della sicurezza pubblica come diritto*, cit., p. 756.

⁽³⁵⁾ Cfr. art. 32 Cost.

⁽³⁶⁾ Cfr. art. 42 Cost.

⁽³⁷⁾ Cfr. art. 41 Cost.

⁽³⁸⁾ In base al quale "Ogni individuo ha diritto alla vita, alla libertà ed alla sicurezza della propria persona".

⁽³⁹⁾ Che si apre con la seguente affermazione: "Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza".

rezza, questa, spesso perseguita dal legislatore attraverso il ricorso a leggi penali sostanziali e processuali a carattere marcatamente repressivo, come tali per l'appunto concepite per assicurare una efficace protezione dei singoli e della collettività dalla criminalità anche a costo di limitare taluni diritti e libertà fondamentali. Persino nella sua accezione di diritto soggettivo, quindi, la sicurezza potrebbe finire non già col contrapporsi, ma col favorire l'erosione dei diritti fondamentali con cui si trovasse ad entrare in bilanciamento.

Ora, come meglio vedremo in seguito, si può senz'altro ammettere che il diritto alla sicurezza vada inteso anche come diritto individuale ad essere tutelati nei confronti della criminalità. Ma, indubbiamente, non è questo l'unico significato proprio di tale diritto. In particolare, non è certo questo il significato assunto dal diritto in questione nell'art. 5 CEDU e nell'art. 6 della Carta dei diritti fondamentali UE del 2000. Posto infatti che "in Europa storicamente i diritti fondamentali si sono affermati come protezione dall'intromissione dei pubblici poteri"⁽⁴⁰⁾, nelle suddette Carte la sicurezza privata è prioritariamente intesa, per interpretazione unanime, come diritto volto a proteggere i singoli individui non già dagli attacchi della criminalità, bensì dalle "arbitrarie interferenze della pubblica autorità"⁽⁴¹⁾.

Tale concetto di sicurezza privata appare con particolare evidenza all'art. 5 CEDU laddove la sicurezza dei singoli, intesa come un tutt'uno con la loro libertà, tende per l'appunto ad essere garantita attraverso una tassativa specificazione delle ipotesi derogatorie consentite allo Stato. E merita di essere precisato che tali ipotesi derogatorie della libertà/sicurezza individuale presentano nella massima parte dei casi natura penale (alludendo ad ipotesi di privazione della libertà decise in via giurisdizionale), ovvero implicano il ricorso a misure di prevenzione da sottoporre ad un tempestivo controllo giudiziario. Controllo a seguito del quale è previsto il diritto ad una

⁽⁴⁰⁾ RAIMONDI, *Per l'affermazione della sicurezza pubblica come diritto*, cit., p. 751.

⁽⁴¹⁾ Così, con specifico riferimento all'art. 5 CEDU, CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, Milano, 1984, p. 315; PISANI, *Art. 5 — Diritto alla libertà e alla sicurezza*, in *Commentario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, diretto da Bartole, Conforti, Raimondi, Padova, 2001, p. 117. Con specifico riferimento all'art. 6 della Carta europea dei diritti fondamentali cfr. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, Padova, 2007, p. 14 ss. Del resto il "contenuto" del diritto alla sicurezza previsto all'art. 5 CEDU non potrebbe essere diverso da quello del parallelo diritto previsto dall'art. 6 della Carta dei diritti fondamentali UE del 2000. È infatti noto che, in base alla prima parte dell'art. 52 par. 3 della Carta in questione, "Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione".

riparazione qualora si accerti che la compressione del diritto di libertà/sicurezza da parte dei pubblici poteri sia avvenuta in violazione delle disposizioni contenute nel suddetto art. 5 CEDU.

8. *La sicurezza come diritto ad essere tutelati dai “rischi criminali”. Sue prospettive e possibili ricadute a livello costituzionale ed europeo.*

Il fatto che in Italia come in Europa, il diritto alla sicurezza individuale venga inteso a livello sovralegislativo come diritto ad essere tutelati dagli abusi dell'autorità non significa però che, negli stessi ambiti, non possa sussistere anche un diritto alla sicurezza privata concepito come diritto ad essere protetti dalla criminalità.

a) Al contrario, in relazione al sistema italiano, non è affatto escluso che il diritto implicito e strumentale alla sicurezza, enucleabile in sede costituzionale, possa essere inteso (anche) come espressione dell'esigenza di tutela dalla criminalità. Vero è però che non è per nulla facile cogliere i possibili sviluppi in ambito penale di un tale diritto: anche perché, sinora, in Italia si fatica a riconoscere l'esistenza di “obblighi costituzionali di incriminazione”; l'esistenza cioè, a carico del legislatore nazionale, di prevedere sempre e comunque come reati taluni fatti offensivi di beni giuridici di primaria importanza⁽⁴²⁾. In definitiva, quindi, da un lato non è certo che sussista a livello costituzionale un diritto alla sicurezza individuale nei confronti della criminalità, dall'altro lato le ricadute pratiche di tale eventuale diritto sono tutt'altro che pacifiche⁽⁴³⁾.

Nel prosieguo della trattazione avrò peraltro modo di porre in luce come, al di là delle incertezze esistenti a livello costituzionale, il diritto alla sicurezza nei confronti della criminalità stia diventando uno dei temi privilegiati della politica criminale italiana. Ciò a causa della crescente tendenza del potere politico a perseguire il consenso popolare varando

⁽⁴²⁾ Sul tema degli obblighi penali di incriminazione cfr., per tutti e limitatamente alla dottrina italiana, DOLCINI, MARINUCCI, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it.dir. proc. pen.*, 1994, p. 333 ss; PULITANO, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 484 ss.

⁽⁴³⁾ A tutt'oggi, si tende ad escludere che sussistano obblighi di incriminazione tesi a colmare un assoluto vuoto di tutela penale derivante dall'assenza di norme incriminatrici concepite in funzione di tutela di un dato bene giuridico. Per contro, si tende ormai ad ammettere il divieto — a carattere costituzionale — di abrogare norme penali preesistenti poste a tutela di beni fondamentali, creando una irragionevole disparità di disciplina tra condotte connotate da analoghi contenuti offensivi. In argomento cfr., per tutti e da ultimo, DI GIOVINE, *Il sindacato di ragionevolezza della Corte costituzionale in un caso facile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 100 ss.

leggi dichiaratamente concepite per tutelare i cittadini dalla criminalità.

b) I riferimenti alla sicurezza come “sicurezza rispetto alla criminalità” si fanno più precisi nel sistema delle fonti europee.

In effetti, già nel preambolo del Trattato UE⁽⁴⁴⁾ si afferma la volontà di “agevolare la libera circolazione delle persone, garantendo nel contempo la sicurezza dei loro popoli, con l’istituzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia”; laddove si comprende benissimo che tale forma di sicurezza — intesa come un diritto sia collettivo sia individuale — non vuole essere assicurata tanto — o comunque non solo — nei confronti delle istituzioni, quanto — o comunque anche — nei confronti della criminalità⁽⁴⁵⁾.

Quanto poi al già ricordato art. 11 del Trattato UE, esso, nell’affermare che la politica di sicurezza persegue vuoi il “rafforzamento della sicurezza dell’Unione in tutte le sue forme” vuoi il “rispetto dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali”, sembra alludere a un concetto di sicurezza inteso anche come diritto fondamentale ad essere preservati da ogni forma di aggressione, ivi comprese quelle di origine criminale.

Se poi mai vi fossero ancora dubbi sul fatto che in sede di Trattato UE la sicurezza debba essere intesa anche come un diritto soggettivo ad essere preservati dalle insidie criminali, questi dubbi verrebbero definitivamente cancellati dalla lettura dell’art. 29 del Trattato⁽⁴⁶⁾, in base al quale “l’obiettivo che l’Unione si prefigge è fornire ai cittadini un livello elevato di sicurezza in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, sviluppando tra gli Stati membri un’azione in comune nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale”. Fornire sicurezza attraverso la cooperazione di organi diretti a prevenire e reprimere i reati significa infatti, all’evidenza, concepire la sicurezza come un diritto a che la criminalità, per altro verso favorita nelle sue attività illegali dalla caduta delle frontiere interne all’Unione europea, venga efficacemente combattuta attraverso l’azione coordinata delle forze di polizia e della magistratura.

Il concetto di “sicurezza” come diritto di difesa dei singoli nei confronti della criminalità si rinviene persino nella Carta dei diritti fondamentali UE del 2000, nel cui art. 6 peraltro, come già detto, il diritto alla sicurezza è stato introdotto con riferimento alle ingerenze dei pubblici poteri. Nel paragrafo 2 del Preambolo di questa Carta, infatti, si afferma che “...l’Unione (...) pone la persona al centro della sua azione (...) creando uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia”.

⁽⁴⁴⁾ Così come modificato dall’art. 1, par. 3 del Trattato di Amsterdam del 1997.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. Conseil de l’Union européenne, 14667/08 (Presse 299), Version provisoire, *Communiqué de presse*, 2899eme session du Conseil, Justice et affaires intérieures, Luxembourg, 24 ottobre 2008, p. 11 ss.

⁽⁴⁶⁾ Modificato dall’art. 1, par. 11 del Trattato di Amsterdam del 1997.

Ora, sebbene possa senz'altro ritenersi tuttora valida l'affermazione secondo cui "non è affatto certo che le finalità politiche e sociali di questo spazio siano ancora state pienamente esplorate"⁽⁴⁷⁾, la succitata frase del Preambolo conferma quanto da tempo universalmente noto: che cioè, con la creazione e lo sviluppo a partire dal 1992 dello "spazio" in questione, l'Unione europea ha inteso perseguire finalità non solo di sicurezza comune (interna ed esterna), ma anche di rafforzamento dei diritti delle singole persone che in tale spazio si trovano ad operare. Naturalmente, questo rafforzamento va effettuato tutelando la sicurezza dei cittadini UE rispetto alle istituzioni (per esempio, giovandosi di appositi giudici imparziali e di procedure uniformi per far valere le loro ragioni; ovvero assicurando — specie attraverso il ricorso alla minaccia penale — la protezione dei dati personali, così come disposto dall'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali UE del 2000); ma va effettuato anche se non soprattutto garantendo a tali soggetti il diritto alla sicurezza (individuale oltre che collettiva) rispetto alle varie forme di criminalità⁽⁴⁸⁾, in specie transnazionale.

Le ragioni che inducono l'Unione europea ad attivarsi con ogni mezzo per contrastare la criminalità sono ben sintetizzate nel portale dell'Unione: "I cittadini europei sono oggi liberi di viaggiare, lavorare e vivere in qualsiasi parte dell'UE. Per godere appieno di questa possibilità senza precedenti essi devono però essere certi di potersi muovere e attendere alle loro occupazioni in tutta sicurezza. Devono essere protetti dalla criminalità internazionale e dal terrorismo". E ancora: "Garantire la sicurezza dei cittadini è una delle priorità assolute dell'Unione. Ciò significa servirsi di strumenti pratici e giuridici per impedire che le organizzazioni criminali (...) approfittino delle libertà garantite dall'UE"⁽⁴⁹⁾.

9. La sicurezza rispetto alla delinquenza come oggetto della politica criminale italiana ed europea.

Come si è detto, in Italia è tutt'altro che certa l'avvenuta costituzionalizzazione del diritto alla sicurezza rispetto alla criminalità; così come, tutt'altro

⁽⁴⁷⁾ LABAYLE, *L'espace pénal européen: instrument ou objectif?*, in *Sécurité et justice : enjeu de la politique extérieure de l'Union européenne*, a cura di De Kerchove e Weyembergh, Bruxelles, 2003, p. 15.

⁽⁴⁸⁾ Cfr., per tutti e con specifico riferimento allo "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia", PISANI, *Art. 5 — Diritto alla libertà e alla sicurezza*, cit., p. 118.

⁽⁴⁹⁾ Giustizia, libertà e sicurezza. Per sostenere i nostri diritti e difendere i nostri interessi, in http://europa.eu/pol/justice/overview_it.htm

che certi sono gli effetti che tale costituzionalizzazione produrrebbe sul piano penale.

Certa è invece la progressiva crescita della domanda di sicurezza rivolta al legislatore, dai singoli e dalla collettività tutta⁽⁵⁰⁾. Questa crescita è dovuta, con ogni probabilità, a molteplici cause tra le quali meritano di essere segnalate, in particolare: l'aumento percentuale di molte forme, gravi e non gravi, di criminalità; la maggiore percezione del rischio criminale, specie a causa del crescente spazio riservato alla cronaca nera sugli organi di informazione; la moltiplicazione dei fattori di pericolo all'interno della moderna società, non a caso denominata, per l'appunto, "del rischio"⁽⁵¹⁾; la perdita, nella società del benessere, di un approccio fatalistico alla vita, anche per quanto concerne la minore accettazione del proprio possibile ruolo di vittima.

Se dunque tutti questi fattori concorrono ad incrementare una domanda di sicurezza vieppiù generalizzata⁽⁵²⁾, appare peraltro certo che da parte della pubblica opinione le più perentorie richieste in tal senso si hanno in relazione ai reati maggiormente idonei a suscitare allarme sociale; anche se, come vedremo, sembra lecito ritenere che il potere politico e quello mediatico possano potentemente contribuire a indirizzare l'allarme sociale verso ben precise tipologie criminali.

Orbene, quando — in modo spontaneo o pilotato — diviene impellente la richiesta collettiva di sicurezza rispetto a talune forme di criminalità, in Italia come in qualsiasi altro Paese democratico le forze politiche al potere hanno tutto l'interesse nel dare risposte almeno apparentemente soddisfacenti a questa richiesta, per aumentare il consenso sociale attorno ad esse. Naturalmente, anche le forze politiche all'opposizione hanno tutto l'interesse a cavalcare tale richiesta di sicurezza, suggerendo riforme penali che, peraltro, possono talora discostarsi in modo più o meno evidente da quelle della maggioranza, specie per quanto concerne i mezzi da utilizzare in vista della diminuzione dei rischi. Si afferma così una "politica criminale della sicurezza" tesa non solo a contrastare in via privilegiata talune particolari tipologie di reati, ma anche a perseguire la "prevenzione generale integratrice", cioè quella forma di prevenzione volta

⁽⁵⁰⁾ Cfr., ad esempio, PADOIN, *La sicurezza nelle città: città inclusiva, città sicura*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2006, p. 251 ss.

⁽⁵¹⁾ In merito alla quale cfr., fondamentalmente, BECK, *La società del rischio*, Roma, 2000. In particolare, è indubbio che con l'avanzare della scienza è aumentata l'esposizione a rischi di origine colposa.

⁽⁵²⁾ Sul bisogno sociale di sicurezza nei settori più disparati (dal terrorismo al mondo del lavoro, dai mercati finanziari ai prodotti alimentari, e così via esemplificando) cfr., da ultimo e per tutti, DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, cit., in particolare, p. 3561 ss.

alla stabilizzazione sociale attraverso il ricorso a misure penali capaci di catalizzare (ma anche di orientare) il consenso della maggioranza dei cittadini⁽⁵³⁾.

Occorre a questo punto sottolineare peraltro che, da alcuni decenni, in Europa la politica criminale non è demandata alla sola competenza degli Stati. E, invero — a seguito della volontà di un numero crescente di Paesi europei di dare vita a un percorso di reciproca, progressiva integrazione — in taluni settori della politica criminale è ormai attribuito un ruolo sempre più importante a due organizzazioni internazionali a carattere regionale. Si allude al Consiglio d'Europa e, soprattutto, all'Unione europea.

Quanto al Consiglio d'Europa, esso è sorto dopo la seconda guerra mondiale quale risposta alla necessità di rafforzare i vincoli tra i Paesi del vecchio continente, onde evitare il ripetersi di conflitti causati innanzitutto dalla intolleranza reciproca e dalla contrapposizione degli Stati. Nato anche e soprattutto sull'onda degli slanci ideali condivisi da quanti si erano opposti al fascismo e al nazismo, il Consiglio d'Europa ha per suo primo scopo quello di “conseguire una più stretta unione fra i suoi membri⁽⁵⁴⁾ per salvaguardare e promuovere gli ideali ed i principi che costituiscono il loro comune patrimonio e di favorire il loro progresso economico e sociale”. Tale scopo deve essere perseguito “con accordi e mediante un'azione comune nei campi economico, sociale, culturale, scientifico, giuridico e amministrativo (...)”⁽⁵⁵⁾. Orbene, molti di questi accordi, che assumono la forma di convenzioni internazionali capaci di vincolare gli Stati membri solo successivamente alla loro ratifica, mirano per l'appunto — come meglio vedremo in seguito — a contrastare talune forme particolarmente temibili di criminalità⁽⁵⁶⁾. In tal modo il Consiglio d'Europa concorre ad innalzare in ambito europeo il livello di sicurezza, ravvicinando e rendendo tra loro compatibili le normative penali, sostanziali e processuali, di settore.

Quanto all'Unione europea (UE), essa è stata creata col Trattato di Maastricht del 1992 quale sviluppo della Comunità europea (CE) sorta negli

⁽⁵³⁾ Cfr., criticamente e per tutti, PAVARINI, *Il “grottesco” della penologia contemporanea*, in *Diritto penale minimo*, a cura di Curi e Palombarini, Roma 2002, p. 282. Da ultimo, i rischi di indottrinamento correlati a tale forma di prevenzione generale sono ben sottolineati da PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2008, p. 18 ss., p. 38.

⁽⁵⁴⁾ Che attualmente sono 47.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. art. 1 dello Statuto del Consiglio d'Europa, firmato a Londra il 5 maggio 1949 ed entrato in vigore il 3 agosto dello stesso anno.

⁽⁵⁶⁾ Inequivocabile, a questo riguardo, la lettura della “Lista completa dei trattati del Consiglio d'Europa” consultabile in <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?CM=8&CL=ITA>

anni '50 del secolo scorso. La UE non è una semplice organizzazione intergovernativa, ma neppure una federazione di Stati; è piuttosto un organismo *sui generis*, alle cui istituzioni gli Stati membri⁽⁵⁷⁾ hanno ceduto settori della propria sovranità nazionale. Le competenze dell'UE spaziano dagli affari esteri alla difesa, alle politiche economiche, all'agricoltura, al commercio, alla protezione ambientale.

L'UE si articola in tre distinti pilastri⁽⁵⁸⁾, ognuno dei quali è depositario di specifiche competenze. In particolare, per quello che qui interessa, il terzo pilastro mira a costruire uno spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia idoneo a meglio contrastare la criminalità transnazionale. A tal fine, gli atti UE varati nell'ambito del terzo pilastro stimolano o addirittura obbligano⁽⁵⁹⁾ gli Stati membri a realizzare molteplici forme di collaborazione amministrativa e giudiziaria, nonché intensi processi di armonizzazione normativa nell'ambito del diritto e della procedura penale⁽⁶⁰⁾.

In definitiva, quindi, in Europa la politica criminale non è una esclusiva prerogativa degli Stati, in quanto anche il Consiglio d'Europa e l'Unione europea sviluppano proprie linee di politica criminale attraverso il ricorso ad appositi strumenti giuridici la cui efficacia è peraltro condizionata dalla volontà dei Paesi membri. In ogni caso, tanto le politiche criminali di fonte nazionale quanto quelle di fonte europea sono significativamente influenzate dal tema della sicurezza collettiva e individuale.

⁽⁵⁷⁾ Attualmente 27.

⁽⁵⁸⁾ In estrema sintesi, il primo pilastro riguarda la Comunità Europea (CE), vale a dire, in particolare l'istituzione di un mercato comune europeo e dell'unione economico-monetaria; Il secondo pilastro concerne la politica estera e di sicurezza comune (PESC), ossia la costruzione di una politica unica verso l'esterno; il terzo pilastro — come meglio precisato nel prosieguo della relazione — ha ad oggetto la cooperazione e l'armonizzazione in materia penale.

⁽⁵⁹⁾ E invero, gli atti più di frequente utilizzati nell'ambito del terzo pilastro sono le cosiddette "decisioni quadro", le quali, ai sensi dell'art. 34 lett. b) del Trattato UE "sono vincolanti per gli Stati membri quanto al risultato da ottenere, salva restando la competenza delle autorità nazionali in merito alla forma e ai mezzi (...)". Vero è peraltro che le decisioni quadro, proposte su iniziativa della Commissione o di uno Stato membro, devono essere adottate all'unanimità, cosicché sussiste una sorta di previo consenso dei Paesi UE ad essere vincolati al rispetto di quanto previsto all'interno della decisioni quadro adottate.

⁽⁶⁰⁾ Per una analisi del terzo pilastro dell'Unione europea come luogo di formazione di una politica criminale comune cfr., da ultimo, BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, in *L'area di libertà, sicurezza e giustizia. Alla ricerca di un equilibrio tra priorità di sicurezza ed esigenze di garanzia*, a cura di Rafaraci, Milano, 2007, p. 266 ss.; ID., *Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale. Un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei Trattati*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2007, p. 1166 ss.

10. *La politica criminale italiana in tema di sicurezza. In particolare, la lotta "selettiva" alle forme di macrocriminalità.*

In Italia, come già accennato, il tema della sicurezza tende sempre più a condizionare il dibattito parlamentare e le scelte politico-criminali.

Non si tratta, per vero, di un fenomeno nuovo, in quanto la nostra "democrazia d'opinione" si dimostra da tempo particolarmente sensibile alle aspettative ed alle emozioni dei cittadini. In particolare, a partire dagli anni '70 del secolo scorso, taluni fenomeni criminali hanno assunto dimensioni tali da suscitare grande allarme sociale e da innescare una sempre più pressante "domanda di sicurezza". Si allude da un lato alla prepotente emersione o al vistoso incremento della *criminalità organizzata* nelle sue diverse espressioni, dall'altro lato alla crescita esponenziale della c.d. *criminalità di strada* nelle sue variegata tipologie. In questo e nel prossimo paragrafo verrà brevemente tratteggiata l'attività di contrasto condotta in Italia nei confronti della prima di queste forme di criminalità, mentre nel paragrafo 12 verrà sintetizzata l'attività di contrasto nei confronti della seconda di esse.

a) *Per quanto dunque concerne specificamente la criminalità organizzata*, è appunto con l'inizio degli anni '70 che si afferma, in Italia, *il fenomeno del terrorismo* in due diverse versioni: quello nero di derivazione fascista e quello rosso di derivazione comunista. Pur differenti non solo per matrice politica, ma anche per forme di manifestazione⁽⁶¹⁾, entrambe queste forme di terrorismo finivano con l'attentare alla sicurezza sia dello Stato e delle sue istituzioni, sia della collettività, sia dei singoli cittadini.

b) Non dissimili appaiono, sul piano della sicurezza, i guasti causati dalla *criminalità organizzata di tipo mafioso*, diretta a costituire, un vero e proprio contro-potere illegale all'interno dello Stato. Questa forma di criminalità, per vero da lungo tempo esistente nel nostro Paese, a partire dagli anni '70 si è indubbiamente rafforzata, approfittando anche del prevalente impegno dello Stato sul fronte del terrorismo. Essa è così progressivamente venuta allo scoperto, rivendicando spazi d'azione sempre più ampi, grazie anche al ricorso ad ogni forma di intimidazione, sino all'omicidio di magistrati o di politici e alle stragi.

Orbene, l'allarme sociale provocato dalle due summenzionate forme di criminalità organizzata e dai sempre più eclatanti reati da esse realizzati ha

⁽⁶¹⁾ Il terrorismo nero privilegiando il ricorso a stragi di comuni cittadini e al depistaggio, per aumentare la "tensione sociale" e creare il terreno propizio ad un "colpo di Stato"; il terrorismo rosso privilegiando il sequestro e l'omicidio di soggetti additati a "nemici del popolo", per stimolare la rivolta del proletariato e l'avvento del "socialismo reale".

favorito l'adozione di riforme legislative a carattere marcatamente preventivo-repressivo per vero non prive di efficacia. In effetti, soddisfacenti sono stati i risultati ottenuti da tali riforme nella lotta al terrorismo nazionale e, sia pure in misura inferiore, nella lotta alla mafia.

Peccato che, per perseguire finalità di sicurezza collettiva e individuale, le suddette riforme abbiano finito col comprimere significativamente anche taluni diritti e garanzie fondamentali, determinando un processo di progressivo imbarbarimento del diritto punitivo⁽⁶²⁾; imbarbarimento considerato, dai più, una sorta di "male minore" o di "male necessario"⁽⁶³⁾ in vista del "bene supremo" della sicurezza. Basti pensare alle assai discusse misure di prevenzione *ante delictum* nei confronti degli indiziati di appartenere alla mafia o dei sospettati di attività terroristica⁽⁶⁴⁾, all'uso massiccio della carcerazione preventiva ed al ruolo vicario da essa assunto rispetto alla pena nei confronti dei terroristi e degli appartenenti alle associazioni mafiose⁽⁶⁵⁾, alle tanto contestate norme in tema di associa-

⁽⁶²⁾ Cfr., ad esempio, Magistratura Democratica, *Situazione carceraria e repressione penale*, in *Critica del diritto*, 1982, p. 45 ss.; cfr. altresì le osservazioni di INSOLERA, *Ordine pubblico e ordine democratico: le stagioni dell'emergenza*, in *Critica del diritto*, gennaio-marzo 2003, p. 19 ss.

⁽⁶³⁾ In merito al primato del diritto alla sicurezza nei confronti della criminalità rispetto al diritto alla sicurezza nei confronti delle ingerenze dello Stato e dei suoi organi cfr., per tutti, VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 696. L'a. sottolinea che in sede di "bilanciamento tra sicurezza-prevenzione e tutela dei diritti individuali, il primo punto di vista è quasi sempre in posizione di *vantaggio* presso l'opinione pubblica e le forze politiche, perché promette successi rapidi (...); mentre è sempre più difficile per il giurista mostrare le conseguenze negative delle limitazioni dei diritti individuali, che al momento della decisione tendono ad apparire astratte e sul lungo periodo".

⁽⁶⁴⁾ Cfr., all'interno di una assai vasta bibliografia, BRICOLA, *Forme di tutela 'ante delictum' e profili costituzionali della prevenzione*, in *Le misure di prevenzione*, Milano, 1975, p. 68 ss.; VASSALLI, *Misure di prevenzione e diritto penale*, in *Studi in onore di B. Petrocelli*, III, Milano, 1972, p. 1628 ss. Da ultimo, complice il forte allarme sociale suscitato dai recentissimi, eclatanti attentati terroristici di matrice internazionale, si assiste nei confronti degli stranieri sospettati di essere contigui agli ambienti terroristici in questione ad un utilizzo della misura preventiva dell'espulsione alquanto disinvolto, sino ad indurre il sospetto che le garanzie del procedimento di espulsione (in merito alle quali cfr., in particolare, NASCIMBENE, *Le garanzie nel procedimento di espulsione dello straniero*, in *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione*, a cura di Salerno, Padova, 2003, p. 183 ss.) non vengano sempre pienamente rispettate. Oltretutto, se è vero che particolarmente in questo momento storico i problemi di sicurezza pubblica non devono essere sottovalutati, è altresì vero che un eventuale ricorso inflazionato a misure di questo genere potrebbe favorire quelle forme di contrapposizione culturale che sono alla base degli attuali fenomeni terroristici.

⁽⁶⁵⁾ Cfr., in particolare, MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1995, p. 152 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici.

zione mafiosa⁽⁶⁶⁾, alle opinabili fattispecie associative caratterizzate dalle “finalità di terrorismo o di eversione dell’ordine democratico”⁽⁶⁷⁾, all’inasprimento del trattamento carcerario per i mafiosi irriducibili⁽⁶⁸⁾, alla controversa disciplina “premiale” prevista per i terroristi e mafiosi “pentiti”⁽⁶⁹⁾; insomma, a tutte quelle norme della legislazione dell’emergenza che, sotto vari profili, risultavano o tuttora risultano ai limiti della legittimità costituzionale⁽⁷⁰⁾.

c) Ma in Italia le forme di criminalità organizzata atte a compromettere la sicurezza collettiva e individuale non si riducono certo al terrorismo e alla mafia nelle sue varie forme assunte nelle singole regioni dell’Italia meridionale (cosa nostra in Sicilia, ndrangheta in Calabria, camorra in Campania, sacra corona unita nelle Puglie). E, invero, altre forme di criminalità organizzata si sono via via costituite, mantenendo talora una certa indipendenza dalle associazioni di stampo mafioso: basti pensare alle organizzazioni criminali specializzate nel traffico delle droghe e/o delle armi, ovvero a quelle dedite al mercato dei clandestini, ovvero ancora a quelle deputate allo sfruttamento della prostituzione, alle estorsioni, ai sequestri di persona, alla pedofilia, al commercio illegale di organi destinati al trapianto, di sostanze dopanti, di medicinali avariati o scaduti.

Ora, come già accaduto in relazione alla criminalità terroristica e a quella mafiosa, ognuna di queste ulteriori forme di criminalità organizzata ha determinato in Italia scelte normative e/o prassi applicative le quali, seppure adottate per evidenti ragioni di sicurezza, risultano nondimeno in

⁽⁶⁶⁾ Cfr., tra gli altri, BERTONI, *Rapporti sostanziali e processuali tra associazione mafiosa e fattispecie di prevenzione*, in *Cass. pen.*, 1986, p. 1878 ss.; CAVALIERE, *Il concorso di persone nel reato associativo*, Napoli, 2003; DE LIGUORI, *Fattispecie preventiva ed associazione mafiosa: realtà e simbolismo della nuova emergenza*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 69 ss.; FIANDACA, *Accordo elettorale politico-mafioso e concorso esterno in associazione mafiosa. Una espansione incontrollata del concorso criminoso*, in *Foro it.*, 1996, V, c. 127 ss.; VISCONTI, *Il concorso “esterno” nell’associazione mafiosa: profili dogmatici ed esigenze politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 1303 ss.; *Id.*, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003.

⁽⁶⁷⁾ Cfr., in particolare, MOSCARINI, *In tema di reati commessi per finalità di terrorismo o d’ eversione*, in *Giur. it.*, 1982, p. 471 ss.; CENCI, *Aggravante della finalità del terrorismo o di eversione dell’ ordine democratico*, in *Giur. merito*, 1983, p. 485 ss.

⁽⁶⁸⁾ Cfr., per tutti, GIUNTA, *L. 16 febbraio 1995, n. 36 – Proroga delle disposizioni di cui all’art. 41 bis l. 26 luglio 1975, n. 354, sulla sospensione delle normali regole di trattamento penitenziario*, in *La legislazione penale*, 1996, p. 45 ss.; RUOTOLO, *Quando l’emergenza diventa quotidiana. Commento alle modifiche agli artt. 4-bis e 41-bis dell’ordinamento penitenziario*, in *Studium iuris*, 2003, p. 417 ss.

⁽⁶⁹⁾ Cfr., fondamentalmente, PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di “ravvedimento”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 529 ss.

⁽⁷⁰⁾ Cfr., per tutti, PALAZZO, *La recente legislazione penale*, Padova, 1980, p. 95 ss.

tensione coi principi informatori di ogni sistema penale democratico e garantista.

Si è così assistito al frequente ricorso a norme in tema di associazioni criminali carenti di chiarezza e precisione⁽⁷¹⁾ e a norme caratterizzate da un più o meno evidente contrasto col principio di offensività (fattispecie di attentato, di pericolo astratto, formali o di pura disubbidienza, volte a colpire la mera personalità dell'autore o il suo stile di vita⁽⁷²⁾). Per quanto concerne poi le sanzioni, non di rado in relazione a taluni dei fenomeni criminali considerati sono state adottate scelte punitive eccessivamente severe, sino a indurre il sospetto che lo stesso principio di proporzionalità della pena risulti vulnerato. Anche in questi casi, quindi, in nome del primato della "sicurezza rispetto alla criminalità" si sono finiti col sacrificare taluni principi garantistici; si è cioè finito col sacrificare almeno in parte la "sicurezza rispetto ai pubblici poteri".

Tuttavia, esistono in Italia vistose eccezioni al sin qui ricordato atteggiamento di lotta ad oltranza condotta dal legislatore nei confronti delle forme di criminalità organizzata in nome della sicurezza. Si allude, essenzialmente, alle forme di criminalità organizzata nei settori dell'economia e della politica; settori, questi, che assai spesso si intersecano tra loro, dando vita a fenomeni a sfondo fraudolento e corruttivo che inquinano gravemente il mondo degli affari e lo svolgimento delle pubbliche funzioni. Si pensi alle attività dirette sia a falsificare i bilanci delle aziende anche per creare fondi neri destinati a condizionare illecitamente la vita politica, sia più in generale a interferire sul buon funzionamento della concorrenza e dei pubblici appalti, sia in definitiva a depauperare la collettività e i singoli a vantaggio di una ristretta cerchia di corrotti in posizione apicale. Orbene, poiché in Italia le succitate attività erano grandemente aumentate nel corso degli anni '70 e soprattutto '80, minando così la sicurezza dei risparmiatori e la credibilità delle istituzioni democratiche, all'inizio degli anni '90 i giudici si erano impegnati a fondo in un'attività di contrasto alla criminalità economica e politica, sino a decretare di fatto la fine di alcuni partiti politici i cui vertici erano risultati particolarmente coinvolti nelle attività di corruzione.

Senonché le forze politiche che negli ultimi quindici anni si sono succedute al governo non si sono certo attivate per impedire il reiterarsi di simili comportamenti illegali attraverso l'introduzione, se necessario, di apposite ed efficaci riforme, nonché più in generale attraverso un'azione di supporto dell'attività poliziesca e giudiziaria nei settori considerati. Al contrario,

⁽⁷¹⁾ In merito ai profili negativi propri di tali fattispecie cfr., emblematicamente e per tutti, FERRAJOLI, *Sul diritto penale minimo (risposta a Giorgio Marinucci e a Emilio Dolcini)*, in *Foro it.*, 2000, V, c. 128-129.

⁽⁷²⁾ Come nel caso di incriminazione dello scarico via internet di immagini pedofile virtuali.

alcune di esse si sono particolarmente distinte nel proporre e varare riforme improntate ad una palese indulgenza verso i suddetti settori criminali, se non addirittura sostanzialmente incentrate “sulla pretesa di sottrarre al controllo di legalità i livelli alti dell’attività economico-finanziaria e di quella politico-amministrativa”⁽⁷³⁾. Emblematiche, in questo senso, appaiono sia la riforma del diritto penale societario (giunta a depenalizzare talune ipotesi di falso in bilancio anche a costo di disattendere in materia i vincoli di fonte comunitaria)⁽⁷⁴⁾; sia la normativa sulle rogatorie internazionali (volta di fatto a ostacolare la raccolta delle prove di presunte illecite collusioni tra il mondo imprenditoriale/politico, il mondo forense e esponenti della magistratura)⁽⁷⁵⁾.

Sotto un diverso profilo, non necessariamente correlato a fenomeni di criminalità organizzata, anche il ricorso inflazionato al meccanismo dei condoni (per gli illeciti in materia fiscale, edilizia, ecc.), se da un lato può portare un po’ di denaro nelle casse dello stato⁽⁷⁶⁾, dall’altro lato finisce per favorire la cultura dell’illegalità, rafforzando l’idea che, quantomeno in talune materie, violare la legge risulti alla lunga vantaggioso. Personalmente, concordo con quanti, in aperta polemica con gli attuali indirizzi di politica criminale, parlano apertamente di un “uso strumentale di istanze di segno garantista”⁽⁷⁷⁾, teso a perseguire una “malintesa concezione dell’idea neoliberalistica”⁽⁷⁸⁾ se non addirittura finalizzato ad assicurare la pressoché totale immunità degli appartenenti alle classi egemoni⁽⁷⁹⁾. Per meglio perseguire tali scopi, larga parte delle forze politiche e

⁽⁷³⁾ PALOMBARINI, *Per un altro diritto penale*, in *Diritto penale minimo*, cit. p. 3.

⁽⁷⁴⁾ In argomento cfr., diffusamente e per tutti, *Ai confini del “favor rei”. Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, a cura di Bin, Brunelli, Pugiotto, Veronesi, Torino, 2005.

⁽⁷⁵⁾ Cfr., in particolare, BROGGINI, *Le rogatorie italo-svizzere alla luce della l. 5 ottobre 2001, n. 367*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 116 ss.; SAVARESE, *Cooperazione giudiziaria e garanzie processuali, con particolare riguardo all’utilizzabilità del materiale probatorio acquisito in esecuzione di commissioni rogatorie, alla luce della l. 5 ottobre 2001, n. 367*, in *Giur. it.*, 2003, p. 603 ss.; SECCHI, *Rogatorie con la Svizzera: risposta italiana alle attività transnazionali della criminalità (Lucido disegno o confusione mentale?)*, in *Questione giustizia*, 2002, p. 90 ss.; VACIAGO, *La legge n. 367 del 2001 sulle rogatorie internazionali*, in *La Rivista del Consiglio*, 2001, fasc. 4, p. 91 ss.

⁽⁷⁶⁾ Si tratta, infatti, di condoni concessi previo pagamento di una somma di denaro, sia pure in genere assai modesta, specie tenuto conto dei benefici ricavati attraverso la realizzazione degli illeciti condonati.

⁽⁷⁷⁾ PALOMBARINI, *Per un altro diritto penale*, in *Diritto penale minimo*, cit. p. 3.

⁽⁷⁸⁾ GROSSO, *Riserva di codice, diritto penale minimo, carcere come extrema ratio di tutela penale*, in *Diritto penale minimo*, cit., p. 103.

⁽⁷⁹⁾ Soggetti, questi, per altro verso favoriti al di là di ogni ragionevolezza da una normativa processuale estremamente garantista nei confronti degli “imputati facol-

degli organi di informazione ad essi correlate si attivano per attenuare, rispetto a questi settori della criminalità, l'allarme sociale e la "richiesta di sicurezza" che ne consegue. Il fine evidente è quello di indirizzare la domanda di sicurezza verso differenti, più tradizionali settori della criminalità, di modo che su di essi vengano focalizzate le "risorse preventivo-repressive" dello Stato⁽⁸⁰⁾.

11. *La politica giudiziaria italiana per la sicurezza contro la maxicriminalità. In particolare, la dilatazione della responsabilità penale per i reati di terrorismo e di mafia e il progressivo abbandono all'attività di contrasto in materia economico-politica.*

In Italia, non è solo il legislatore a opporsi energicamente alle forme di criminalità organizzata che, per la loro particolare pericolosità, suscitano nella maggioranza dei cittadini allarme sociale e richieste di sicurezza. Anche la magistratura dimostra spesso di fare uso del suo potere discrezionale per lottare contro tali associazioni criminali e, più in generale, contro quanti ruotano attorno ad esse.

Del resto, è ormai indubbio che i giudici possano, attraverso la cosiddetta "politica giudiziaria", interferire nelle scelte politico-criminali del legislatore, a seconda dei casi attenuando o accentuando in via interpretativa gli effetti repressivi sia delle singole norme incriminatrici, sia anche di talune norme penali di parte generale (in materia di tentativo, di concorso di persone, di concorso di reati, ecc.).

Ora, il ruolo dei giudici in sede di concretizzazione delle norme penali diventa particolarmente importante nell'ambito di quelle "fattispecie associative"⁽⁸¹⁾ introdotte dal legislatore italiano al fine di contrastare le attività mafiose⁽⁸²⁾

tosì e accorti" che vogliono sfruttare le "infinite possibilità dilatorie" da essa offerte. Cfr., sul punto, emblematicamente e per tutti, COLOMBO, *Tolleranza zero*, introduzione a FENECH, *Tolleranza zero*, Milano, 2001, p.18 ss.

⁽⁸⁰⁾ Cfr., al riguardo, gli spunti di PAVARINI, "Vecchia" e "Nuova" legalità, in *Critica del diritto*, 2003, p. 96 ss.

⁽⁸¹⁾ Di fattispecie penali, cioè, che puniscono come delitto il fatto stesso di associarsi allo scopo di commettere una pluralità di delitti.

⁽⁸²⁾ Art. 416-bis. "Associazione di tipo mafioso".

"Chiunque fa parte di un'associazione di tipo mafioso formata da tre o più persone, è punito con la reclusione da sette a dodici anni.

Coloro che promuovono, dirigono o organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da nove a quattordici anni.

L'associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggetta-

e terroristiche⁽⁸³⁾. Posto infatti che per essere puniti in base ad un reato associativo basta l'accordo criminoso da parte di tre o più persone al fine di commettere delitti, e che la prova di tale accordo, a carattere generale e continuativo, è rimessa al giudizio dei magistrati, ben si comprende il ruolo centrale assolto da questi ultimi per valutare la sussistenza o meno del reato.

Ancora maggiore risulta poi la discrezionalità dei giudici nel valutare le complesse situazioni in tema di concorso determinate nell'ambito dei reati associativi. In questa sede mi limiterò ad accennare a due problemi emblematici. Il primo è quello della responsabilità, a titolo di concorso, dei capi dell'associazione a delinquere, per i singoli delitti realizzati dai membri di tale associazione; il secondo è quello delle ipotesi cosiddette di "concorso esterno" nel reato associativo.

a) Per quanto dunque concerne la responsabilità dei capi dell'associazione a delinquere rispetto ai singoli delitti realizzati dai membri di tale associazione, nei periodi in cui massima è stata la minaccia alla sicurezza

mento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri, ovvero al fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali.

Se l'associazione è armata si applica la pena della reclusione da nove a quindici anni nei casi previsti dal primo comma e da dodici a ventiquattro anni nei casi previsti dal secondo comma.

L'associazione si considera armata quando i partecipanti hanno la disponibilità, per il conseguimento della finalità dell'associazione, di armi o materie esplodenti, anche se occultate o tenute in luogo di deposito.

Se le attività economiche di cui gli associati intendono assumere o mantenere il controllo sono finanziate in tutto o in parte con il prezzo, il prodotto, o il profitto di delitti, le pene stabilite nei commi precedenti sono aumentate da un terzo alla metà.

Nei confronti del condannato è sempre obbligatoria la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l'impiego.

Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alla camorra e alle altre associazioni, comunque localmente denominate, anche straniere, che valendosi della forza intimidatrice del vincolo associativo perseguono scopi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso.

(⁸³) Art. 270-bis. "Associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico".

Chiunque promuove, costituisce, organizza, dirige o finanzia associazioni che si propongono il compimento di atti di violenza con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico è punito con la reclusione da sette a quindici anni.

Chiunque partecipa a tali associazioni è punito con la reclusione da cinque a dieci anni. Ai fini della legge penale, la finalità di terrorismo ricorre anche quando gli atti di violenza sono rivolti contro uno Stato estero, un'istituzione o un organismo internazionale.

Nei confronti del condannato è sempre obbligatoria la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l'impiego.

da parte del terrorismo e della mafia la magistratura italiana non ha esitato a pronunciare sentenze non solo estremamente severe, ma financo ai limiti della legalità. Si è finito infatti col sancire ipotesi di “responsabilità di posizione”, a prescindere da ogni rapporto causale tra la condotta dei capi e quella dei partecipanti ai singoli delitti riconducibili al “programma criminoso” dell’associazione (cosiddetti “reati-scopo”).

Così, ad esempio, nei cosiddetti “anni di piombo” nei quali il terrorismo italiano mirava a rovesciare con la forza le istituzioni democratiche, ai capi delle organizzazioni terroristiche sono stati talora automaticamente ascritti a titolo di “concorso morale” i delitti (rapine per finanziare l’organizzazione criminale, sequestri, omicidi) commessi dai soggetti facenti parte dell’organizzazione stessa. Ciò, in forza dell’argomento secondo il quale tali delitti non potevano non essere previsti e accettati da parte dei promotori e organizzatori dell’associazione, in quanto naturali sviluppi del programma associativo⁽⁸⁴⁾. Addirittura, in virtù degli strettissimi, ineludibili nessi tra attività di organizzazione dell’associazione terroristica e attività di realizzazione del relativo programma, si è persino ritenuto che “il capo della associazione dovesse rispondere del reato commesso dall’associato, anche nel caso di un suo esplicito dissenso rispetto al reato realizzato”⁽⁸⁵⁾.

Rispetto ai reati di mafia, la giurisprudenza ha affermato a più riprese che i vertici delle associazioni mafiose vanno ritenuti responsabili a titolo di concorso per i reati commessi dagli associati ogniqualvolta non ne vietino espressamente la realizzazione minacciando sanzioni in caso di inadempienza del divieto. E ancora, in una prospettiva non molto differente, si è ritenuto che i soggetti appartenenti ai vertici dell’organizzazione vadano ritenuti responsabili quando non venga fornita la concreta prova che tali soggetti non abbiano in alcun modo rafforzato la volontà degli associati in relazione ai reati commessi di questi ultimi⁽⁸⁶⁾; ben si comprende infatti quanto sia difficile escludere con certezza tale effetto di rafforzamento della volontà degli associati in posizione subalterna.

Peraltro, gli orientamenti giurisprudenziali or ora ricordati sono considerati con sfavore dalla migliore dottrina⁽⁸⁷⁾ e ormai anche dalla stessa Corte

⁽⁸⁴⁾ Cfr., per tutte, Corte di Assise di Milano, sent. 21 giugno 1980; Corte di Assise di Roma, 24 gennaio 1983, in *Foro it.*, 1984, II, c. 187 ss., con nota di RAPISARDA; Corte di Assise di Torino, 26 luglio 1983

⁽⁸⁵⁾ MOROSINI, *Il concorso di persone e le organizzazioni complesse*, relazione svolta il 29 ottobre 2008 in occasione dell’incontro di studio in materia penale organizzato a Roma dal CSM dal 27 al 31 ottobre 2008 “per i magistrati ordinari nominati con DM 6.12.2007”, p. 1° del testo dattiloscritto. Il riferimento è alla sent. 26 febbraio 1983 della Corte di Assise di Genova.

⁽⁸⁶⁾ Cfr., ad esempio, Corte di Cassazione, 30 gennaio 1992.

⁽⁸⁷⁾ Cfr. MOROSINI, *Il concorso di persone e le organizzazioni complesse*, cit. p 12, e ivi ulteriori citazioni.

di cassazione⁽⁸⁸⁾. L'una e l'altra sono infatti prevalentemente orientate a ritenere che la responsabilità penale dei capi delle associazioni criminali per i singoli reati-scopo realizzati dai membri di tali associazioni deve essere condizionata alla prova di un effettivo contributo causale dei primi rispetto ai delitti realizzati dai secondi. In altre parole, secondo questa tesi più garantista, la punibilità dei capi, va subordinata non già al contributo di costoro nel delineare il generico programma criminoso dell'associazione terrorista o mafiosa, bensì nel concreto contributo fornito da essi in sede di istigazione dei singoli reati-scopo commessi dai membri dell'associazione.

b) Per quanto concerne invece le ipotesi cosiddette di "concorso esterno" al reato associativo, occorre innanzitutto evidenziare quanto sia problematico riconoscere la sussistenza di condotte di concorso nei reati associativi che non costituiscano esse stesse condotte espressive di partecipazione diretta all'associazione. Nonostante ciò, l'evidente opportunità di punire talune forme di "contiguità compiacente" con l'associazione criminale destinate a radicarla nel territorio e a facilitarne le attività ha decretato la fortuna del "concorso esterno", specie con riferimento al reato di associazione mafiosa. Così, ad esempio, come riferito recentissimamente da un magistrato di Palermo⁽⁸⁹⁾, si è contestato il "concorso esterno" a taluni giudici presunti colpevoli di aver emesso sentenze compiacenti nei confronti di "uomini di mafia"; ad imprenditori che, pur senza far direttamente parte dell'associazione criminale, per le più varie ragioni (timore, desiderio di compiacere soggetti influenti nel locale contesto sociale, ecc.) fornivano una sala per le riunioni degli associati; a uomini politici che stipulavano con i capi dell'associazione "patti elettorali di scambio"⁽⁹⁰⁾; a medici che, pur senza risultare organici alla mafia, curavano boss mafiosi latitanti; persino ad un prete che si recava tutti i giorni a celebrare la messa a casa di un capomafia latitante.

Ovviamente, l'estrema duttilità del "concorso esterno", la capacità di tale figura elaborata dalla giurisprudenza di colpire forme pericolosissime di

⁽⁸⁸⁾ Cfr., in particolare, con riferimento all'art. 416 *bis*, Cass., sez. V, sent. 6 giugno 2001, in *Cassazione penale*, 2002, p. 975 ss., con nota di MELILLO, *Sulla responsabilità dei singoli componenti della "cupola" di "cosa nostra" per il delitti decisi dall'organismo di vertice*, p. 989 ss.; Cass., sez. VI, 16 febbraio 2006, in *Rivista penale*, 2006, p. 1338 ss.

⁽⁸⁹⁾ Dott. Piergiorgio MOROSINI, integrazioni orali alla sua relazione su *Il concorso di persone e le organizzazioni complesse*, cit.

⁽⁹⁰⁾ Tali patti concernono, in particolare, la richiesta all'associazione criminale di procurare voti elettorali promettendo in cambio favori di varia natura in caso di vittoria alle elezioni. La dottrina sottolinea come, proprio in quanto "di scambio", tali patti siano indicativi della reciproca autonomia delle parti in causa: Cfr. DE FRANCESCO, *Dogmatica e politica criminale nei rapporti tra concorso di persone ed interventi normativi contro il crimine organizzato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1285 ss.

collusione con le associazioni criminali, ha favorito il suo trapianto dal contesto mafioso a quello terroristico. Così, con l'avvento e l'incremento del terrorismo internazionale legato all'estremismo islamico, sono state considerate ipotesi di concorso esterno la semplice detenzione di materiale di propaganda terroristica⁽⁹¹⁾, e persino “atteggiamenti di pura adesione psicologica al sodalizio, ricavabili da un linguaggio antagonistico rispetto alla cultura occidentale”⁽⁹²⁾.

Ora, è facile capire come, per la loro estrema complessità, anche i casi giudiziari in tema di concorso esterno nei reati associativi siano fatalmente esposti a oscillazioni interpretative, variamente influenzate dall'atteggiamento più o meno garantistico dei magistrati e dal maggiore o minore “clima emergenziale” che si respira in un dato momento storico all'interno del contesto sociale.

Non deve dunque sorprendere se — in relazione a taluni processi che hanno visto come imputati soggetti i più diversi sotto il profilo del lavoro svolto, ma accomunati dal fatto di essere in una posizione di più o meno voluta vicinanza con temibili associazioni a delinquere o con singoli appartenenti ad esse — i verdetti di primo grado, di appello e di cassazione si sono caratterizzati per una inquietante alternanza di condanne e assoluzioni. Emblematici sono risultati, al riguardo, i casi *Carnevale*, *Contrada* e *Mannino*.

Corrado Carnevale⁽⁹³⁾, è stato Presidente della prima sezione della Suprema Corte di Cassazione e negli anni '80 divenne celebre per aver assolto, in importanti processi di mafia, un gran numero di imputati. Accusato da un pentito di “aggiustare i processi” e sottoposto nel 1993 a processo per concorso esterno in associazione mafiosa, a partire dallo stesso anno venne sospeso dalle funzioni e dallo stipendio. Assolto in primo grado alla fine degli anni '90, nel 2001 è stato condannato dalla Corte di Appello di Palermo a sei anni di carcere e all'interdizione perpetua dai pubblici uffici, ma nel 2002 la Corte di cassazione lo ha infine assolto con formula piena, consentendogli così di tornare a svolgere le sue funzioni di magistrato di ultima istanza, ma non per questo ponendo fine alle polemiche⁽⁹⁴⁾ nei confronti di un giudice che nel corso della sua carriera ha annullato centinaia di sentenze per questioni di forma da molti ritenute veniali e che non si è peritato di oltraggiare anche

⁽⁹¹⁾ In particolare, riviste inneggianti ad attentati e al “martirio” Cfr. Cass., 13 ottobre 2004, Laagoub; Cass., 9 febbraio 2005, Benameur e altri.

⁽⁹²⁾ MOROSINI, *Il concorso di persone e le organizzazioni complesse*, cit. p. 3.

⁽⁹³⁾ In merito al quale cfr., da ultimo, CORDA, *Corrado. L'incredibile storia del giudice Carnevale*, Milano, 2008.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. BOLZONI, D'AVANZO, *La giustizia e cosa nostra: il caso Carnevale tra delitti e impunità*, Milano, 1995.

dopo la loro morte i giudici Falcone e Borsellino⁽⁹⁵⁾, fatti saltare in aria dalla mafia all'inizio degli anni '90 e da allora considerati il simbolo eroico di un senso del dovere incurante di ogni rischio⁽⁹⁶⁾.

Ancora più lungo il percorso giudiziario di Bruno Contrada⁽⁹⁷⁾, un alto funzionario di polizia nel 1996 condannato in primo grado a dieci anni di reclusione, poi nel 2001 assolto con formula piena dalla Corte d'Appello di Palermo con una sentenza peraltro annullata nel 2002 dalla Corte di cassazione, e dunque nel 2006 nuovamente processato e ancora condannato a dieci anni di reclusione da una diversa sezione della Corte d'Appello di Palermo. Nel 2007 la conferma della sentenza di condanna in appello da parte della Corte di Cassazione non ha posto fine a questa incredibile vicenda giudiziaria, che è continuata in sede di esecuzione della pena tra richieste di grazie respinte, istanze di revisione del processo parimenti respinte, istanze di differimento della pena per motivi di salute anch'esse finite nel nulla. Nel luglio 2008, infine, la concessione degli arresti domiciliari per motivi di salute ad un uomo che è ormai lo spettro di sé stesso.

Infine Calogero Mannino, noto politico italiano nominato ministro a più riprese negli anni '80 e '90, Arrestato nel 1995 per un presunto accordo con la mafia (voti in cambio di favori); rimesso in libertà nel 1997 per scadenza dei termini di custodia cautelare, assolto in primo grado nel 2001 per insufficienza di prove; condannato in appello a cinque anni e quattro mesi di reclusione, peraltro con una sentenza annullata dalla Corte di cassazione per difetto di motivazione; infine nuovamente assolto il 22 ottobre 2008 dalla Corte di appello di Palermo. Attualmente membro del Parlamento italiano, Calogero Mannino è l'ultima prova vivente di quanto incerto possa essere il confine, nell'ambito dei reati associativi, tra innocenza e colpevolezza.

In definitiva, dunque, si può concludere affermando che l'esame della giurisprudenza italiana in materia di criminalità organizzata di stampo terroristico e mafioso conferma i tratti assunti negli stessi ambiti dalla legislazione di settore. L'una e l'altra si rivelano, almeno in linea di

⁽⁹⁵⁾ Cfr., per tutti, *Corrado Carnevale*, in http://it.wikipedia.org/wiki/Corrado_Carnevale

⁽⁹⁶⁾ La bibliografia su Giovanni Falcone e Paolo Borsellino è sterminata. Cfr., per tutti, AYALA, *Chi ha paura muore ogni giorno. I miei anni con Falcone e Borsellino*, Milano, 2008; FALCONE, FALCONE, ZINGALES, *Giovanni Falcone, un uomo normale*, 2007; LA LICATA, *Storia di Giovanni Falcone*, Milano, 2003; LUCENTINI, *Paolo Borsellino. Il valore di una vita*, Milano, 1994; ZINGALES, *Paolo Borsellino – una vita contro la mafia*, Arezzo, 2005.

⁽⁹⁷⁾ In merito al caso Contrada cfr. i volumi, peraltro datati e dunque fatalmente incompleti, di CAVALLARO, *(Il caso Contrada : tra Stato e cosa nostra, Soveria Mannelli, 1996)* e di NICASTRO, *(Mafia, 007 e massoni : il caso Contrada, le trame di boss, poteri occulti e servizi segreti, Palermo, 1993)*.

massima, espressive di un “diritto penale di lotta alla maxicriminalità”⁽⁹⁸⁾, caratterizzato dalla tendenza ad assicurare, per ragioni di sicurezza istituzionale, collettiva e individuale, una particolare severità/efficacia alla risposta punitiva applicata nei confronti degli autori di reati che, a causa della loro estrema gravità, suscitano grande allarme sociale. In una prospettiva convergente, evidente è anche la tendenza ad un complessivo irrigidimento del sistema nel segno dell’erosione delle garanzie nei casi in cui il reato commesso si iscriva in un una fenomenologia criminale oltremodo attuale, insidiosa, pervicace, diffusiva e dunque di difficile contrasto⁽⁹⁹⁾.

c) Ben diversa, per contro, è stata l’evoluzione della politica giudiziaria in tema di criminalità organizzata a sfondo economico e politico, che pur avrebbe anch’essa tutte queste caratteristiche. In estrema sintesi, si può dire che, per tutta una serie di ragioni tra le quali spiccavano la carente consapevolezza dell’estrema pericolosità sociale di tali forme di criminalità⁽¹⁰⁰⁾ e l’oggettiva difficoltà di acquisire materiale probatorio in merito a queste ultime, sino all’inizio degli anni ’90 del secolo scorso sono stati assai scarsi i processi penali aventi ad oggetto gli illeciti economici, gli illeciti politici e gli intrecci tra gli uni e gli altri.

Viceversa, come sopra accennato⁽¹⁰¹⁾, anche a seguito di talune efficaci campagne di stampa e dell’avvento di partiti politici nati col dichiarato scopo

⁽⁹⁸⁾ In merito al quale cfr., in particolare, DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di Kistoris e Orlandi, Torino, 2006, p. 19 ss. Dopo aver sottolineato che nella normativa internazionale, e in particolare in quella prodotta dall’Unione europea, si assiste al moltiplicarsi di testi in materia di criminalità organizzata “che si richiamano a scopi di lotta”, l’A. si pone il problema del ruolo assunto dallo “scopo normativo di ‘lotta’ nella concretizzazione interpretativa e (...), ancor più, nello ‘stilÈ applicativo, nei tempi della giustizia, nel calendario delle priorità, nel rigore sanzionatorio, nell’antigarantismo di chi pensa che gli è stata affidata, col diritto penale, un’arma che è chiamato ad usare contro qualcuno” (p. 21).

⁽⁹⁹⁾ “La legge applicata dal giudice, in tali ipotesi, guarda al presente e al futuro non meno che al passato. Quando uno di questi fenomeni, infatti, arriva a giudizio, è spesso ancora in corso e minaccia di continuare a esserlo per molto tempo, a differenza dei casi del tutto ordinari dove il fatto-reato è una cosa ‘passata’, è concluso al tempo del giudizio”. Non deve dunque sorprendere troppo che, in tale clima, vi siano “torsioni [al]le regole garantistiche del processo” DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, cit., p. 25.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. CHITI, MATTARELLA, *La sicurezza europea*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2008, p. 305 ss. Gli autori sottolineano come la sicurezza intesa in senso stretto, e dunque concepita solo in vista della protezione dei più gravi pericoli, tende a non prendere in considerazione la sfera finanziaria, in quanto la sua protezione “non sarebbe essenziale per la vita degli individui” (p. 306).

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. *supra*, par. 10, lett. c).

di opporsi alle ruberie delle classi dirigenti, con i primi anni '90 tutti i cittadini italiani acquisirono finalmente consapevolezza della diffusività e della danosità dei suddetti fenomeni criminali. Ciò favorì un mutamento nell'atteggiamento della magistratura inquirente, o almeno di una parte di essa, che cominciò a concentrare la propria attività investigativa su tali fenomeni. Ben presto, complici anche talune circostanze fortunate, vennero così alla luce tutta una serie di scandali ricchi di risvolti penali che hanno fatto passare alla storia quel periodo come "l'era di 'tangentopoli'"⁽¹⁰²⁾ e che hanno visto processati (ma solo in alcuni casi condannati in via definitiva) molti, importanti imprenditori e politici.

Secondo i critici di "tangentopoli" (spesso, per vero, in rapporti di parentela, di affari o di lavoro con gli imputati), durante questo periodo la magistratura inquirente, specie quella di Milano, ha improntato il suo agire ad un atteggiamento di "lotta" alla criminalità economico-politica caratterizzato, in particolare, da un ricorso improprio alla carcerazione preventiva quale mezzo per estorcere confessioni e per realizzare una sorta di anticipazione della pena. Ai giudici di "tangentopoli" è stato anche rimproverato di concentrare la propria attenzione solo sugli illeciti realizzati da taluni partiti politici, finendo così indirettamente per favorirne altri e, in definitiva, per stravolgere gli assetti politici del Paese.

Al di là di queste critiche, sovente carenti di ogni fondamento, il periodo di "tangentopoli" è stato comunque di breve durata. Nel giro di pochi anni, infatti l'azione giudiziaria di contrasto agli intrecci tra criminalità economica e politica ha progressivamente smarrito il suo slancio. A ciò hanno contribuito molteplici cause: una costante opera di controinformazione condotta da larga parte dei media e del potere politico, diretta alla "criminalizzazione" di una magistratura ritenuta — come si è detto — colpevole di condizionare per via giudiziaria la vita politica italiana; il varo di riforme più o meno univocamente dirette a neutralizzare l'azione dei giudici e a minimizzare il rischio-carcere per i colletti bianchi⁽¹⁰³⁾; il fatto che la succitata azione giudiziaria abbia progressivamente perduto l'originario sostegno popolare,

⁽¹⁰²⁾ Il termine Tangentopoli — coniato a seguito di una serie di processi penali concernenti casi di corruzione e di finanziamento illecito di partiti con fondi neri — è venuto ad indicare il complesso sistema di illegale collusione tra potere economico e potere politico svelato nel corso dell'inchiesta giudiziaria denominata "Mani pulite"; inchiesta che, per l'immenso scandalo suscitato, ha di fatto portato ad una sorta di rivoluzione politica tendenzialmente incruenta che ha segnato la fine della cosiddetta "Prima Repubblica" e l'avvento della "Seconda Repubblica".

⁽¹⁰³⁾ Per esempio, attraverso la depenalizzazione dei reati valutari, dell'emissione di assegni a vuoto, dell'*insider trading* secondario, di molte ipotesi di evasione fiscale e di falso in bilancio; nonché attraverso la contravvenzionalizzazione di ulteriori reati economici, quali innanzitutto le ipotesi di falso in bilancio previste dall'art. 2621 c.c.

specie a causa della generalizzata presa di coscienza che inasprire la lotta alla criminalità economica significava non solo colpire i santuari del potere politico e affaristico, ma anche colpire o comunque “rischiare di colpire” i piccoli illeciti economici dei commercianti, dei professionisti, degli artigiani, in definitiva di una larga parte dei lavoratori.

Oggi ormai, a fronte dei limitati spazi lasciati all’azione penale in ambito economico-politico, della quasi certezza di prescrizione per i fatti contestati, del modestissimo livello di effettività dell’applicazione della pena persino in relazione ai processi conclusi⁽¹⁰⁴⁾, è praticamente impossibile trovare una procura disposta a impegnarsi in una seria azione di contrasto nei confronti dei reati di corruzione. E questo accade nell’indifferenza della pubblica opinione, ormai dimentica del suo precedente atteggiamento di intransigenza. Come accennato alla fine del par. 10, la domanda collettiva di sicurezza, complice l’azione dei *media*, ignora o comunque sottovaluta i deleteri effetti prodotti sulla società civile dalla delinquenza economica e politica, per concentrare la sua attenzione su ben diverse ma altrettanto capillari forme di criminalità.

12. *La politica criminale italiana in tema di sicurezza privata: la lotta alla criminalità di strada.*

In Italia negli ultimi decenni la domanda di rafforzamento della risposta penale per ragioni di sicurezza non è stata causata solo dalla vistosa emersione della criminalità terroristica e mafiosa, ma anche dalla moltiplicazione di taluni reati comuni (scippi, furti nelle abitazioni, piccole rapine, vandalismi, spaccio di modeste quantità di droga, aggressioni in luoghi pubblici quali innanzitutto gli stadi sportivi). Reati, questi, commessi il più delle volte da appartenenti a ben precisi gruppi, classi sociali, categorie (immigrati, disoccupati, contestatori di varia estrazione politica, *hooligans*, ecc.). Certamente, l’aumento della cosiddetta criminalità di strada non costituisce un fenomeno esclusivamente italiano, bensì di un fenomeno che, sia pur in varia misura e con talune sfasature temporali, ha interessato Paesi di tutti i continenti e tutte le latitudini, e in particolare i Paesi dell’Europa occidentale. Paesi, questi, coinvolti in un processo di crescita economica resosi particolarmente evidente a partire dagli anni ’60 del secolo scorso, e quindi esposti ad una serie di eventi tra loro differenti ma tutti ricchi di ricadute criminogene. Basti pensare

⁽¹⁰⁴⁾ Per tutta una serie di motivi qui impossibile da riassumere. In argomento cfr., diffusamente e per tutti, DAVIGO, MANNOZZI, *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Roma-Bari, 2007, in particolare p. 304 ss.

all'allentamento del controllo sociale connesso all'estendersi delle città e delle periferie, alla crisi di quel nucleo educativo primario costituito dalla famiglia tradizionale, alla prepotente affermazione di una "società del consumo" portatrice di desideri irraggiungibili e dunque di frustrazioni e rancori, all'immigrazione incontrollata e in continuo aumento di soggetti con crescenti difficoltà di inserimento in un mondo del lavoro talora saturo e da ultimo in vistosa recessione. La conseguente crescita del senso di insicurezza e dell'allarme sociale⁽¹⁰⁵⁾, accompagnati non di rado dalla sensazione che gli organi istituzionali deputati all'attività di contrasto nei confronti dei reati in questione⁽¹⁰⁶⁾ non facciano tutto quanto è nelle loro possibilità⁽¹⁰⁷⁾, ha indotto a più riprese il legislatore italiano a varare riforme volte a potenziare gli effetti di prevenzione generale delle norme penali espressamente previste in relazione ad alcune tra le forme più frequenti e preoccupanti della criminalità comune. Così, sin dalla prima metà degli anni '70 sono state aumentate le pene per taluni reati quali la rapina aggravata⁽¹⁰⁸⁾, si sono introdotte nuove fattispecie volte a colpire i reati commessi durante le pubbliche manifestazioni⁽¹⁰⁹⁾, si è provveduto a rendere più severa la disciplina delle armi⁽¹¹⁰⁾ onde ostacolare non solo l'allora montante delinquenza terroristica, ma anche le forme tradizionali di criminalità contro la persona e il patrimonio⁽¹¹¹⁾.

Quali che siano stati gli effetti di queste e di altre successive riforme sui tassi percentualistici dei reati riconducibili nel concetto di criminalità di strada, è certo che la preoccupazione collettiva rispetto a questi ultimi non è affatto venuta meno. Anzi — sebbene secondo taluni in Italia gli episodi di delinquenza urbana siano da ultimo diminuiti⁽¹¹²⁾, o comunque abbiano cessato di crescere con il ritmo precedente — in questi anni tale preoccupa-

⁽¹⁰⁵⁾ Sulla distinzione concettuale tra *fear of crime* (paura personale della criminalità) e *concern about crime* (preoccupazione sociale per la criminalità) cfr. BARBAGLI, *Introduzione. Perché è diminuita la criminalità negli Stati Uniti?*, in *Perché è diminuita la criminalità negli Stati Uniti?*, a cura di Barbagli, Bologna 2000, p. 11, e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

⁽¹⁰⁶⁾ Si allude, in primo luogo, alla polizia e alla magistratura.

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr., al riguardo, da posizioni ben differenti, FENECH, *Tolleranza zero*, cit., p. 28 ss.; PEPINO, *La città e l'impossibile supplenza giudiziaria*, in *Questione giustizia*, 1999, p. 791, nt. 1, con ulteriori riferimenti bibliografici.

⁽¹⁰⁸⁾ L. 14 ottobre 1974, n. 497, "Nuove norme contro la criminalità".

⁽¹⁰⁹⁾ L. 18 aprile 1975, n. 110; l. l. 22 maggio 1975, n. 152.

⁽¹¹⁰⁾ L. 14 ottobre 1974, n. 497; l. l. 22 maggio 1975, n. 152; l. 8 agosto 1978, n. 533; l. 18 maggio 1978, n. 191.

⁽¹¹¹⁾ Cfr. PALAZZO, *La recente legislazione penale*, cit., p. 37-38.

⁽¹¹²⁾ Cfr., ad esempio, FERRAJOLI, *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, in *Diritto penale minimo*, cit., p. 13.

zione è ulteriormente aumentata assieme alla paura nei confronti degli extracomunitari e più in generale dei “diversi”⁽¹¹³⁾. A fomentare ulteriormente l’allarme sociale ha provveduto poi una parte degli organi di informazione (televisioni e giornali) non di rado tesi a radicare l’idea che la sicurezza collettiva sia compromessa, in via pressoché esclusiva, dalla criminalità comune e dalla devianza⁽¹¹⁴⁾. In questo clima di diffuso allarme “selettivo” si collocano, ad esempio, la riforma in tema di violenza sessuale del 1996⁽¹¹⁵⁾, la riforma del 2001 in base alla quale è stato grandemente innalzato il tetto minimo di pena detentiva prevista per il furto, ed inoltre è stata introdotta la nuova fattispecie di “furto in abitazione e furto con strappo”, punita da uno a sei anni di reclusione, che diventano da tre a dieci in presenza di talune circostanze aggravanti⁽¹¹⁶⁾.

Sennonché riforme di questo genere — oltretutto di effetto anticriminale tutt’altro che sicuro — non possono certo placare una pubblica opinione indotta a ritenere che l’unica risposta efficace alla criminalità di strada e alla devianza sia l’uso della forza, trascurando gli interventi di tipo sociale. Interventi, questi, del resto resi oggi particolarmente problematici dalla generalizzata e perdurante crisi economica, dall’esigenza di limitare la crescita del debito pubblico, e della mancata presa di coscienza che i costi che le forme di criminalità comune diffusa comportano per la collettività non sono inferiori ai costi della massima parte degli interventi sociali (quali quelli di miglioramento dell’illuminazione pubblica, di creazione di luoghi culturali e di svago per i giovani, di centri tesi a prevenire e superare la dipendenza da sostanze stupefacenti, di uffici di sostegno e di integrazione sociale per gli immigrati).

Ed ecco allora una ulteriore, assai recente ondata di nuove leggi tese a rispondere alla richiesta collettiva di sicurezza anche a costo di vulnerare taluni principi fondamentali, primi fra tutti quelli di proporzione e/o di eguaglianza. Emblematiche, a questo riguardo, risultano la riforma del 2005 in tema di recidiva⁽¹¹⁷⁾ e quella del 2006 in tema di legittima difesa⁽¹¹⁸⁾: la prima volta a proteggere la collettività dai soggetti già segnalatisi per i loro comportamenti antisociali (e dunque meritevoli

⁽¹¹³⁾ Vale a dire dei soggetti appartenenti alle “classi sociali pericolose” per i comuni cittadini. Al riguardo cfr., in termini critici, FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. II, *Teoria della democrazia*, Bari – Roma, 2007, p. 372 ss.

⁽¹¹⁴⁾ Cfr., diffusamente e per tutti, FERRAJOLI, *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, cit., p. 12 ss.

⁽¹¹⁵⁾ L. 15 febbraio 1996, n. 66.

⁽¹¹⁶⁾ L. l. 26 marzo 2001, n. 128.

⁽¹¹⁷⁾ L. 5 dicembre 2005, n. 251.

⁽¹¹⁸⁾ L. 13 febbraio 2006, n. 59.

innanzitutto di un trattamento teso alla loro neutralizzazione attraverso la preclusione della sospensione condizionale, delle misure alternative alla detenzione, dell'ammissione a talune procedure semplificate e ai benefici sul piano sanzionatorio conseguenti a queste ultime); la seconda tesa ad affermare il primato della sicurezza domestica sui diritti fondamentali di chi, introducendosi nell'altrui abitazione, determina un pericolo di aggressione.

Ancora più emblematica, se possibile, risulta infine la recentissima riforma del 2008 che ha introdotto l'aggravante della clandestinità⁽¹¹⁹⁾. Aggravante caratterizzata, invero, da assai scarsi effetti pratici⁽¹²⁰⁾, e financo in odore di incostituzionalità⁽¹²¹⁾, ma tesa a rassicurare la collettività sul fatto che il governo si sta attivando contro l'immigrazione clandestina, in quanto fenomeno espressivo di disubbidienza alla legge e produttivo di conseguenze criminali.

13. *La politica criminale europea in tema di sicurezza. Il ruolo del Consiglio d'Europa e dell'Unione europea.*

Tuttavia, come già ricordato, in Europa i rapporti tra sicurezza e diritto penale non si sviluppano soltanto tramite l'attività dei legislatori e di giudici nazionali, ma anche tramite l'attività di organizzazioni trans- o sovratatali. Si allude, ancora una volta, al Consiglio d'Europa e all'Unione europea, entrambi tradizionalmente attenti al problema della sicurezza,

⁽¹¹⁹⁾ Cfr. il decreto legge 23 maggio 2008 recante «Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica», convertito in legge 25 luglio 2008, che introduce l'art. 61 n. 11 *bis* c.p. in base al quale il reato è aggravato «Se il fatto è commesso da soggetto che si trovi illegalmente sul territorio nazionale».

⁽¹²⁰⁾ In ragione della possibilità da parte del giudice di dichiarare qualsiasi circostanza attenuante prevalente su tale aggravante.

⁽¹²¹⁾ L'incostituzionalità discenderebbe dalla violazione del principio di eguaglianza, in quanto la circostanza aggravante in oggetto è volta a colpire una condizione soggettiva non costituente un indice di maggiore disvalore del fatto. Cfr., per tutti, DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, cit., p. 3562 s.; PAGGI, *Pacchetto sicurezza – Un primo commento alle disposizioni previste dal decreto legge*, in <http://www.meltingpot.org/articolo12724.html>. Da ultimo, il giudice Magri del tribunale di Milano ha definito «irragionevole» l'aggravante in oggetto in quanto «introduce un discrimine tra le persone presenti sul territorio italiano regolarmente e i cosiddetti 'clandestini' a prescindere dalle loro concrete condotte criminali e/o alle loro modalità di esecuzione, introducendo una sorta di diversa qualità dell'azione a seconda di chi la commetta, solo come conseguenza di un illecito amministrativo». *Milano, il giudice: «Irragionevole l'aggravante della clandestinità»*, in http://www.corriere.it/cronache/08_giugno_06/immigrati_clandestini_reato_appartamenti_4771cfde-33a4-11dd-9532-00144f02aabc.shtml

intesa sia in senso ampio (quale protezione nei confronti delle minacce ai più diversi beni e interessi individuali e collettivi⁽¹²²⁾), sia soprattutto in senso stretto (quale protezione nei confronti dei soli pericoli di elevata gravità e di derivazione criminale)⁽¹²³⁾.

a) Quanto al Consiglio d'Europa, di cui si sono già dette le origini e le finalità⁽¹²⁴⁾, è indubbio che, da un punto di vista cronologico, proprio alcune delle sue convenzioni costituiscono i primi strumenti internazionali espressivi di una politica criminale europea tesa, al contempo, al miglioramento delle forme di cooperazione in materia penale e all'armonizzazione dei sistemi penali nazionali⁽¹²⁵⁾.

In particolare, tra le convenzioni specificamente pensate per ragioni di sicurezza, basterà qui ricordare in primo luogo la Convenzione europea per la repressione del terrorismo del 27 gennaio 1977, la quale in particolare è tesa a favorire la cooperazione giudiziaria tra gli Stati in materia di reati a carattere terroristico, escludendo che tali reati possano essere considerati reati politici, e dunque escludendo che gli autori dei primi possano giovare delle garanzie tradizionalmente concesse agli autori dei secondi, prima fra tutte il rifiuto dell'estradizione⁽¹²⁶⁾.

Anche la Convenzione europea relativa al risarcimento delle vittime di reati violenti del 24 novembre 1983, avendo appunto quale obiettivo quello di assicurare e sviluppare meccanismi di risarcimento delle vittime da parte degli Stati ove i suddetti reati sono stati compiuti, mira a rispondere in qualche modo alla domanda di sicurezza: se non attraverso la prevenzione dei reati, almeno attraverso forme di indennizzo nei confronti delle vittime.

La stessa Convenzione europea del 19 agosto 1985 sulla violenza e i disordini degli spettatori durante le manifestazioni sportive, segnatamente nelle partite di calcio, nel richiedere agli Stati membri di adottare leggi che comminino pene appropriate alle persone riconosciute colpevoli di reati commessi dagli spettatori di eventi sportivi, persegue all'evidenza una finalità securitaria: quella appunto di prevenire e reprimere i fatti di hooliganismo.

⁽¹²²⁾ Cfr. ORTEGA ÁLVAREZ, *Hacia un concepto integral de seguridad europea*, in *La seguridad integral europea*, a cura di Ortega Álvarez, Valladolid, 2005, p. 25 ss.

⁽¹²³⁾ In argomento cfr., anche per ulteriori distinzioni, CHITI, MATTARELLA, *La sicurezza europea*, cit., p. 305 ss.

⁽¹²⁴⁾ Cfr. *supra*, par. 9.

⁽¹²⁵⁾ Cfr., tra gli altri, BERNARDI, *L'harmonisation des sanctions en Europe*, in *Les chemins de l'harmonisation pénale*, a cura di Delmas-Marty, Pieth, Sieber, Paris, 2008, p. 300 ss.; MANACORDA, *L'armonizzazione dei sistemi penali: una introduzione*, in *La giustizia penale italiana nella prospettiva internazionale*, Milano, 2000, p. 46, e bibliografia riportata alla nt. 36.

⁽¹²⁶⁾ Il 15 maggio 2003 è stato adottato un Protocollo di tale convenzione che amplia di fatto il novero dei reati qualificabili come terroristici.

Col passare degli anni, oltretutto, alcune convenzioni del Consiglio d'Europa non si sono più limitate a prevedere da parte degli Stati contraenti impegni generici in ordine ai comportamenti vietati e alle relative sanzioni, ma hanno assunto via via contenuti maggiormente dettagliati. In questo senso, specie a partire dalla "Convenzione sulla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale" del 1998⁽¹²⁷⁾, si è intensificato da parte di tale organizzazione internazionale il ricorso a testi normativi contenenti sia la gamma dei fatti illeciti da ricondursi all'interno di apposite fattispecie penali sia l'indicazione delle caratteristiche dei tipi di sanzioni applicabili ai fatti in questione e delle funzioni che esse sono chiamate a svolgere. Si pensi, ad esempio, alla "Convenzione penale sulla corruzione" del 1999, alla "Convenzione sulla criminalità informatica" del 2001, alla "Convenzione per la prevenzione del terrorismo" del 2005, alla "Convenzione sulla lotta contro la tratta degli esseri umani" del 2005, alla "Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato e sul finanziamento del terrorismo" del 2005.

Peraltro, al di là dell'attuale uso intensificato da parte del Consiglio d'Europa di convenzioni a carattere penale dal contenuto sempre più preciso, resta il fatto che la vigenza di queste convenzioni all'interno dei Paesi membri dipende dalla volontà di questi ultimi. Inoltre la stessa elaborazione di tali strumenti, la loro entrata in vigore e la loro eventuale modifica si rivelano assai complesse: la prima di tali fasi implica infatti negoziati spesso defaticanti, mentre la seconda e la terza richiedono sia la firma che la ratifica da parte di un certo numero di Stati membri, in base alle loro rispettive regole costituzionali. Infine, il Consiglio d'Europa è privo di propri organi giurisdizionali⁽¹²⁸⁾, cosicché è impossibile offrire una interpretazione centralizzata del testo di tali atti normativi, ed è possibile reagire alle eventuali inadempienze degli Stati membri solo in via politica. Per tutte queste ragioni, nel processo di cooperazione e armonizzazione sanzionatoria realizzato in Europa su impulso delle organizzazioni internazionali a carattere regionale e col libero consenso dei relativi Stati membri, il ruolo principale è senza dubbio quello svolto dall'Unione europea, attraverso gli atti del suo "terzo pilastro".

⁽¹²⁷⁾ Tale convenzione prevede una ben definita fattispecie penale "autonoma" per taluni fatti dolosi di inquinamento (art. 2, par. 1, lett. a), nonché un dettagliato elenco dei fatti dolosi e colposi (artt. 2 e 3) i quali, ove risultino contrastanti con le norme amministrative in tema di ambiente e al contempo dannosi o pericolosi per l'uomo o per l'ambiente, devono essere necessariamente puniti nei singoli Stati con sanzioni penali almeno in via alternativa a carattere detentivo (l'art. 6), devono comportare adeguate forme di confisca (art. 7) e possono prevedere la remissione in pristino (art. 8).

⁽¹²⁸⁾ Un caso a parte è quello della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, strumento del Consiglio d'Europa dotato di giudici deputati al controllo del rispetto delle norme in essa contenute.

b) Venendo dunque al terzo pilastro UE e agli strumenti penali da esso previsti al fine di salvaguardare la sicurezza della collettività e dei singoli, occorre subito sottolineare che a partire dal Trattato di Maastricht del 1992, e con maggiore intensità dopo il Trattato di Amsterdam istitutivo dello “Spazio di libertà, sicurezza e giustizia”, tali strumenti hanno consentito l’elaborazione di una vera e propria politica criminale comune, per “un controllo stretto degli sviluppi dell’integrazione europea in taluni settori ‘sensibili’”⁽¹²⁹⁾ come la criminalità organizzata e le altre forme di criminalità transnazionale (art. 29, comma 2, Tr. UE)⁽¹³⁰⁾; settori, questi, nei quali interventi a carattere puramente “interno” risulterebbero in linea di massima inefficaci⁽¹³¹⁾. Il tutto, in vista per l’appunto dell’affermazione di uno “spazio di libertà, sicurezza e giustizia” di cui possano giovare tutti i cittadini dell’Unione.

Orbene, posto dunque che l’Unione europea, nell’ambito del suo terzo pilastro, possiede una sorta di competenza penale indiretta⁽¹³²⁾ in ben precisi, circoscritti settori, va detto che gli strumenti anticriminali utilizzabili all’interno del terzo pilastro sono essenzialmente di due tipi: le convenzioni e le decisioni quadro, le seconde risultando comunque assolutamente prevalenti sulle prime.

Le convenzioni “di terzo pilastro”, rivelano talune differenze rispetto alle convenzioni del Consiglio d’Europa⁽¹³³⁾, ma presentano ovviamente anche, rispetto a queste ultime, significative analogie a livello procedurale. E infatti l’elaborazione delle due importanti convenzioni “di terzo pilastro” varate nella seconda metà degli anni ‘90 (vale a dire la Convenzione “relativa alla

⁽¹²⁹⁾ MASTROIANNI, *Il controllo della Corte di giustizia in relazione agli atti del I e del III pilastro: riflessi in materia penale*, relazione in occasione dell’incontro di studio sul tema “Verso un diritto penale sopranazionale” (CSM, Roma, 23-25 febbraio 2004), p. 4, in <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/9908.pdf>.

⁽¹³⁰⁾ In particolare il terrorismo, la tratta degli esseri umani e i reati contro i minori, il traffico illecito di droga e di armi, la corruzione e la frode”

⁽¹³¹⁾ La dottrina sottolinea da tempo come, a causa del venir meno delle frontiere tra gli Stati UE, non sia più possibile distinguere nettamente tra sicurezza nazionale e sicurezza comune europea. Cfr., da ultimo, DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *Vers une conception nouvelle de la sécurité européenne*, cit., p. 2.

⁽¹³²⁾ In quanto condizionata al consenso degli Stati UE, posto che gli atti normativi di terzo pilastro sono adottati in base alla regola dell’unanimità.

⁽¹³³⁾ Al di là delle differenze d’ordine strettamente tecnico (per esempio, in tema di controllo giurisdizionale), esistono infatti evidenti “differenze di contesto”. Basti pensare che l’ambito geografico in cui le convenzioni di terzo pilastro sono chiamate ad operare è assai più circoscritto e omogeneo: vuoi perché l’Unione europea ha un numero di Paesi membri notevolmente inferiore rispetto al Consiglio d’Europa, vuoi perché le convenzioni del Consiglio d’Europa, diversamente da quelle di terzo pilastro sono di regola aperte anche a Stati non membri dell’organizzazione internazionale all’interno della quale vengono varate.

tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee” adottata a Bruxelles il 26 luglio 1995⁽¹³⁴⁾ e la Convenzione “relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell’Unione europea” adottata a Bruxelles il 26 maggio 1997) si è rivelata non molto meno lunga e laboriosa⁽¹³⁵⁾ di quella propria delle convenzioni del Consiglio d’Europa.

Ciò spiega perché nell’ambito del terzo pilastro si sia presto abbandonato il ricorso allo strumento della convenzione, in favore di un diverso e assai più duttile strumento normativo denominato, come si è detto, “decisione quadro”.

Proposte su iniziativa della Commissione⁽¹³⁶⁾ o di uno Stato membro, le decisioni quadro non hanno efficacia diretta e vincolano gli Stati UE solo per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma ed ai mezzi da impiegare a tal fine⁽¹³⁷⁾. Rispetto alle decisioni quadro (così come, sia pur con alcune varianti, rispetto alle convenzioni) i giudici della Corte di giustizia UE vantano importanti competenze, specie in merito all’interpretazione di tali atti normativi, alla loro validità, alla possibilità di accertare le infrazioni commesse dagli Stati al momento della loro applicazione. Nonostante tutto, però, il controllo della Corte di giustizia su tali atti è incompleto, innanzitutto perché i Paesi membri possono rifiutare la giurisdizione della Corte di

⁽¹³⁴⁾ Questa convenzione risulta integrata da protocolli integrativi concernenti la corruzione dei funzionari europei, nonché la responsabilità delle persone giuridiche e la confisca. Sul punto cfr., per tutti, LABAYLE, *La lutte anti-fraude et le troisième pilier*, in *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione*, a cura di Grasso, Milano, 2000, p. 302; RIZZA, *La sanzione delle violazioni da parte dei singoli di norme comunitarie dirette alla protezione degli interessi finanziari della Comunità nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, ivi, p. 115, nt. 68; SALAZAR, *Cooperazione giudiziaria e lotta antifrode*, ivi, p. 327 ss.

⁽¹³⁵⁾ Anche perché, ex art. 34 TUE, in relazione alle convenzioni varate nell’ambito del terzo pilastro il Consiglio continua a deliberare all’unanimità. Sul punto cfr. ADAM, *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, in *Dir. Un. Eur.*, 1998, p. 486; nonché, con accenti spiccatamente critici in ordine al requisito dell’unanimità, O’KEEFFE, *Recasting the Third Pillar*, in *Common Market Law Review*, 1995, p. 904; CURTIN, POUW, *La coopération dans le domaine de la justice et des affaires intérieures au sein de l’Union européenne: une nostalgie d’avant Maastricht?*, in *Rev. Marché un. eur.*, 1995, p. 30.

⁽¹³⁶⁾ La Commissione — organo esecutivo dell’Unione europea — è composta dai Commissari europei, scelti tra le più autorevoli personalità degli Stati membri, ai quali non sono però legati da vincoli di rappresentanza. La durata del mandato dei membri è di 5 anni.

⁽¹³⁷⁾ Cfr. Art. 34, comma 2, lett. b) Trattato UE.

giustizia, e comunque perché quest'ultima non può applicare sanzioni agli Stati inadempienti⁽¹³⁸⁾.

In ogni caso, al di là delle loro perduranti manchevolezze, è un fatto che le decisioni quadro hanno svolto un ruolo fondamentale nello sviluppo dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia, in una duplice prospettiva. In primo luogo, esse hanno dato vita a un processo di potenziamento della cooperazione giudiziaria e amministrativa tra i Paesi membri, i cui momenti più significativi sono stati rappresentati dal varo di alcuni testi attuativi del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie⁽¹³⁹⁾, ovvero dal varo di testi istitutivi di Eurojust⁽¹⁴⁰⁾. In secondo luogo, le decisioni quadro hanno innescando un importante fenomeno di ravvicinamento delle norme penali nazionali in numerosi settori sensibili⁽¹⁴¹⁾, rispetto ai quali massime sono le esigenze di sicurezza avvertite dall'Unione. Sono così state adottate, in particolare, decisioni quadro volte ad armonizzare le disposizioni dei Paesi UE in tema di aggressioni all'ambiente, corruzione, criminalità finanziaria, favoreggiamento dell'immigrazione illegale⁽¹⁴²⁾, sfruttamento sessuale dei minori e pornografia infantile, terrorismo, traffico di stupefacenti, tratta di esseri umani, riciclaggio.

La breve panoramica sin qui effettuata sulla politica criminale europea in tema di sicurezza consente di evidenziare come i testi normativi all'uopo varati, se da un lato tendono ovviamente a trascurare — sia pure con qualche

⁽¹³⁸⁾ In argomento cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, BERNARDI, *Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale. Un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei Trattati*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2007, p. 1171 ss.

⁽¹³⁹⁾ Particolarmente importante, al riguardo, si è rivelata la decisione quadro del 13 giugno 2002 relativa al mandato d'arresto europeo. Il nuovo sistema introdotto da tale decisione quadro implica il superamento dell'attuale sistema dell'extradizione a carattere politico, imponendo ad ogni autorità giudiziaria nazionale di dare esecuzione, dopo controlli ridotti al minimo, alla domanda di consegna di una persona formulata dall'autorità giudiziaria di un altro Stato membro.

⁽¹⁴⁰⁾ Eurojust è un'organo di cooperazione giudiziaria permanente, avente come fine il rafforzamento della lotta contro le forme gravi di criminalità, in particolare organizzata, le cui attività si estendano a più di uno Stato membro.

⁽¹⁴¹⁾ Cfr., per tutti, MARGUE, *La coopération en matière de prévention et de lutte contre le crime dans le cadre du nouveau troisième pilier*, in *Rev. dr. Un. eur.*, 2000, p. 740; SALAZAR, *La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Consiglio europeo di Tampere*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1128; più recentemente BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 271 ss.

⁽¹⁴²⁾ In effetti, l'immigrazione massiccia da parte di extracomunitari è ormai considerata, a ragione o a torto, come una delle principali fonti di insicurezza all'interno della UE. Cfr., per tutti e da ultimo, DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *Vers une conception nouvelle de la sécurité européenne*, in *Rivista italiana di diritto pubblico*, 2008, p. 2.

eccezione⁽¹⁴³⁾ — la criminalità di strada⁽¹⁴⁴⁾, dall'altro lato si occupano di tutte le forme più pericolose di criminalità organizzata a carattere transnazionale. Fra queste ultime, in particolare, l'Unione europea è sembrata concentrare la sua attività di contrasto verso due tipologie di criminalità organizzata: quella a carattere economico e politico-amministrativo e quella a carattere terroristico.

Quanto alla criminalità a carattere economico e politico-amministrativo, da un lato le frodi comunitarie, riducendo le entrate finanziarie necessarie per far funzionare gli organi UE, costituiscono un reale pericolo per la sicurezza (nel senso di sopravvivenza economica) dell'Unione; dall'altro lato i fenomeni corruttivi, all'evidenza, mettono a repentaglio il buon funzionamento e il prestigio dei suddetti organi. Inoltre, e più in generale, talune forme di criminalità economico-finanziaria compromettono o rischiano di compromettere il benessere economico dell'Unione nel suo complesso, e comunque esigono soluzioni globali. Ben si spiega dunque come l'Unione europea abbia a più riprese varato nell'ambito del terzo pilastro testi diretti ad attuare, in materia, penetranti processi di armonizzazione dei precetti e delle sanzioni; processi caratterizzati, nel complesso, da un notevole livello di severità. È appena il caso di osservare che, rispetto a questi versanti della criminalità, l'Unione europea dimostra una attenzione ben diversa da quella ad essi prestata dall'Italia. Tant'è che quest'ultima non di rado palesa forme di più o meno grave inadempienza in sede di attuazione di tali obblighi penali di fonte europea. Una analoga, colpevole negligenza ha del resto caratterizzato l'attività normativa italiana di tutela sanzionatoria di disposizioni di primo pilastro in materia economica. Un esempio emblematico, al riguardo, è stato offerto dalla riforma del falso in bilancio, considerata dalla giurisprudenza e dalla massima parte della dottrina italiana scarsamente rispettosa degli

⁽¹⁴³⁾ Si pensi alla succitata Convenzione europea sulla violenza e i disordini degli spettatori durante le manifestazioni sportive del Consiglio d'Europa del 1985.

⁽¹⁴⁴⁾ E, invero, la criminalità di strada dovrebbe costituire un problema di ordine pubblico meramente interno: salvo i casi in cui, come appunto negli episodi di hooliganismo, essa finisca con l'assumere rilevanza transnazionale. Merita peraltro di essere ricordato che nell'ambito delle Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Tampere 15 e 16 ottobre 1999 sulla creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nell'Unione europea, l'attenzione è stata posta anche sulla criminalità di strada. In particolare, al punto 42 di tali Conclusioni si afferma: "Occorre sviluppare lo scambio delle 'migliori prassi', rafforzare la rete delle autorità nazionali competenti per la prevenzione della criminalità e la cooperazione tra gli organismi nazionali impegnati in tale prevenzione, esaminando a tal fine la possibilità di un programma finanziato dalla Comunità. Le prime priorità per tale cooperazione potrebbero essere la criminalità giovanile e urbana e quella connessa alla droga".

obblighi di tutela di fonte comunitaria, con conseguente ricorso alla Corte di giustizia⁽¹⁴⁵⁾.

Quanto poi alla criminalità terroristica, l'attenzione ad essa riservata dall'Unione europea si spiega col "bisogno di sicurezza" fomentato dagli attentati americani dell'11 settembre 2001 e dagli attentati, di analoga matrice, effettuati l'11 marzo 2004 nella stazione ferroviaria di Madrid e il 7 luglio nella metropolitana di Londra. Tale "bisogno di sicurezza" ha indubbiamente favorito il varo di tutta una serie di testi normativi europei non solo di terzo pilastro, ma persino di primo pilastro. Si tratta di testi i quali peraltro, in certi casi, trovano il loro fondamento in risoluzioni ONU ed hanno quale effetto quello di indurre i Paesi UE a modificare le loro legislazioni nel segno di una generalizzata erosione delle garanzie individuali, o addirittura di realizzare direttamente — senza l'intermediazione dei legislatori nazionali — modificazioni di tal fatta⁽¹⁴⁶⁾. In questo modo un po' ovunque in Europa sono state limitate le garanzie difensive, sono state potenziate le misure di prevenzione e sono stati introdotti meccanismi semplificati di espulsione nei confronti degli stranieri extracomunitari⁽¹⁴⁷⁾.

In definitiva, per quanto sin qui visto, è possibile affermare che sia il Consiglio d'Europa sia soprattutto l'Unione europea varano ormai da molti anni testi normativi espressivi di una politica criminale talora anche assai energica⁽¹⁴⁸⁾, destinata a influire significativamente sui diritti penali dei Paesi membri⁽¹⁴⁹⁾: non certo favorendo risposte punitive ispirate al cosid-

⁽¹⁴⁵⁾ Si allude al procedimento conclusosi con la notissima e molto discussa sentenza della Corte di giustizia, Grande Sezione, 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02, C-403/02 (*Berlusconi e altri*). Al riguardo cfr., per tutti, *Ai confini del "favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, a cura di Bin, Brunelli, Pugiotto, Veronesi, Torino, 2005.

⁽¹⁴⁶⁾ Ciò accade limitatamente a quegli atti normativi di primo pilastro denominati "regolamenti". Ai sensi dell'art. 110 comma 2 del Trattato CE, infatti, il regolamento "è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri".

⁽¹⁴⁷⁾ Cfr., per tutti, BIN, *Democrazia e terrorismo*, cit., p. 44 ss., e bibliografia ivi riportata alla nt. 13.

⁽¹⁴⁸⁾ Per non limitarsi all'esempio del terrorismo, accentuatamente repressive sono per esempio le norme di terzo pilastro che, per lottare più efficacemente contro il fenomeno della pedofilia, giungono a imporre agli Stati UE di punire coloro che si limitano a scaricare dal proprio computer, per uso personale, immagini pedofile puramente virtuali. La vivissima disapprovazione morale per tali comportamenti non giustifica, ad avviso della maggior parte della dottrina penale italiana, il ricorso alla sanzione penale, data la mancanza di qualsivoglia vittima e dunque l'assenza di una offesa ad un bene giuridico costituzionalmente rilevante.

⁽¹⁴⁹⁾ Peraltro, come si è sottolineato, a fronte di una politica criminale europea particolarmente attenta a punire le forme più insidiose di criminalità economica, la politica criminale italiana rivela una disdicevole insensibilità verso tali fenomenolo-

detto “diritto penale del nemico”⁽¹⁵⁰⁾ e meno che mai legittimando talune prassi di *intelligence* totalmente illegali, quali ad esempio le consegne straordinarie (*extraordinary renditions*) di “elementi ostili” sospettati di atti terroristici messe in atto dalla CIA in molti Paesi UE col tacito consenso dei governi locali⁽¹⁵¹⁾; epperò dando pur sempre vita ad un vero e proprio “diritto penale di lotta”⁽¹⁵²⁾ contro le forme di criminalità organizzata ritenute più pericolose a livello di sicurezza collettiva e individuale.

Come vedremo subito, i giudici europei della Corte di giustizia UE contribuiscono significativamente all’attuazione di tale politica criminale, talora potenziandone gli effetti preventivo-repressivi, talaltra neutralizzandone le conseguenze restrittive dei diritti e delle libertà fondamentali.

1. Il ruolo della Corte di giustizia UE nella concretizzazione della politica criminale europea.

Per quanto specificamente riguarda i testi normativi dell’Unione europea attraverso i quali viene attuata una politica criminale tesa a garantire la sicurezza all’interno dello spazio comune europeo, occorre infatti sottolineare l’importante ruolo giocato in relazione ad essi dalla Corte di giustizia. Nell’impossibilità di approfondire in questa sede i singoli contributi dati dalla giurisprudenza UE nella concretizzazione del diritto penale europeo, basterà in questa sede segnalare tre distinti orientamenti giurisprudenziali meritevoli di essere considerati, al riguardo, assolutamente fondamentali.

gie criminali. Ciò conferma che le iniziative europee in tema di sicurezza si scontrano talora con l’attaccamento dei singoli Stati alle loro tradizioni e culture. In argomento cfr., in particolare, le osservazioni di LABAYLE, *L’espace de liberté, sécurité, justice dans la Constitution pour l’Europe*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2005, p. 438 ss.

⁽¹⁵⁰⁾ In merito al quale cfr., all’interno di una bibliografia ormai sterminata, *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di Donini e Papa, Milano, 2007; *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di Gamberini e Orlandi, Bologna, 2007; ZAFFARONI, *El enemigo en el derecho penal*, Buenos Aires, 2007.

⁽¹⁵¹⁾ Cfr. AMNESTY INTERNATIONAL *Voli segreti. Il rapporto del Consiglio d’Europa sulle operazioni coperte della CIA negli Stati Uniti*, Torino, 2006; *Risoluzione del Parlamento europeo sul presunto uso dei paesi europei da parte della CIA per il trasporto e la detenzione illegali di prigionieri* (2006/2200(INI)), in *Gazzetta Ufficiale dell’Unione Europea*, C 287 E del 29 novembre.2007, p. 309 ss.; FAVA, *Quei bravi ragazzi*, Milano, 2007; limitatamente all’Italia GIUPPONI, *Stato di diritto e attività di intelligence: gli interrogativi del caso Abu Omar*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, p. 810 ss.

⁽¹⁵²⁾ Cfr., *supra*, par. 11, nt. 97.

a) Il primo di tali orientamenti giurisprudenziali emerge da una celebre sentenza del 2005⁽¹⁵³⁾, poi ribadita da una sentenza del 2007⁽¹⁵⁴⁾. In base a tale orientamento, gli Stati e i loro giudici hanno l'obbligo di interpretare le norme di diritto nazionale quanto più possibile conformemente alla lettera e allo scopo delle decisioni quadro.

I pregi di queste controverse sentenze — nelle quali, a dire il vero, la differenza tra interpretazione conforme⁽¹⁵⁵⁾ (come appena detto, ormai ammessa per gli atti di terzo pilastro) ed efficacia diretta⁽¹⁵⁶⁾ (come già ricordato⁽¹⁵⁷⁾, esplicitamente esclusa nel terzo pilastro ex art. 34 par. 2 lett. b, Tr. UE) rischia di smarrirsi⁽¹⁵⁸⁾ — sarebbero quelli, tra loro strettamente connessi, di favorire il conseguimento del risultato perseguito dalle fonti del terzo pilastro⁽¹⁵⁹⁾ e di “costituire un passo in avanti verso il superamento della distinzione tra i tre pilastri dell'UE”⁽¹⁶⁰⁾. Superamento, questo, che l'esperienza maturata negli oltre quindici anni di vita dell'Unione europea indica come quanto mai opportuno⁽¹⁶¹⁾, ma che solo una riforma di tipo

⁽¹⁵³⁾ Corte di giustizia, Grande Sezione, 16 giugno 2005, causa C-105/03 (*Pupino*).

⁽¹⁵⁴⁾ Corte di giustizia, sent 28 giugno 2007, causa C-467/05 (*Dall'Orto*), in relazione alla quale v. MANES, *I rapporti tra diritto comunitario e diritto nazionale nello specchio della giurisprudenza della Corte di giustizia: approdi recenti e nuovi orizzonti*, in ius17@unibo.it, p. 67.

⁽¹⁵⁵⁾ Volta ad applicare la norma interna interpretandola alla luce della norma europea.

⁽¹⁵⁶⁾ Volta ad applicare direttamente la norma europea, se del caso disapplicando la norma interna con essa contrastante.

⁽¹⁵⁷⁾ Cfr., *supra*, par. 13, nt. 136.

⁽¹⁵⁸⁾ Al riguardo cfr., per tutti, CALVANO, *Il Caso Pupino: ovvero dell'alterazione per via giudiziaria dei rapporti tra diritto interno (processuale penale), diritto Ue e diritto comunitario*, cit., par. 2; MANACORDA, *Judicial activism dans le cadre de l'Espace de liberté, de justice et de sécurité de l'Union européenne*, cit., p. 747.

⁽¹⁵⁹⁾ Cfr. Corte di giustizia, sent. 16 giugno 2005, cit., punto 43.

⁽¹⁶⁰⁾ MAZZOCCHI, *Il caso Pupino e il principio di interpretazione conforme delle decisioni-quadro*, in *Quaderni cost.*, 2005, p. 886. Tra gli altri, concordano sul fatto che la sentenza *Pupino* costituisca espressione della tendenza a comunitarizzare il terzo pilastro CORSTENS, *Eerste strafarrest van het Hof van Justitie over een kaderbesluit*, in *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht (NTER)*, 2006, n° 1/2, p. 24; COTTE, *L'encadrement par la norme internationale*, in http://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2006/06-04-2006/06-04-06_intervention_cotte.pdf; HIJMANS, *Le troisième pilier dans la pratique: composer avec les faiblesses. L'échange d'informations entre les Etats membres*, p. 43, in http://www.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Publications/Speeches/2007/07-02-07_preadvies_NVER_FR.pdf; PRECHAL, *Juridisch cement voor de Europese Unie*, Groningen, 2006, p. 22.

⁽¹⁶¹⁾ Cfr., esemplificativamente, PICOTTI, *Il Corpus Juris 2000. Profili di diritto penale sostanziale e prospettive d'attuazione alla luce del progetto di Costituzione per*

costituzionale può pienamente legittimare. A questo proposito, va comunque ricordato che nel senso del superamento della distinzione in Pilastri all'interno della Unione europea andava il Trattato costituzionale europeo del 2004 mai entrato in vigore, e attualmente va il Trattato di Lisbona del 2007 in corso di ratifica.

b) Il secondo di tali orientamenti giurisprudenziali si afferma anch'esso, in perfetto sincronismo temporale col primo, con una ormai famosa sentenza del 2005⁽¹⁶²⁾, poi ribadita da una sentenza del 2007⁽¹⁶³⁾. In tali sentenze la Corte di giustizia — riconoscendo che la materia ambientale è di competenza del primo e non del terzo pilastro dell'Unione europea — ha annullato due decisioni quadro in materia di protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale⁽¹⁶⁴⁾ e ha stabilito che i contenuti di tali decisioni quadro devono essere travasati in strumenti normativi di primo pilastro, vale a dire in direttive della Comunità europea. Nel fare ciò — la Corte di giustizia ha sostanzialmente affermato che anche nell'ambito della Comunità europea (che costituisce, per così dire, il nucleo primigenio dell'Unione europea) possono essere adottati testi a carattere penale. Ciò implica un vistoso potenziamento della politica criminale europea, in ragione del ben maggiore livello di cogenza che gli strumenti normativi di primo pilastro hanno rispetto a quelli di terzo pilastro⁽¹⁶⁵⁾. Basti pensare che mentre le decisioni quadro sono adottate all'unanimità e implicano quindi il previo consenso di tutti gli Stati UE in merito al loro contenuto, le direttive di primo pilastro sono improntate al principio maggioritario, cosicché possono essere adottate anche contro la volontà di taluni Paesi membri, i quali restano pur sempre obbligati a dare attuazione alle norme contenute nelle suddette direttive; e che in caso di mancata o infedele attuazione delle direttive gli Stati UE possono essere condannati, dalla Corte di giustizia, anche a pesantissime sanzioni pecuniarie⁽¹⁶⁶⁾.

In questa sede è appena il caso di accennare al fatto che l'orientamento giurisprudenziale in esame anticipa, di fatto, la riforma dell'Unione europea in corso con il Trattato di Lisbona del dicembre 2007, non ancora entrato in vigore in quanto finora ratificato solo da 24 dei 27 Stati membri dell'Unione europea. In base a questo Trattato, l'Unione europea dovrà cessare di essere

l'Europa, in *Il Corpus juris 2000. Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, a cura di Picotti, Padova, 2004, p. 62 ss. e, in particolare, p. 72.

⁽¹⁶²⁾ Corte del 13 settembre 2005, causa C-176/03 (*Commissione contro Consiglio*).

⁽¹⁶³⁾ Corte di giustizia con sentenza 23 ottobre 2007, causa 440/05 (*Commissione contro Consiglio*).

⁽¹⁶⁴⁾ Decisione quadro 2003/80/GAI.

⁽¹⁶⁵⁾ Cfr., *supra*, par. 5.

⁽¹⁶⁶⁾ Cfr. art. 228 del Trattato CE.

divisa in tre pilastri caratterizzati da differenti, peculiari sistemi e strumenti normativi, per dare vita ad un sistema giuridico unitario improntato al “metodo comunitario” proprio del primo pilastro. Di conseguenza — per quanto qui interessa — il terzo pilastro cesserà di esistere, non si potranno più varare all’interno dell’Unione europea convenzioni e decisioni quadro, mentre potranno invece essere varate direttive a carattere penale in tutti i settori normativi ora disciplinati da convenzioni o decisioni quadro di terzo pilastro.

Per quanto poi specificamente concerne le ricadute sul piano della sicurezza di tale giurisprudenza e della riforma dell’Unione europea da essa in parte precorsa, basterà qui sottolineare che l’una e l’altra contribuiscono a incentivare il progressivo sviluppo di una politica europea della sicurezza a carattere unitario⁽¹⁶⁷⁾, come tale destinata a risultare più efficace ma anche maggiormente rispettosa dei diritti fondamentali⁽¹⁶⁸⁾.

c) Il terzo ed ultimo di tali orientamenti giurisprudenziali si è concretizzato in una recentissima ma già “storica” sentenza del 2008⁽¹⁶⁹⁾, la quale sancisce il primato dei diritti fondamentali recepiti dall’Unione europea rispetto a qualsivoglia testo normativo compressivo di tali diritti, anche se volto a recepire provvedimenti adottati dalle Nazioni Unite in nome della sicurezza e della lotta al terrorismo. Si tratta, invero, di una sentenza che capovolge l’orientamento interpretativo negli scorsi anni più volte recepito dal Tribunale di primo grado dell’Unione europea⁽¹⁷⁰⁾, secondo il quale non erano da considerarsi illegittimi alcuni strumenti normativi europei (anche regolamenti CE⁽¹⁷¹⁾, come tali direttamente applicabili all’interno degli Stati UE) i quali introducevano misure a carattere pesantemente affittivo (in particolare, il congelamento dei beni) a carico di quanti risultavano iscritti nelle cosiddette *blacklist*. Si allude alle liste dei soggetti e degli enti ritenuti coinvolti in atti di terrorismo o sospettati di avere legami con gruppi terroristici internazionali.

⁽¹⁶⁷⁾ In merito alla quale cfr., diffusamente, DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *Vers une conception nouvelle de la sécurité européenne*, cit., p. 5 ss.

⁽¹⁶⁸⁾ In ragione, innanzitutto, della generalizzazione di quei penetranti controlli giurisdizionali sulla conformità ai diritti fondamentali degli atti normativi dell’Unione europea attualmente riservati ai soli atti normativi del primo pilastro.

⁽¹⁶⁹⁾ Corte di Giustizia, Grande Sezione, sent. 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P (*Kadi e Al Barakaat International Foundation contro Consiglio e Commissione*).

⁽¹⁷⁰⁾ Sentenze del 21 settembre 2005, nell’ambito delle cause T-306/01 (*Yusuf e Al Barakaat International Foundation/Consiglio e Commissione*) e T-315/01 (*Kadi/Consiglio e Commissione*). Nello stesso senso sent. Trib. I grado 12 luglio 2006, causa T-253/02 (*Ayadi contro Consiglio*).

⁽¹⁷¹⁾ Sul punto cfr. già LABAYLE, *L’espace pénal européen: instrument ou objectif?*, cit., p. 23 ss.

Orbene, poiché in base ai suddetti regolamenti le procedure di iscrizione nelle (e di cancellazione dalle) liste in questione non risultano rispettose del diritto di difesa e più in generale non prevedono la possibilità di accesso ad un giudice e alle garanzie dell'equo processo⁽¹⁷²⁾, i ricorrenti affermavano l'illegittimità comunitaria di tali regolamenti in ragione del loro contrasto coi diritti fondamentali recepiti nei Trattati europei, e conseguentemente richiedevano l'annullamento dei testi normativi in questione. Il Tribunale di primo grado CE, tuttavia, aveva respinto tale richiesta, affermando l'impossibilità, per gli organi di giustizia UE/CE, di sindacare atti dell'Unione europea volti a recepire risoluzioni del Consiglio di sicurezza dell'ONU, in ragione del presunto primato dell'ordinamento giuridico internazionale sull'ordinamento giuridico dell'Unione europea⁽¹⁷³⁾, dunque delle suddette risoluzioni sui testi normativi UE/CE⁽¹⁷⁴⁾.

Questo indirizzo giurisprudenziale, a dire il vero, aveva suscitato forti critiche in dottrina⁽¹⁷⁵⁾. Del resto, non vi era dubbio alcuno sulla contrarietà degli atti in oggetto rispetto ai diritti fondamentali riconosciuti dall'Unione europea. Tant'è che lo stesso Tribunale di I grado UE⁽¹⁷⁶⁾ aveva ritenuto una decisione comunitaria di inserimento nelle *blacklist* illegittima per violazione dei diritti di difesa nel caso in cui "l'interessato non abbia avuto conoscenza delle accuse a suo carico, non sia stato ascoltato nel corso del procedimento e, per effetto di una motivazione del provvedimento priva degli elementi specifici e

⁽¹⁷²⁾ Cfr., per tutti, DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *Vers une conception nouvelle de la sécurité européenne*, cit., p. 24 ; LORENZON, *Terrorismo, diritti fondamentali e integrazione europea: parametro fugit*, in *Sicurezza collettiva e diritti fondamentali in tempo di terrorismo*, a cura di Lorenzon, Vaccai, Zanetti, Roma, 2008, p. 247 ss.

⁽¹⁷³⁾ Per la precisione, sull'ordinamento giuridico della Comunità europea, vale a dire sull'ordinamento giuridico di primo pilastro, stante che i regolamenti comunitari sono, per l'appunto, atti tipici del primo pilastro. Sulla ricostruzione monista dei rapporti tra ordinamento internazionale e ordinamento comunitario/interno operata dal Tribunale di primo grado UE cfr., tra gli altri, GIANELLI, *Il rapporto tra diritto internazionale e diritto comunitario secondo il Tribunale di primo grado delle Comunità europee*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2006, p. 131 ss.

⁽¹⁷⁴⁾ In argomento cfr., per ulteriori puntualizzazioni, CERINI, "Blacklisting" e diritti fondamentali: una difficile convivenza (nella giurisprudenza del Tribunale europeo di primo grado), in *Sicurezza collettiva e diritti fondamentali in tempo di terrorismo*, cit., p. 183 ss.

⁽¹⁷⁵⁾ Cfr. ancora, esemplificativamente, DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *Vers une conception nouvelle de la sécurité européenne*, cit., p. 25 ss.; SCIARABBA, *I diritti e i principi fondamentali nazionali ed europei e la problematica comunitarizzazione delle risoluzioni antiterrorismo dell'ONU*, in *Rassegna forense*, 2006, p. 147 ss.; PILI, *Comunitarizzazione delle risoluzioni ONU vs. controlimiti*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, p. 1232 ss.

⁽¹⁷⁶⁾ Sent. 12 dicembre 2006, causa T-228/02 (*Organisation des Modjahedines du peuple de l'Iran contro Consiglio UE*)

concreti che hanno giustificato il suo inserimento nell'elenco dei sospettati, non sia stato posto in grado di argomentare il suo ricorso davanti al tribunale" (177). Si trattava, tuttavia, di atti varati dall'Unione europea in via autonoma e non invece in attuazione di risoluzioni del Consiglio di sicurezza ONU; in quest'ultimo caso infatti, come sopra accennato, il Tribunale di primo grado dell'Unione europea sosteneva la sussistenza di una sorta di "immunità giurisdizionale" (178) in virtù del summenzionato primato delle "fonti ONU" sugli atti dell'Unione.

Tuttavia, come anticipato, in base ad argomenti assai complessi, incentrati sui rapporti esistenti tra diritto internazionale e diritto europeo, nella sentenza 3 settembre 2008 la Corte di giustizia ribalta la tesi del Tribunale di primo grado e afferma "il principio secondo cui tutti gli atti comunitari devono rispettare i diritti fondamentali" (179). Di conseguenza la Corte dichiara la sua competenza a sindacare la legittimità, rispetto ai diritti fondamentali che costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto europeo, di tutti gli atti normativi di primo pilastro, ivi compresi quelli che mirano ad attuare risoluzioni del Consiglio di sicurezza ONU.

Com'è stato puntualmente osservato, dalla sentenza emerge la consapevolezza dei giudici europei del duplice ruolo assunto dall'intervento giurisdizionale, in quanto strumento da un lato di contrasto degli atti criminali (di quelli terroristici in primo luogo), dall'altro lato di tutela dei diritti fondamentali (180). Per la Corte di giustizia, quindi, il "diritto alla sicurezza rispetto alla criminalità" deve coniugarsi col "diritto alla sicurezza del singolo rispetto ai pubblici poteri"; deve coniugarsi, in altre parole, coi diritti e con le libertà individuali, sacrificabili solo nei casi in cui essi non siano assolutamente intangibili (come viceversa risulta essere il divieto di venire sottoposti a torture o a trattamenti inumani) e nella misura in cui tale sacrificio risulti strettamente necessario, secondo i criteri peculiari delle società democratiche. Il che presuppone, peraltro, un complesso giudizio di bilanciamento tra la funzione di prevenzione e quella di tutela dei diritti, entrambe proprie sia all'Unione europea sia ai Paesi UE.

(177) *Terrorismo, listing e diritti umani*, in *Europeanrights.eu, Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa*, <http://cc.msnsocache.com/cache.aspx?q=%22terrorismo+listing+e+diritti+umani%22&d=74336839026152&mkt=es-CL&setlang=es-CL&w=a4ea35ae,f7e16b25>

(178) Cfr., diffusamente, POLLICINO, SCIARABBA, *Misure antiterrorismo: la Corte di giustizia riafferma i diritti e principi fondamentali europei ribaltando una sentenza del Tribunale di primo grado (a commento della sentenza del 3 settembre 2008, C-402/05 P e C-415/05 P)*, in http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/giurisprudenza/cortecostdecisioni2/corte_giustiziaCE/pollicino_sciarabba.html

(179) Corte di Giustizia, sentenza 3 settembre 2008, cit., punto 285.

(180) Cfr., diffusamente, BALSAMO, DE AMICIS, *Terrorismo internazionale, congelamento dei beni e tutela dei diritti fondamentali nell'interpretazione della Corte di giustizia*, in particolare p. 20 del testo dattiloscritto in corso di pubblicazione.

2. Considerazioni conclusive.

In tutti i momenti in cui forte diviene l'allarme sociale verso forme di delinquenza particolarmente pericolose per le istituzioni, la collettività e i singoli, il "diritto alla sicurezza rispetto ai pubblici poteri" tende a passare in secondo piano, a cedere il passo al "diritto alla sicurezza rispetto alla criminalità". Si torna, così, al concetto primigenio di sicurezza come limite ai diritti e alle libertà individuali. Spesso, col senno di poi, ci si accorge che nel tentativo di predisporre un "diritto penale di lotta anticrimine" davvero efficace, i limiti introdotti sono andati al di là dello stretto necessario.

In merito a quanto ci si possa spingere sulla strada della compressione dei diritti individuali in vista della sicurezza collettiva, le opinioni sono ovviamente discordanti. Credo che il principio democratico vieti a chiunque di considerarsi portatore di verità definitive e indiscutibili, l'essenza stessa della democrazia essendo la discussione, la faticosa ricerca di momenti di mediazione a partire da punti di vista anche assai diversi.

Ma democrazia significa anche, per definizione, rifiuto della dittatura e dell'uso di metodi "dittatoriali", sia pure per più giusta delle cause, quale può essere appunto la lotta alle forme più efferate di delinquenza. Al riguardo, in Europa la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (cui aderiscono tutti gli Stati europei) considera assolutamente inderogabili, in particolare, il diritto a non essere sottoposti a tortura o a trattamenti inumano e degradanti⁽¹⁸¹⁾ e il diritto a non essere ridotti in schiavitù⁽¹⁸²⁾. Inoltre, le più autorevoli Corti europee ci ricordano che mentre il terrorismo aggredisce "solo" singoli o gruppi di individui, le norme liberticide attentano non solo ai diritti dei singoli soggetti, ma alla stessa sopravvivenza dello stesso Stato democratico e dei suoi valori⁽¹⁸³⁾; e ci ricordano anche che per ragioni di pubblica sicurezza non possono mai essere sacrificati il diritto alla vita e la dignità umana⁽¹⁸⁴⁾.

⁽¹⁸¹⁾ Art. 3 CEDU.

⁽¹⁸²⁾ Art. 4 CEDU. In dottrina cfr., per tutti, PALAZZO, BERNARDI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la politica criminale italiana: intersezioni e lontananze*, cit., p. 40; VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, cit., p. 697.

⁽¹⁸³⁾ Cfr. la sentenza dell'United Kingdom House of Lords del 16 dicembre 2004: [2004] UKHL () 56, *A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent), X (FC) and another (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)*, in <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2004/56.html> Tale sentenza è stata oggetto di innumerevoli commenti. Cfr., limitatamente all'Italia, BASSU, *La Camera dei Lords giudica illegittima la legislazione britannica anti-terrorismo*, in http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/cronache/estero/lords_terrorismo/index.html; BIN, *Democrazia e terrorismo*, cit., p. 45 ss.

⁽¹⁸⁴⁾ Cfr. Bundesverfassungsgericht, sent. 15 febbraio 2006, in http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20060215_1bvr035705.html Anche questa sentenza è stata oggetto di numerosi commenti. Cfr., limitatamente all'Italia, BIN, *Demo-*

Certamente, altri diritti e libertà possono, viceversa, essere più o meno grandemente limitati in nome della lotta alla criminalità. Ma sempre previo un attento bilanciamento tra costi e benefici improntato ai principi di proporzionalità e di ragionevolezza; bilanciamento sulla cui congruità sono chiamate a pronunciarsi, di volta in volta, la Corte di giustizia e le Corti costituzionali nel loro ruolo di “giudici delle leggi”.

Questi sono, oggi, gli esiti più significativi di un dibattito sui rapporti tra sicurezza e diritto penale che ha viste coinvolte le legislazioni e le giurisdizioni di tutta Europa: un continente che nel corso della sua storia millenaria ha conosciuto regimi politici, leggi e giudici di ogni sorta, anche i peggiori possibili; ma che da 60 anni vive nella pace e nell’impegno per la progressiva costruzione di organizzazioni trans- e sovranazionali volte a rafforzare i rapporti di fratellanza tra i Paesi membri. Come abbiamo visto, esse sono il Consiglio d’Europa e l’Unione europea, quest’ultima in particolare dotata di molteplici competenze e tesa, tra l’altro, ad orientare le scelte politiche nazionali nel campo della lotta alla criminalità organizzata, salvaguardando al contempo i diritti fondamentali. Il futuro ci dirà se quella attuale è stata una fugace, felice parentesi all’interno della turbolenta storia europea o, viceversa, una tappa fondamentale per la crescita civile del “vecchio continente”.

ABSTRACT

The essay firstly aims at investigating the various aspects of the concept of security under Italian and European acts (namely: security as a limit to fundamental rights and freedoms, as a fundamental guarantee against public powers, as a fundamental rights to be protected against criminality).

Secondly, the attention will focus on the Italian criminal policy designed for guaranteeing the citizens’ security against both macro-criminality and street crimes, and on the role played by judiciary in the fight against the most serious forms of organized crimes.

Thirdly, the author examines the criminal policy on security developed by the European Council and the European Union. The essay concludes by analyzing the function of the Court of Justice of the European Communities in the implementation of the European criminal policy.

crazia e terrorismo, p. 47 ss.; DE PETRIS, *Tra libertà e sicurezza prevale la dignità umana, dice il Bundesverfassungsgericht*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it/cronache/estero/liberta_sicurezza/index.html; PANARA, *I dilemmi del dopo 11 settembre: l’abbattimento “preventivo” degli aerei usati per attacchi suicidi è compatibile con la tutela costituzionale del diritto alla vita? Una risposta parzialmente negativa viene dal Bundesverfassungsgericht*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, p. 1793 ss.

Il lavoro si prefigge in primo luogo di esaminare i molteplici profili assunti dal concetto di sicurezza nelle fonti normative italiane ed europee (in particolare: sicurezza come limite ai diritti e alle libertà fondamentali, come diritto fondamentale alla protezione nei confronti dei pubblici poteri, come diritto fondamentale alla tutela nei confronti della criminalità).

In secondo luogo, l'attenzione si concentra sulla politica criminale italiana tesa a garantire la sicurezza dei cittadini sia rispetto alle forme di macrocriminalità sia rispetto alla criminalità di strada, nonché sul ruolo della magistratura nella lotta alle più gravi manifestazioni di criminalità organizzata.

In terzo luogo, viene analizzata la politica criminale in tema di sicurezza sviluppata dal Consiglio d'Europa e dall'Unione europea. Un esame sul ruolo della Corte di giustizia UE nella concretizzazione della politica criminale europea conclude la trattazione.

LUCETTA DESANTI

RAPINA, FURTO FLAGRANTE E FURTO NON FLAGRANTE

1. – È opinione condivisa che il delitto di rapina, nella prospettiva dei giuristi classici, rappresentasse un caso di furto qualificato⁽¹⁾.

Diverse testimonianze, coerentemente, concepiscono il *raptor* alla stregua di un ladro, o per meglio dire di un ladro temerario, *improbus fur*, per il fatto di avere agito ricorrendo alla violenza. Tale concezione, probabilmente riferibile al pensiero di Giuliano⁽²⁾, appare ribadita dalle Istituzioni di Gaio, a loro volta seguite da quelle giustinianee⁽³⁾, ove si sottolinea che l'autore di una rapina – realizzando una *contrectatio invito domino* – sarebbe stato responsabile anche di furto:

Gai. 3, 209: Qui res alienas rapit, tenetur etiam furti. Quis enim magis alienam rem invito domino contrectat quam qui (vi) rapit? Itaque recte dictum est eum improbum furem esse. ...

(1) Benché l'*actio vi bonorum raptorum*, ancora all'epoca di Ulpiano, si prestasse a sanzionare sia il danneggiamento arrecato con uomini attruppati (e/o armati) sia la sottrazione violenta [D. 48, 7, 2 *pr.* (Ulp. 56 *ad ed.*)], pare tuttavia di capire che la prima fattispecie abbia perduto gradualmente importanza a favore della seconda. La rapina, dunque, si è andata identificando con la violenta sottrazione di beni altrui, a sua volta intesa come ipotesi di furto qualificato, contraddistinta dall'uso della violenza nei confronti del derubato. Sul punto, in particolare, L. VACCA, *Ricerche in tema di 'actio vi bonorum raptorum'*, Milano 1972, 101 ss. Cfr. inoltre, più di recente, O. BEHREND, *Gesetz und Sprache. Das römische Gesetz unter dem Einfluß der hellenistischen Philosophie*, in *Nomos und Gesetz. Ursprünge und Wirkungen des griechischen Gesetzesdenkens*. 6. Symposium der Kommission "Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart", herausgegeben von O. BEHREND und W. SELLERT, Göttingen 1995, 230 ss.; M. A. FENOCCHIO, *Sulle tracce del delitto di furtum. Genesi sviluppi vicende*, Napoli 2008, 192 ss.

(2) D. 47, 8, 2, 10 (Ulp. 56 *ad ed.*): ... *nam Iulianus scribit eum qui vi rapit furem esse improbiorem* D. 4, 2, 14, 2 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Qui vim intulit, cum possessionem a me sit consecutus, fur non est: quamvis qui rapuit, fur improbius esse videatur, ut Iuliano placet*.

(3) Inst. 4, 2 *pr.*

Si profilava, in definitiva, un'ipotesi di concorso fra illeciti privati, e relative azioni penali⁽⁴⁾, in qualche modo rapportabile alla moderna categoria del concorso formale di reati⁽⁵⁾. Dal medesimo fatto – la sottrazione violenta di beni altrui – traevano origine due distinti delitti, rapina e furto, e discendevano, rispettivamente, sia l'*actio vi bonorum raptorum* sia l'*actio furti*⁽⁶⁾.

È poi noto che, rispetto alla repressione del furto, risultava fondamentale la distinzione fra *furtum manifestum*, sanzionato con la più grave pena nel quadruplo⁽⁷⁾, e *furtum nec manifestum*, con pena nel doppio, e che tale distinzione, secondo l'opinione prevalsa, faceva riferimento alla cattura del ladro⁽⁸⁾. Infatti, al di là delle diverse opzioni manifestate dai giuristi romani al riguardo⁽⁹⁾, *manifestus fur* si considerava, fundamentalmente, colui che

⁽⁴⁾ Su questo profilo, in particolare: I. ALIBRANDI, *Del concorso delle azioni*, in *Giornale di giurisprudenza teorico-pratica*, 1 (1870), ora in *Opere giuridiche e storiche*, I, Roma 1896, 163 ss.; EISELE, *Zur Lehre von der Klagenkonkurrenz*, in *Archiv für die Civilistische Praxis*, 79 (1892), 327 ss.; C. FERRINI, *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, diretta da E. PESSINA, I, Milano 1905, 133 ss.; E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, I, Berlin 1918, e II, Berlin 1922 (rist. Aalen 1964); G. F. FALCHI, *Diritto penale romano (dottrine generali)*, Padova 1937², 198 ss.; L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, trad. ital. di R. ORESTANO, Milano 1938, 180 ss.; U. BRASIELLO, *Corso di Diritto romano. Atto illecito pena e risarcimento del danno*, Milano 1957, 223 ss.; D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht. Zur Geschichte der Scheidung von Schadensersatz und Privatstrafe*, Göttingen 1972; G. NEGRI, *Concorso delle azioni nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, III, Torino 1988, specialm. 262 s.; P. VOCI, *Azioni penali in concorso tra loro*, in *SDHI*, LXV (1999), 1 ss., ora in *Id.*, *Ultimi studi di diritto romano*, Napoli 2007, 243 ss.

⁽⁵⁾ L'analogia è sottolineata da P. VOCI, *Azioni penali*, cit., 246 s., il quale rileva peraltro come la terminologia adoperata dai giuristi romani per descrivere il fenomeno non risulti particolarmente rigorosa.

⁽⁶⁾ Oltre alle testimonianze esaminate nel testo, cfr.: D. 42, 1, 6, 2 (Ulp. 66 *ad ed.*); D. 47, 8, 2, 26 (Ulp. 56 *ad ed.*).

⁽⁷⁾ Ci riferiamo, evidentemente, alla pena pecuniaria introdotta dal pretore, in luogo dell'assai più aspro apparato sanzionatorio predisposto dalle XII Tavole: Gai. 3, 189.

⁽⁸⁾ In argomento si vedano, in particolare: P. HUVELIN, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain. I. Les sources*, Lyon-Paris 1915 (rist. Roma 1968), 661 ss.; F. DE VISSCHER, *Le "fur manifestus"*, in *RH*, 1 (1922), 442 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La repression du vol flagrant et du non flagrant*, in *Revue Al Qanoun Wal Iqtisad*, 2 (1932), 109 ss., ora in *Scritti di diritto romano*, II, Napoli 1974, 369 ss.; G. MACCORMACK, *Visus vel deprehensus: Inst. 4, 1, 3*, in *Collatio Iuris Romani. Études dédiées à H. Ankum à l'occasion de son 65^e anniversaire*, Amsterdam 1995, 275 ss.; L. PEPE, *Ricerche sul furto nelle XII Tavole e nel diritto attico*, Milano 2004, 63 ss.; M. A. FENOCCHIO, *Sulle tracce del delitto di furtum*, cit., 272 ss.

⁽⁹⁾ Un quadro d'insieme, per quanto non esaustivo, è delineato in Gai. 3, 184: *Manifestum furtum quidam id esse dixerunt, quod dum fit deprehenditur; alii vero ulterius, quod eo loco deprehenditur ubi fit, veluti si in oliveto olivarum, in vineto*

fosse stato *deprehensus*: vuoi, secondo una concezione verosimilmente più antica, mentre si trovava in possesso della refurtiva⁽¹⁰⁾, vuoi nel compimento dell'atto o meglio nei suoi momenti iniziali variamente individuati⁽¹¹⁾. Solamente un'opinione minoritaria, già rigettata al tempo di Gaio e Pompo-

uvarum furtum factum est, quamdiu in eo oliveto aut vineo fur sit; aut si in domo furtum factum est, quamdiu in ea domo fur sit. alii adhuc ulterius eo usque manifestum furtum esse dixerunt, donec perferret eo quo perferre fur destinasset; alii adhuc ulterius, quandoque eam rem fur tenens visus fuerit; quae sententia non optinuit. sed et illorum sententia, qui existimaverunt, donec perferret eo quo fir destinasset, deprehensum furtum manifestum esse, ideo non videtur probari, quia magnam recipit dubitationem utrum unius diei an etiam plurium dierum spatio id terminandum sit. quod eo pertinet, quia saepe in aliis civitatibus subreptas res in alias civitates vel in alias provincias destinant fures perferre. ex duabus itaque superioribus opinionibus alterutra adprobatur; magis tamen plerique posteriorem probant.

⁽¹⁰⁾ Una simile concezione del *fur manifestus*, che secondo la ricostruzione di F. DE VISSCHER, *Le "fur manifestus"*, cit., 449 ss. e *passim*, doveva corrispondere a quella originaria, riemerge ancora nelle testimonianze dei giuristi classici. Anzitutto, viene in considerazione D. 47, 2, 3 pr. (Ulp. 41 ad Sab.), che – a giudizio dello stesso DE VISSCHER, *op. cit.*, 449 – potrebbe recare l'opinione di Sabino: *Fur est manifestus, quem Graeci ἐπ' αὐτοφόρῳ appellant, hoc est eum, qui deprehenditur cum furto*. Si veda inoltre D. 47, 2, 5 pr. (Ulp. 41 ad Sab.), ove è riferita l'opinione di Cassio: *Sive igitur in publico sive in privato deprehendatur, antequam ad locum destinatum rem perferret, in ea causa est, ut fur manifestus sit, si cum re furtiva deprehendatur: et ita Cassius scripsit*. I medesimi principi si riflettono inoltre nell'opinione di Giuliano, ancora una volta citata da Ulpiano in D. 47, 2, 3, 2 (Ulp. 41 ad Sab.): *Sed utrum ita demum fur sit manifestus, si in faciendo furto deprehendatur, an vero si alicubi fuerit deprehensus? et magis est, ut et Iulianus scripsit, etsi non ibi deprehendatur, ubi furtum fecit, adtamen esse furem manifestum, si cum re furtiva fuerit adprehensus, priusquam eo loci rem pertulerit, quo destinaverat*. Si ricava peraltro che i seguaci di questo orientamento, evidentemente al fine di limitare l'applicazione dell'*actio furti manifesti*, circoscrivevano l'ambito della flagranza al caso in cui il ladro – *deprehensus cum re furtiva* – non avesse ancora collocato la merce rubata nel luogo di destinazione.

⁽¹¹⁾ Tale concezione, che secondo F. DE VISSCHER, *Le "fur manifestus"*, cit., 455 ss., 466 ss. e *passim*, si ricollegerebbe all'avvento di una più astratta nozione di *furtum manifestum*, sembrerebbe anzitutto riferibile a Sabino, sulla scorta di GELL. 11. 18, 11: *Manifestum furtum est, ut ait Masurius, quod deprehenditur dum fit. Faciendi finis est cum perlatum est quo ferri coeperat*. Cfr. inoltre Gai. 1, 184: *Manifestum furtum quidam id esse dixerunt, quod dum fit deprehenditur ...*. D'altronde, poiché il furto si configurava come un delitto continuato, consistente in ripetuti atti di *contractatio*, si è avvertita l'esigenza di definire il momento ultimo, entro il quale considerare illecito *in fieri* e *manifestus fur* il ladro catturato. Alcuni giuristi, fra i quali Gaio, guardavano al fatto che costui si trovasse ancora sul luogo del delitto. Così Gai. 3, 184: *Manifestum furtum quidam id esse dixerunt ... alii vero ulterius, quod eo loco deprehenditur ubi fit, veluti si in oliveto olivarum, in vineto uvarum furtum factum est, quamdiu in eo oliveto aut vineo fur sit; aut si in domo furtum factum est, quamdiu in ea domo fur sit*. Inoltre, P. S. 2, 31, 2: *Manifestus fur est, qui in faciendo deprehensus est, et qui intra terminos eius loci, unde quid sustulerat, deprehensus est*. Sempre in questa direzione, D. 47, 2, 6 (Paul. 9 ad Sab.): *Quamvis enim saepe furtum contractando fiat, tamen initio, id est faciendi furti tempore constituere visum est, manifestus nec ne fur esset*.

nio, avrebbe ritenuto sufficiente l'avvistamento del ladro, anziché l'effettiva cattura⁽¹²⁾.

Ebbene, se è vero che il *raptor* rispondeva altresì di furto, si trattava dunque di considerare se egli potesse dirsi *fur manifestus* o *nec manifestus*. E, guardando alla testimonianze pervenuteci sul punto, sembrerebbero emergere – a prima vista – delle posizioni contrastanti.

Anzitutto, due passi di Paolo – nell'affrontare la questione del concorso fra *actio vi bonorum raptorum* e *actio furti* – parrebbero suggerire che il rapinatore si macchiasse propriamente di *furtum nec manifestum*⁽¹³⁾:

D. 47, 8, 1 (Paul. 22 *ad ed.*): Qui rem rapuit, et furti nec manifesti tenetur in duplum et vi bonorum raptorum in quadruplum. sed si ante actum sit vi bonorum raptorum, deneganda est furti: si ante furti actum est, non est illa deneganda, ut tamen id quod amplius in ea est consequatur.

D. 47, 2, 89 (88) (Paul. *l. sing. de concurr. act.*): Si quis egerit vi bonorum raptorum, etiam furti agere non potest: quod si furti elegerit in duplum agere, potest et vi bonorum raptorum agere sic, ut non excederet quadruplum.

(12) L'insuccesso di questa opinione si ricava, anzitutto, da Gai. 3, 184: *Manifestum furtum quidam id esse dixerunt ... alii adhuc ulterius, quandoque eam rem fur tenens visus fuerit; quae sententia non optinuit*. Inoltre, emerge pure da un passo di Ulpiano recante l'opinione di Pomponio, D. 47, 2, 7, 1 (Ulp. 41 *ad Sab.*): *Ibidem Pomponius eleganter scripsit deprehensione fieri manifestum furem; ceterum si, cum tibi furtum facere de domo tua, abscondisti te, ne te occidam, etiamsi vidisti furtum fieri, attamen non est manifestum*. Proseguendo nella lettura del successivo par. 2, parrebbe di capire che Celso ritenesse sufficiente, se non il semplice avvistamento, almeno l'inseguimento del *fur*: *Sed Celsus deprehensioni hoc etiam adicit, si, cum vidisset eum subripientem et ad comprehendendum eum accurrisses, abiecto furto effugit, furem manifestum esse*. Tuttavia, considerato che l'affermazione di Celso era condivisa da Ulpiano (contrario ad intendere il *deprehendere* nel senso di *videre*), è possibile che il giurista, in realtà, volesse significare altro: ossia che potesse considerarsi *manifestus fur* anche colui che – per il fatto di essere avvistato e inseguito – avesse abbandonato la refurtiva prima di essere catturato; vale a dire, colui che – pur essendo infine *deprehensus* – non fosse però trovato in possesso della refurtiva. In questo senso, G. MACCORMACK, *Visus vel deprehensus*, cit., 279.

(13) Secondo M. BALZARINI, *Ricerche*, cit., 438 s. e nt. 186, ciò risulterebbe particolarmente evidente da D. 47, 8, 1 (Paul. 22 *ad ed.*), mentre D. 47, 2, 89 (88) (Paul. *l. sing. de concurr. act.*) apparirebbe “più anodino, potendo essere interpretato sia nel medesimo senso del fr. 1 ... sia nel senso di un suo particolare riferimento a un caso di concorso tra *actio vi bonorum raptorum* e *actio furti nec manifesti*, il che non escluderebbe la possibilità di concorso tra *actio vi bonorum raptorum* e *actio furti manifesti*”. A noi sembra tuttavia che anche quest'ultima testimonianza rifletta fedelmente il caso e il principio di cui in D. 47, 8, 1. Difatti, le parole *quod si furti elegerit in duplum agere*, nel prospettare l'eventualità che l'attore scegliesse anzitutto di agire per furto, denotano che l'azione in discorso era pur sempre rappresentata dall'*actio furti nec manifesti*.

Si legge infatti che *qui rem rapuit* sarebbe stato soggetto sia all'*actio vi bonorum raptorum*, sia all'*actio furti nec manifesti*, secondo il principio dell'assorbimento della pena minore in quella maggiore. L'attore, in definitiva, non avrebbe potuto ottenere – in totale – più di quanto gli avrebbe accordato l'azione più favorevole. Così, quando avesse esperito per prima l'azione di rapina, *in quadruplum* entro l'anno⁽¹⁴⁾, l'azione di furto non flagrante, *in duplum*, doveva essere denegata⁽¹⁵⁾; viceversa, quando avesse agito anzitutto per furto, avrebbe potuto esperire anche l'*actio vi bonorum raptorum*, ma in modo da conseguire, tramite il secondo rimedio, solo quanto mancasse ad integrare la complessiva pena del quadruplo⁽¹⁶⁾.

All'opposto, la concezione del *raptor* quale *manifestus fur* parrebbe affermata in Papiniano D. 47, 2, 81 (80), 3, che ci sembra opportuno presentare, sin da ora, unitamente al successivo par. 4:

D. 47, 2, 81 (80), 3-4 (Pap. 12 *quaest.*): Cum raptor omnimodo furtum facit, manifestus fur existimandus est: 4. Is autem, cuius dolo fuerit raptum, furti quidem non tenebitur, sed vi bonorum raptorum.

Ebbene, questa supposta discordanza, fra le testimonianze in esame, ha dato luogo a differenti tentativi di spiegazione.

⁽¹⁴⁾ L'*actio vi bonorum raptorum*, infatti, oltre l'anno era accordata *in simplicum*: Gai. 3, 209; Inst. 4, 2 *pr.*

⁽¹⁵⁾ In D. 47, 2, 89 (88) (Paul. *l. sing. de concurr. act.*), per meglio dire, si legge che l'attore, una volta esperita l'azione di rapina, non avrebbe potuto agire con quella di furto. Queste parole, tuttavia, non dovevano alludere alla consunzione civile dell'*actio furti*, ma – come si ricava da D. 47, 8, 1 (Paul. 22 *ad ed.*) – alla circostanza che tale azione sarebbe stata denegata dal pretore. In questo senso: E. LEVY, *Die Konkurrenz*, II.1, cit., 195 ss. (seguito da M. BALZARINI, *Ricerche*, cit., 438 s.), che suppone il passo rimaneggiato.

⁽¹⁶⁾ C'è da dire che una parte della dottrina ha ritenuto interpolata la parte finale di D. 47, 8, 1 (Paul. 22 *ad ed.*) e D. 47, 2, 89 (88) (Paul. *l. sing. de concurr. act.*), attribuendo dunque ai compilatori giustiniani l'introduzione del principio ivi enunciato. In questo senso, in particolare: I. ALIBRANDI, *Del concorso delle azioni*, cit., 199; EISELE, *Zur Lehre*, II, cit., 351, 379, 391 ss.; C. FERRINI, *Esposizione*, cit., 139 nt. 4; B. BIONDI, *La compensazione nel diritto romano*, Cortona 1927, 298 ss.; L. VACCA, *Ricerche*, cit., 130 ss. (ma, con diverso orientamento, EAD., *Delitti privati e azioni penali nel principato*, in ANRW, II.14, Berlin – New York 1982, 699 nt. 52). Altri studiosi invece, al di là del possibile rimaneggiamento formale dei passi in discorso, hanno sostenuto la classicità della regola da essi enunciata (E. LEVY, *Die Konkurrenz*, II.1, cit., 194 ss., cui aderisce M. BALZARINI, *Ricerche*, cit., 438 s.; U. BRASIELLO, *Corso di diritto romano*, cit., 232 ss.), nonché la sua specifica riferibilità al pensiero di Paolo: P. VOCI, *Azioni penali*, cit., 7 ss. In effetti, la circostanza che essa risulti affermata sempre e solo nei passi di Paolo – D. 44, 7, 34 *pr.* (Paul. *l. sing. de concurr. act.*); D. 44, 7, 41, 1 (Paul. 22 *ad ed.*); D. 47, 7, 1 (Paul. 9 *ad Sab.*) – depone a favore di quest'ultima opinione.

2. – In primo luogo, muovendo dalla considerazione che il *raptor* – ricorrendo alla violenza – dovesse riuscire verosimilmente a fuggire, si è ritenuta senz'altro pertinente l'assimilazione al *fur nec manifestus* che sembrerebbe emergere dai passi di Paolo⁽¹⁷⁾. Viceversa, l'affermazione di Papiniano, nell'enunciare l'opposto principio, avrebbe sottinteso una particolare concezione della flagranza. Il giurista, per meglio dire, aderendo all'orientamento minoritario che riteneva sufficiente il semplice avvistamento del ladro, anziché l'effettiva cattura⁽¹⁸⁾, avrebbe considerato il *raptor* quale *manifestus fur* per il fatto di operare pubblicamente, e dunque di essere "visto" nel compimento dell'illecito⁽¹⁹⁾. Tale lettura, tuttavia, non è parsa coerente con il tenore del passo⁽²⁰⁾ né risulta probabile che l'orientamento in discorso, già respinto all'epoca di Gaio e di Pomponio, potesse essere professato dal giurista severiano.

In alternativa, si è ipotizzato che la posizione "anomala" espressa da Papiniano presupponesse l'accoglimento di un'opinione volgare, incline a differenziare i delitti in base alla gravità della pena, sulla scorta della relativa *atrocitas*⁽²¹⁾. Proprio i caratteri comuni dell'*atrocitas*, e della conseguente sanzione nel quadruplo, avrebbero collegato la rapina al *furtum manifestum* e indotto ad assimilare il *raptor* al *manifestus fur*⁽²²⁾. Neppure tale interpretazione, tuttavia, sembrerebbe trovare conforto nelle parole del frammento; inoltre, l'attribuzione di una particolare *atrocitas* alla fattispecie del *furtum*

⁽¹⁷⁾ TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899 (rist. Graz 1955), 661 nt. 1. Cfr. anche R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, II, Paris 1954² (rist. Aalen 1977), 62 s.

⁽¹⁸⁾ V. *retro*, nt 11.

⁽¹⁹⁾ TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., 661 nt. 1 e 750 nt. 6.

⁽²⁰⁾ F. DE VISSCHER, *Le "fur manifestus"*, cit., 512 nt. 1, il quale osserva "L'interprétation que Mommsen ... donne de ce texte paraît quelque peu inexacte. Ce n'est pas sur la publicité de la rapina que Papinien se fonde pour assimiler le raptor au fur m. mais sur le seul fait que le raptor commet nécessairement un vol (*omnimodo furtum facit*"). Si mostrano analogamente critici, rispetto all'opinione dell'illustre studioso: V. ARANGIO-RUIZ, *La repression du vol flagrant et du non flagrant*, cit., 393 nt. 4 e L. VACCA, *Ricerche*, cit., 127 e nt. 75.

⁽²¹⁾ F. DE VISSCHER, *Le "fur manifestus"*, cit., 511 s. Questa concezione, già manifestatasi in Gell. 20, 1, 8, ove l'audacia del ladro flagrante appare giustificare la sua pesante sanzione, si delineerebbe inoltre in D. 48, 19, 16, 6 (Claud. Saturn. *l. sing. de poen. pagan.*): *Qualitate, cum factum vel atrocius vel levius est: ut furta manifesta a nec manifestis discerni solent, rixae a grassaturis, expilationes a furtis, petulantia a violentia ...*.

⁽²²⁾ Si veda, in particolare, F. DE VISSCHER, *Le "fur manifestus"*, cit., 512 nt. 1: "Le raisonnement de Papinien est celui-ci: tout raptor commet un furtum, donc c'est un fur manifestus. Cela suppose une qualité delictuelle commune à la rapina et au furtum m.: ce ne peut être que l'*atrocitas facti*".

manifestum non è parsa giuridicamente fondata, né facilmente riferibile al pensiero papiniano⁽²³⁾.

Sul fronte opposto, non è mancato chi ha ritenuto che il *raptor* – proprio per il fatto di essere direttamente visto e immediatamente identificato – avrebbe senz'altro realizzato un furto manifesto, come si apprenderebbe da Papiniano D. 47, 2, 81, 3⁽²⁴⁾. Tale prospettiva, tuttavia, oltre a non tenere conto delle testimonianze di Paolo che si collocano in direzione inversa, appare decisamente in contrasto con la nozione di flagranza correntemente seguita in epoca classica, imperniata sulla *deprehensio* del *fur*, e non sulla sua immediata identificabilità. Perciò, a ragione, è stata decisamente respinta⁽²⁵⁾.

Altri studiosi hanno infine considerato che il rapinatore, a seconda dei casi, potesse qualificarsi sia come *fur nec manifestus*, se sfuggito alla cattura, sia come *fur manifestus, se deprehensus*⁽²⁶⁾. Difatti, la circostanza che costui facesse uso della violenza, se in molti casi poteva agevolare la fuga, non avrebbe però escluso a priori la sua cattura, da parte della stessa vittima riavutasi nel frattempo, o magari ad opera dei vicini accorsi in aiuto.

Per quel che concerne le testimonianze di Paolo, ciò ha condotto a ritenere che esse – nel richiamare la disciplina del *furtum nec manifestum* – concernessero lo specifico caso del *raptor non deprehensus*, ipotesi certamente più comune nella pratica e maggiormente significativa nella riflessione giurisprudenziale⁽²⁷⁾. E si è anzi supposto che la generale identificazione del *raptor* con il *fur nec manifestus*, desumibile in particolare da D. 47, 2, 8, 1,

⁽²³⁾ In questo senso, V. ARANGIO-RUIZ, *lc. ult. cit.*; U. EBERT, *Die Geschichte des Edikts de hominibus armatis coactisve*, Heidelberg 1968, 102; M. BALZARINI, *Ricerche*, cit., 441 nt. 197 e L. VACCA, *Ricerche*, cit., 127 nt. 75. In effetti la cattura del ladro, che secondo l'opinione prevalente in epoca classica rendeva il furto flagrante, non comportava una particolare *audacia* dell'agente, né determinava una maggiore pericolosità di tale illecito, rispetto al caso del furto non flagrante.

⁽²⁴⁾ In particolare, H. NIEDERLÄNDER, *rec. a B. Albanese, La nozione del furtum fino a Nerazio (AUPA, 23, 1953)*, in *Iura*, 5 (1954), 348: "...Bei der gewaltsamen, offenen Wegnahme ist der Beweis regelmässig ein augenscheinlicher: der Räuber wird gesehen. Deshalb sagt Papinian mit Recht: *cum raptor omnimodo furtum facit, manifestus fur existimandus est* (D. 47. 2. 81. 3)". Cfr. inoltre J. M. KELLY, *Roman Litigation*, Oxford 1966, 163, nonché O. BEHREND, *Gesetz und Sprache*, cit., 232 e nt. 187.

⁽²⁵⁾ U. EBERT, *Die Geschichte*, cit., 101; M. BALZARINI, *Ricerche*, cit., 441.

⁽²⁶⁾ E. LEVY, *Die Konkurrenz*, II.1, cit., 195; V. ARANGIO-RUIZ, *La repression*, cit., 393 s.; U. EBERT, *Die Geschichte*, cit., 102; M. BALZARINI, *Ricerche*, cit., 439; L. VACCA, *Ricerche*, cit., 125 s., che tuttavia sottolinea come il caso corrente dovesse essere quello del *raptor* sfuggito alla cattura.

⁽²⁷⁾ Così E. LEVY, *Die Konkurrenz*, II.1, cit., 195 s.; M. BALZARINI, *Ricerche*, cit., 439; L. VACCA, *Ricerche*, cit., 126 s.

sia frutto di un successivo rimaneggiamento⁽²⁸⁾. Paolo, per meglio dire, avrebbe specificato il caso considerato affermando, per esempio, *qui rem rapuit <nec deprehensus fuit>*; i compilatori poi – eliminando ogni riferimento alla mancata *deprehensio* – avrebbero falsato la portata del frammento.

Quanto al passo di Papiniano in D. 47, 2, 81, 3, si è analogamente ritenuto che non potesse enunciare, in modo perentorio, l'identificazione del rapinatore con il ladro flagrante e che dovesse aver subito, anzi, una assai più grave alterazione.

Secondo un'opinione autorevolmente avanzata, il testo sarebbe stato rimaneggiato ad opera dei commissari giustinianeî⁽²⁹⁾ e ciò apparirebbe evidente estendendo la lettura al successivo par. 4: [*Cum*] *raptor omnimodo furtum facit [manifestus fur existimandus est]: 4. Is autem, cuius dolo fuerit raptus, furti quidem non tenetur, sed vi bonorum raptorum*. Il testo, così emendato, riacquisterebbe coerenza. Papiniano, al par. 3, non avrebbe affatto equiparato il *raptor* al *manifestus fur*, ma si sarebbe limitato a sottolineare che costui, in ogni caso, si considerava commettere furto; per poi precisare al par. 4 che il complice, al contrario, non risultava soggetto all'*actio furti*.

L'ipotesi dell'intervento compilatorio, tuttavia, non è parsa sorretta da sufficienti giustificazioni⁽³⁰⁾. Di qui il tentativo di pervenire ad una soluzione

⁽²⁸⁾ E. LEVY, *Die Konkurrenz*, II.1, cit., 195 s., seguito da M. BALZARINI, *Ricerche*, cit., 439 ss.

⁽²⁹⁾ V. ARANGIO-RUIZ, *La répression*, cit., 393 s. nt. 4. Inoltre, hanno ipotizzato l'interpolazione del passo, ma senza proporre la ricostruzione: E. LEVY, *Die Konkurrenz*, II.1, cit., 195 e nt. 2 e H. F. JOLOWICZ, *Digest XLVII.2 De furtis*, Cambridge 1940, 118, ad D. 47, 2, 81, 4. G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, II, Tübingen 1911, 87, ha suggerito un semplice miglioramento della forma, tramite l'eliminazione delle parole *cum* e *furtum facit*.

⁽³⁰⁾ Così, in particolare: M. BALZARINI, *Ricerche*, cit., 442 e ntt. 199 e 200; D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz*, cit., 164. Invero, Inst. 4, 1, 3 sembrerebbe estendere la nozione di *furtum manifestum* anche al caso del ladro semplicemente avvistato con la refurtiva, prima di giungere a destinazione:... *immo ulterius furtum manifestum extendendum est, quamdiu eam rem fur tenens visus vel deprehensus fuerit sive in publico sive in privato vel a domino vel ab alio, antequam eo pervenerit quo perferre ac deponete rem destinasset ...*. In argomento, G. MACCORMACK, *Visus vel deprehensus*, cit., 275 ss. Tuttavia, sempre ammesso che il brano in discorso riflettesse una nuova concezione della flagranza, non è corretto concludere che il *raptor* – per il fatto di venire sicuramente avvistato – si qualificasse ormai come *fur manifestus*, e che dunque D. 47, 2, 81 (80), 3 (Pap. 12 *quaest.*) sia stato interpolato allo scopo di introdurre questo nuovo principio. A parte il fatto che il rapinatore, in talune ipotesi, poteva anche non essere visto [per esempio, quando operasse all'interno di una casa deserta: D. 47, 2, 53 (52, 30) (Ulp. 38 *ad ed.*), su cui vedi *infra*], una simile prospettiva risulterebbe comunque inconciliabile con il permanere nel Digesto delle testimonianze paoline, che prospettano chiaramente il concorso fra azione di rapina e *actio furti nec manifesti*.

analoga supponendo una casuale alterazione del passo⁽³¹⁾: *Cum raptor omnimodo furtum facit, manifest[us]<e> fur existimandus est: Is autem, cuius dolo fuerit raptum, furti quidem non tenebitur, sed vi bonorum raptorum.*

Papiniano, dunque, non avrebbe affermato che il *raptor*, per il fatto di commettere comunque furto, *manifestus fur existimandus est*, bensì che *manifeste fur existimandus est*, ossia che doveva considerarsi “manifestamente” un ladro; per poi precisare che il complice, viceversa, non poteva essere tenuto con l’azione di furto, ma solo con l’*actio vi bonorum raptorum*⁽³²⁾. La lezione *manifestus* in luogo dell’originale *manifeste*, sarebbe addebitabile ad un errore dello scriba giustiniano, che male avrebbe interpretato la probabile abbreviazione del manoscritto.

In definitiva, il passo in questione – nella versione originale – non avrebbe affatto prospettato l’assimilazione del rapinatore al ladro flagrante, ma si sarebbe piuttosto occupato dell’esperibilità dell’*actio furti*, in caso di rapina, nei confronti dell’autore dell’illecito e del suo complice.

3. – Ebbene, rispetto alle opinioni da ultimo ricordate, ci sembra condivisibile la premessa, ossia il fatto che il rapinatore – stante la concezione classica della flagranza – venisse inteso sia come *fur manifestus*, sia come *fur nec manifestus*, a seconda che fosse catturato oppure no. Del resto, il possibile verificarsi di ambedue le eventualità emerge espressamente dalle Istituzioni giustiniane, ove si legge che l’*actio vi bonorum raptorum* sarebbe stata esperibile in ogni modo, *sive comprehendatur raptor in ipso delicto sive non*⁽³³⁾.

Inoltre, una conferma parrebbe implicitamente desumersi dal seguente brano ulpiano:

D. 47, 2, 53 (52, 30) (Ulp. 38 *ad ed.*): Si quis ex domo, in qua nemo erat, rapuerit, actione de bonis raptis in quadruplum convenietur, furti non manifesti, videlicet si nemo eum deprehenderit tollentem.

⁽³¹⁾ M. BALZARINI, *Ricerche*, cit., 441 s., la cui lettura è condivisa anche da L. VACCA, *Ricerche*, cit., 127 s. Secondo l’A., l’identificazione del *raptor* con il *fur manifestus*, oltre che non adeguatamente giustificata, mal si concilierebbe con l’argomentazione addotta dal giurista – *cum raptor omnimodo furtum facit* – la quale apparirebbe “in grado di giustificare la qualificazione del *raptor* come *fur*, ma non anche come *fur manifestus*”. Analogamente, anche il successivo par. 4, nell’affermare che il complice non soggiaceva all’azione di furto, non si troverebbe “per nulla in relazione con l’equiparazione del *raptor* al *fur manifestus*, ma solo, di nuovo, con la qualificazione del *raptor* come *fur*”.

⁽³²⁾ In questo senso anche L. VACCA, *Ricerche*, cit., 128, che così interpreta il complessivo senso del discorso di Papiniano: “il *raptor* pone in essere una fattispecie di furto (non interessa in questo caso stabilire se *manifestum* o *nec manifestum*); tuttavia colui che della rapina fu istigatore non è tenuto con l’*actio furti* ma solo con l’*actio vi bonorum raptorum*”.

⁽³³⁾ Inst. 4, 2 *pr.*

Perpetrata una rapina in una casa deserta, il giurista avrebbe ritenuto esperibile l'*actio vi bonorum raptorum* ⁽³⁴⁾, nonché l'*actio furti non manifesti* ⁽³⁵⁾, purché nessuno avesse catturato il *raptor* nell'atto di asportare la refurtiva: ... *videlicet si nemo eum deprehenderit tollentem*. Ebbene, proprio le parole conclusive ⁽³⁶⁾, nel prospettare il ricorso all'*actio furti non manifesti* qualora il rapinatore non fosse stato *deprehensus*, sembrerebbero suggerire che costui potesse essere altresì catturato, soggiacendo in tal caso – oltre che all'azione di rapina – all'*actio furti manifesti* ⁽³⁷⁾.

In questa luce, appare dunque plausibile che Paolo, in D. 47, 8, 1 e D. 47, 2, 89 (88), si riferisse propriamente al caso del rapinatore sfuggito alla cattura, considerato *fur nec manifestus* in quanto *non deprehensus*. Né ci sembra indispensabile supporre l'interpolazione della prima parte di D. 47, 8, 1, volta a sopprimere il rinvio alla mancata *deprehensio* del *fur*, giacché tale presupposto poteva essere dato per implicito.

Il fatto che il giurista, poi, abbia considerato questa particolare ipotesi non può solamente addebitarsi, a nostro avviso, alla sua maggiore frequenza nella pratica, o alla sua maggiore rilevanza nella riflessione dei giuristi, ma soprattutto alla peculiare prospettiva assunta nel contesto. Ambedue le testimonianze, infatti, concernevano il profilo del concorso di azioni penali, enunciando il principio dell'assorbimento della pena minore in quella maggiore ⁽³⁸⁾. E, in una simile prospettiva, veniva inevitabilmente in considerazione l'ipotesi del con-

⁽³⁴⁾ Invero, svolgendosi illecito in una casa deserta, e mancando dunque l'esercizio della violenza su persone, alcuni autori hanno ritenuto di espungere il riferimento all'*actio vi bonorum raptorum*: M. BALZARINI, *Ricerche*, cit., 440. Di contrario avviso L. VACCA, *Ricerche*, cit., 124 s., incline a ritenere che la concessione dell'*actio vi bonorum raptorum* si fondasse sulla violenza esercitata rispetto alle strutture dell'abitazione, per penetrare al suo interno.

⁽³⁵⁾ In luogo delle parole *furti non manifesti*, si è talvolta proposto di leggere *non furti manifesti*: O. LENEL, *Das Edictum perpetuum: eine Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig 1927³ (rist. Aalen 1985), 323 e nt. 5; E. LEVY, *Die Konkurrenz*, II.1, cit., 196 nt. 2. In ogni caso, anche ammettendo una simile lezione, dal nostro punto di vista il significato del passo rimarrebbe sostanzialmente invariato. Ulpiano avrebbe inteso sottolineare che il *raptor* non sarebbe stato soggetto all'*actio furti manifesti* (ma alla sola *actio vi bonorum raptorum*), quando per l'appunto fosse sfuggito alla cattura. E si ricaverrebbe pur sempre che all'apposto, se catturato, sarebbe stato soggetto a una simile azione.

⁽³⁶⁾ Va detto che le parole finali *videlicet ... tollentem* sono state talvolta considerate una spiegazione ridondante: V. ARANGIO-RUIZ, *La répression*, cit., 226 nt. 2. Contra, tuttavia, M. BALZARINI, *Ricerche*, cit., 440 nt. 193.

⁽³⁷⁾ In questo senso anche L. VACCA, *Ricerche*, cit., 125.

⁽³⁸⁾ D. 47, 8, 1 (Paul. 22 *ad ed.*), infatti, faceva parte di uno squarcio dal libro 22 *ad edictum* – insieme a D. 44, 7, 41 e a D. 47, 7, 11 – in cui si poneva l'accento su questo specifico profilo. Cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Leipzig 1889 (rist. Graz 1960), 1011 n. 367. Quanto a D. 47, 2, 89 (88) (Paul. *l. sing. de concurr. act.*), esso proveniva da un'opera espressamente dedicata al concorso di azioni.

corso fra *actio vi bonorum raptorum* e *actio furti nec manifesti*, che – coinvolgendo pene di diversa entità, rispettivamente nel quadruplo e nel doppio – ben si prestava ad esemplificare il principio in questione⁽³⁹⁾.

Per quel che concerne, invece, il frammento di Papiniano, D. 47, 2, 81 (80), 3-4, ci domandiamo se non sia possibile avanzare una lettura conservativa, che permetta di assegnare al passo un significato plausibile senza postularne l'alterazione, così da riferirlo effettivamente al rapporto fra rapina e furto flagrante.

4. – Guardando ai più antichi interpreti, un tentativo in questa direzione rimanda all'opera di Cuiacio⁽⁴⁰⁾.

Nella prospettiva dell'illustre umanista, posto che il rapinatore avrebbe potuto essere tanto *fur nec manifestus* (se sfuggito alla cattura), quanto *fur manifestus* (se catturato), l'affermazione di Papiniano non andrebbe interpretata in senso assoluto. Il giurista, cioè, non avrebbe inteso qualificare qualsivoglia *raptor* come *manifestus fur*, ma avrebbe fatto implicito riferimento al *raptor deprehensus*, catturato in flagrante. Egli, più propriamente, avrebbe inteso significare che costui sarebbe stato convenibile, di regola, mediante l'*actio furti manifesti* (salvo che l'attore non preferisse avvalersi dell'azione di rapina) perché questa appariva più adeguata nel caso di specie. L'azione di rapina, infatti, sarebbe stata propriamente introdotta in relazione al *raptor* sfuggito alla cattura, quale rimedio più grave rispetto all'*actio furti nec manifesti in duplum*, mentre rispetto al *raptor* catturato sarebbe stata sufficiente, ed anzi maggiormente congrua, l'azione di furto manifesto. Essa infatti, oltre a prevedere la medesima condanna in *quadruplum*, sarebbe stata per di più perpetua; mentre l'azione di rapina, oltre l'anno, avrebbe contemplato una pena in *simpulum*⁽⁴¹⁾.

⁽³⁹⁾ Secondo Paolo, come si ricorderà, in ogni caso la minor pena del doppio, discendente dall'*actio furti nec manifesti*, sarebbe rimasta assorbita nella pena del quadruplo derivante dall'azione di rapina. Sicché, esperita dapprima l'*actio vi bonorum raptorum*, l'azione di furto sarebbe stata denegata; intentata invece l'*actio furti nec manifesti*, l'azione di rapina sarebbe stata esperibile nei limiti del doppio, onde non superare la complessiva pena del quadruplo. Viceversa, l'ipotesi del concorso fra azione di rapina e di furto flagrante, entrambe con pena nel quadruplo, avrebbe assunto scarso rilievo: giacché, alla luce del suddetto principio, l'esperimento dell'una avrebbe semplicemente precluso l'esercizio dell'altra.

⁽⁴⁰⁾ In particolare: J. CUIACIO, *Commentaria accuratissima in Libros Quaestionum summi inter veteres jurisconsulti Aemilii Papiniani*, in *Opera*, ad Par. Fabrot. edit., IV, Prati 1837, in Lib. XII Quaest. Papin., ad L. LXXX de Furt., ad § cum raptor, col. 1062 ss. Inoltre, dello stesso CUIACIO: *Observationes et emendationes*, in *Opera*, ad Par. Fabrot. edit., I, Prati 1836, Lib. VI, Caput I, cap. II, col. 224; *Paratitla in Lib. IX Codicis Justiniani, Tit. XXXIII. De vi bonorum raptorum*, in *Opera*, ad Par. Fabrot. edit., VIII, Prati 1839, col. 1352; *Recitationes solemnes in Lib. VIII. Codicis. Ad Tit. VI. Unde vi*, in *Opera*, ad Par. Fabrot. edit., IX, Prati 1839, col. 1756 s.; *Recitationes solemnes in Lib. IX Codicis. Ad Tit. XXXIII. De vi bonorum raptorum*, in *Opera*, IX, cit., col. 2222 ss.

⁽⁴¹⁾ Gai. 3, 209.

Al successivo par. 4 risulterebbe quindi enunciato un principio “speculare”: difatti, mentre l'autore dell'illecito sarebbe stato di regola soggetto all'*actio furti manifesti* (anziché all'*actio vi bonorum raptorum*), il complice, all'opposto, non sarebbe stato convenibile mediante l'azione di furto (manifesto), bensì solamente mediante quella di rapina.

Ma lasciamo parlare Cuiacio: “Hic igitur eliciemus elegantissimam sententiam, eamque enodabimus aliis verbis magis perspicue. Raptor qui deprehensus est, tenetur furti manifesti, non vi bonorum raptorum ex edicto ... nisi actor leviori actione uti velit. Ex posteriori eliciamus: is cujus dolo alter rapuit, tenetur vi bon. rapt. non furti ...”.

Diciamo subito che questa lettura, per quanto non del tutto condivisibile, costituisce tuttavia il punto di partenza per approdare ad una possibile spiegazione del passo.

Rileggiamo, dunque:

D. 47, 2, 81 (80), 3-4 (Pap. 12 *quaest.*): Cum raptor omnimodo furtum facit, manifestus fur existimandus est: 4. Is autem, cuius dolo fuerit raptum, furti quidem non tenebitur, sed vi bonorum raptorum.

Anzitutto, anche noi siamo dell'avviso che l'affermazione papiniana di cui al par. 3 non debba essere intesa in senso assoluto, come se il giurista identificasse il *raptor*, in ogni caso, con il ladro flagrante. Più verosimilmente, egli doveva fare implicito riferimento alla specifica ipotesi in cui tale assimilazione – secondo il comune sentire – sarebbe stata pertinente, ossia quella in cui il *raptor* fosse stato *deprehensus*.

Riteniamo invece che il significato delle parole in discorso – *Cum raptor omnimodo furtum facit, manifestus fur existimandus est* – non sia del tutto conforme a quello prospettato da Cuiacio. Papiniano, infatti, non sembrerebbe constatare che il *raptor deprehensus* fosse ordinariamente considerato *manifestus fur*, e chiamato in giudizio con l'azione di furto manifesto anziché con quella di rapina. Semmai, sembrerebbe suggerire che costui – per il fatto di commettere comunque un furto – dovesse essere inteso alla stregua del ladro flagrante, e potesse essere convenuto – oltre che in forza dell'azione di rapina⁽⁴²⁾ – anche mediante l'*actio furti manifesti*⁽⁴³⁾.

⁽⁴²⁾ Nel par. 3 in discorso, invero, non si considera apertamente il concorso fra *actio furti manifesti* e azione di rapina; ma che questa fosse la prospettiva assunta dal giurista si può evincere dal successivo par. 4, ove, rispetto al caso del complice, si discute intorno all'applicabilità di ambedue le azioni.

⁽⁴³⁾ Del resto, l'*actio vi bonorum raptorum* – per quanto verosimilmente introdotta in relazione al *raptor non deprehensus*, non adeguatamente sanzionato dall'*actio furti nec manifesti* – risultava senz'altro esperibile anche nei confronti del rapinatore

Papiniano, forse, pensava addirittura al cumulo dei due rimedi⁽⁴⁴⁾, o forse, più plausibilmente, si premurava di suggerire il ricorso all'*actio furti manifesti* in un'ipotesi particolare, nella quale l'azione di rapina sarebbe risultata inadeguata: quando cioè si trattasse di agire oltre l'anno. In tale ipotesi, infatti, l'*actio vi bonorum raptorum* non avrebbe più contemplato una condanna in *quadruplum*, ma solamente in *simplum*⁽⁴⁵⁾; e solamente l'esercizio dell'*actio furti manifesti* avrebbe potuto assicurare all'attore il conseguimento del più elevato importo⁽⁴⁶⁾. Questa spiegazione, del resto, risulta altresì accreditata dagli interpreti bizantini, come si evince da uno scolio al corrispondente passo dei Basilici:

Sch. z. VII. 366. ὁ ἄρπαξ φανερός κλέπτης ἐστίν] *ad Bas.* 60, 12, 80, 3.4⁽⁴⁷⁾:
Καὶ ὑπόκειται τῇ φούρτι εἰς τὸ τετραπλοῦν διηνεκῶς, οὐ μὴν ἐντὸς ἐνὸς ἐνιαυτοῦ τῇ βὶ βονόρουμ ῥαπτόρουμ.

Quanto al successivo par. 4, siamo anche noi dell'opinione che Papiniano, nel sottolineare che il complice non soggiaceva all'*actio furti*, ma solamente all'*actio vi bonorum raptorum*, si riferisse pur sempre all'*actio furti manifesti*: per sottolineare come tale azione – senz'altro accordata contro l'autore dell'illecito – non sarebbe stata esperibile, invece, contro il suo complice.

Pensiamo anzi di avere rintracciato – alla base di tale affermazione – un principio enunciato da Paolo in materia di furto, secondo il quale il complice di tale illecito non avrebbe mai potuto considerarsi *manifestus fur*, e dunque

catturato: Inst. 4, 2 *pr.* Ed è probabile che la possibilità di avvalersi dell'azione di furto, anche in quest'ultima ipotesi, fosse ormai considerata in subordine: per l'appunto, *cum raptor omnimodo furtum facit*.

⁽⁴⁴⁾ Argomentando da D. 48, 5, 6 *pr.* (Pap. 1 *de adult.*), parrebbe di capire che Papiniano – riguardo al caso di una serva stuprata – propendesse per il cumulo di ben tre azioni penali: l'*actio legis Aquiliae*, l'*actio iniuriarum* e l'*actio servi corrupti*. Cfr. P. Voci, *Azioni penali*, cit., 6. Non sappiamo però se tale soluzione fosse legata alla particolare gravità della fattispecie oppure esprimesse un più generale orientamento del giurista.

⁽⁴⁵⁾ Gai. 3, 209; Inst. 4, 2 *pr.*

⁽⁴⁶⁾ In questo senso, anche A. MATTHAEUS, *De criminibus*, Neapoli 1772, 86. Nel diritto giustiniano, per di più, l'*actio vi bonorum raptorum* si annoverava tra le azioni miste. Pertanto, come si legge in Inst. 4, 2, *pr.*, nell'importo della condanna era altresì compresa la *rei persecutio* e la pena effettivamente intesa, in realtà, corrispondeva al triplo. Non di meno, alla luce dei passi del Digesto, essa rimaneva cumulabile con ulteriori azioni reipersecutorie, quali la *rei vindicatio* e la *condictio*: D. 13, 1, 10, 1 (Ulp. 38 *ad ed.*); D. 47, 8, 2, 26 (Ulp. 56 *ad ed.*).

⁽⁴⁷⁾ G. E. HEIMBACH, *Basilicorum Libri LX*, V, Lipsiae 1850, 528. Trad. lat.: 8) *raptor manifestus fur est] Et tenetur furti in quadruplum perpetuo; non intra unum annum solum vi bonorum raptorum.*

essere convenuto mediante l'azione di furto flagrante⁽⁴⁸⁾:

D. 47, 2, 34 (Paul. 9 *ad Sab.*): Is, qui opem furtum facienti fert, numquam manifestus est: itaque accidit, ut is quidem, qui opem tulit, furti nec manifesti, is autem, qui deprehensus est, ob eandem rem manifesti teneatur.

La corrispondenza fra le testimonianze di Papiniano e Paolo, sfuggita a Cuiacio, nonché, a nostra conoscenza, agli studiosi moderni che si sono occupati del tema, appare invece rilevata da un altro scolio al corrispondente brano dei Basilici, attribuito all'Agioteodorita⁽⁴⁹⁾:

Sch. οὐκ ἔστι κλέπτης, ἀλλ' ἄρπαξ] *ad Bas.* 60, 12, 80, 3.4⁽⁵⁰⁾: Τοῦ Αἰγιοθεοδ. ... ὁ γοῦν ποιήσας δόλον οὐκ ἔστι φανερός κλέπτης, κἂν ὁ ἄρπαξ ὠράθη ἢ συνεσχέθη, ἀλλ' ἄρπαξ ἦγουν ἀναιδῆς ἀφανῆς κλέπτης ἀναιδῆς γάρ ἐστι καὶ ὁ συνεργήσας ἀναιδῆς γενέσθαι ἀμάρτημα· ὡς γὰρ ὁ συνεργήσας κλέπτη κλέπτης μὲν ἐστίν, οὐ φανερός δὲ, κἂν αὐτὸς ὁ κλέπτης γένηται φανερός, οὕτως καὶ ὁ παρῶν ἄρπαξ μὲν ἐστίν, ἀφανῆς δὲ ἀναιδῆς κλέπτης, οὐ μὴν φανερός, ὡς μήτε ὀρασθεῖς, μήτε συσχεθεῖς.

Anche a giudizio dell'antico interprete, anzitutto, D. 47, 2, 81 (80), 4 (Pap. 12 *quaest.*) avrebbe affermato l'impossibilità di considerare *manifestus fur* (e non genericamente *fur*) il complice nella rapina, sebbene il *raptor*, ossia l'autore dell'illecito, fosse stato colto in flagrante. E la *ratio* di tale decisione sarebbe consistita, per l'appunto, nel principio enunciato in D. 47, 2, 34 (Paul. 9 *ad Sab.*). Come il complice di un furto sarebbe stato comunque *fur nec manifestus*, sebbene l'autore dell'illecito risultasse essere ladro flagrante, così il complice nella rapina sarebbe stato semplicemente *raptor*, ovvero *improbis fur nec manifestus*⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁸⁾ Sul passo, in particolare: P. FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, Milano 2005, 193 s., con ulteriore letteratura alla nt. 74.

⁽⁴⁹⁾ Sullo scoliaste bizantino, verosimilmente vissuto dopo la metà del XII secolo, cfr. G. E. HEIMBACH, *Basilicorum Libri LX*, VI, *Prolegomena et Manuale Basilicorum continens*, Lipsiae 1870, 215.

⁽⁵⁰⁾ G. E. HEIMBACH, *Basilicorum Libri LX*, V, cit., 529. Trad lat.: 9) *non est fur, sed raptor*] HAGIOTHEOD. ... *Qui igitur dolum fecit, non est fur manifestus, licet raptor visus vel comprehensus fuerit, sed raptor vel improbus fur nec manifestus: nam improbus est, qui opem tulit delicto improbo faciendo: ut enim is, qui opem furi tulit, fur est, nec tamen manifestus, quamvis ipse fur sit manifestus, sic et raptor quidem est, et improbus fur nec manifestus, nec vero manifestus, cum nec visus fuerit, nec comprehensus.*

⁽⁵¹⁾ C'è da dire che D. 47, 2, 81, 4 (Pap. 12 *quaest.*), in realtà, non giungeva a ritenere che il complice nella rapina potesse essere inteso quale *fur nec manifestus*. D'altronde, ciò che a Papiniano premeva di sottolineare era essenzialmente l'impossibilità di esperire contro costui l'*actio furti manifesti*, che sarebbe stata vantaggiosa rispetto a quella di rapina.

In questa luce, il significato complessivo di Papiniano D. 47, 2, 81, 3-4 potrebbe ricostruirsi nel modo seguente. Al par. 3 – *Cum raptor omnimodo furtum facit, manifestus fur existimandus est* – il giurista avrebbe enunciato l’opportunità di considerare il rapinatore (evidentemente *deprehensus*) quale *manifestus fur*, e dunque convenibile mediante l’*actio furti manifesti*, che avrebbe garantito, in particolare, una condanna nel quadruplo anche trascorso l’anno. Al par. 4 – *Is autem, cuius dolo fuerit raptum, furti quidem non tenebitur, sed vi bonorum raptorum* – avrebbe quindi sottolineato che la medesima azione – *actio furti manifesti* – non sarebbe stata esperibile, viceversa, nei confronti del complice. E ciò perché il complice, come si legge in D. 47, 2, 34 (Paul. 9 *ad Sab.*), *numquam manifestus est*.

Così interpretata, la testimonianza non risulterebbe incongruente, né si porrebbe in contrasto con i brani di Paolo sopra riportati. Papiniano, semplicemente, avrebbe affrontato una diversa questione, inerente al caso del *raptor deprehensus*: la possibilità di fare ricorso anche all’*actio furti manifesti*, più vantaggiosa rispetto a quella di rapina, nei confronti dell’autore dell’illecito ovvero del suo complice. E non si può neppure escludere che proprio l’esperibilità o meno di tale rimedio a sanzionare l’operato del complice, costituisse l’effettivo nodo della *quaestio*.

ABSTRACT

Two Paulus’ passages point out that the robber, as *improbis fur*, was allowed to be sued with the *actio furti nec manifesti* as well. Instead Papinianus, in D. 47, 2, 81 (80), (Pap. 12 *quaest.*), defines the *raptor manifestus fur*. In this essay the author asserts that the robber, according to the cases, was allowed to be *fur nec manifestus* or *fur manifestus* and that D. 47, 2, 81 (80), (Pap. 12 *quaest.*) was not radically altered, as some asserted. Principal texts: Gai. 3, 209; D. 47, 8, 1 (Paul. 22 *ad ed.*); D. 47, 2, 89 (88) (Paul. *l. sing. de concurr. act.*); D. 47, 2, 81 (80), 3-4 (Pap. 12 *quaest.*); D. 47, 2, 53 (52, 30) (Ulp. 38 *ad ed.*); D. 47, 2, 34 (Paul. 9 *ad Sab.*); Sch. z. VII. 366. ὁ ἄρπαξ φανερός κλέπτης ἐστίν], *ad Bas.* 60, 12, 80, 3.4; Sch. οὐκ ἔστι κλέπτης, ἀλλ’ ἄρπαξ] *ad Bas.* 60, 12, 80, 3.4.

Due passi di Paolo mostrano che il rapinatore, in quanto *improbis fur*, poteva essere chiamato in giudizio anche con l’*actio furti nec manifesti*. Papiniano invece, in D. 47, 2, 81 (80), (Pap. 12 *quaest.*), definisce il *raptor manifestus fur*. Nel saggio si sostiene che il rapinatore poteva essere, a seconda dei casi, *fur nec manifestus* o *fur manifestus* e che D. 47, 2, 81 (80), (Pap. 12 *quaest.*) non sarebbe stato radicalmente alterato, come si è affermato. Testi principali: Gai. 3, 209; D. 47, 8, 1 (Paul. 22 *ad ed.*); D. 47, 2, 89 (88) (Paul. *l. sing. de concurr. act.*); D. 47, 2, 81 (80), 3-4 (Pap. 12 *quaest.*); D. 47, 2, 53 (52, 30) (Ulp. 38 *ad ed.*); D. 47, 2, 34 (Paul. 9 *ad Sab.*); Sch. z. VII. 366. ὁ ἄρπαξ φανερός κλέπτης ἐστίν] *ad Bas.* 60, 12, 80, 3.4; Sch. οὐκ ἔστι κλέπτης, ἀλλ’ ἄρπαξ] *ad Bas.* 60, 12, 80, 3.4.

PAOLO VERONESI

SCIENZA E DIRITTO.
UN PERCORSO TRA I SENTIERI DELLA GIURISPRUDENZA
(SPECIE COSTITUZIONALE)

1. *Scienza e diritto: premesse e percorsi di un'analisi.*

Il tema dei rapporti tra scienza e diritto può essere esaminato seguendo strade molto diverse; in astratto, esso comprende l'analisi delle connessioni tra la scienza e il "potere", tra la scienza e la democrazia, tra la scienza e il legislatore, tra la scienza e il processo e così via.

Si tratta peraltro di un problema niente affatto nuovo e che anzi conosce significativi precedenti: già Galileo – meditando evidentemente su se stesso e la sua epoca – segnalava che i vertici della società sono preoccupati dalle innovazioni scientifiche poiché queste incrinano i loro poteri. Non a caso essi si ergono perciò come «giudici sopra gl'intelligenti» e li frenano. Le scoperte scientifiche sarebbero infatti «potenti a rovinare le repubbliche e sovvertire gli Stati»⁽¹⁾.

A distanza di secoli, qualcuno potrebbe addirittura sostenere che la prospettiva si sia completamente rovesciata: la politica e la democrazia, a prima vista, parrebbero oggi fortemente condizionate e quasi determinate dalla cosiddetta tecnoscienza⁽²⁾.

Una simile conclusione sarebbe però alquanto semplicistica; le controprove, infatti, non mancano⁽³⁾.

(1) Le citazioni sono tratte da Enrico Bellone, in *la Repubblica* del 30 luglio 2007.

(2) Si ragiona perciò di una società ormai scientificizzata, in cui la scienza e la tecnica non sono più una mera parte specializzata di essa, «perché sono, per così dire, la società stessa: una società in cui tutti i fenomeni sociali sono... strutturalmente gravidi di scientificità» [G. LIMONE, *La scienza contemporanea al confronto con le generazioni future*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino 2000, 1].

(3) Sulla via via più complessa interazione tra scienza e diritto, ove la prima non è sempre in grado di esprimere una posizione certa e incontrovertibile, mentre chi è chiamato a intervenire giuridicamente deve comunque scegliere la tesi da privilegiare

Per un esempio italiano, si pensi, in particolare, alle norme “ideologiche” della legge n. 40/2004, in materia di procreazione medicalmente assistita. E si veda altresì – su altro piano – la denuncia di Richard Carmona, alla scadenza del suo mandato di Capo del Servizio Sanitario U.S.A. Il divieto oppostogli dal potere politico di diffondere notizie relative alla ricerca sulle cellule staminali embrionali, sull’uso di contraccettivi e così via, pone in risalto un quadro di vera marginalizzazione di certa scienza per ragioni di tipo teologico, ideologico, politico⁽⁴⁾. In aggiunta, si valuti come qualificare il comportamento dell’amministrazione Bush, la quale si è premurata di diffondere la falsa notizia scientifica per cui le donne che si sottopongono a interruzione di gravidanza avranno, per certo, maggiori possibilità di sviluppare il cancro al seno. Nello stesso senso va collocata la recente pronuncia della Corte Suprema statunitense che ha dichiarato la legittimità del divieto di utilizzare una particolare tecnica abortiva, sebbene questo risulti fondato su dati scientifici del tutto controversi e minoritari ma chiaramente funzionali al sostegno delle tesi proprie ai gruppi cosiddetti *pro-life*⁽⁵⁾.

Per mettere in luce almeno taluni profili di questo quadro assai magmatico sono ovviamente possibili diversi approcci. Nella presente analisi si privilegerà peraltro una prospettiva casistica: si prenderanno cioè le mosse da alcune, emblematiche vicende giurisprudenziali e legislative per ricavarne uno “statuto” di certo parziale – uno “statuto tra gli statuti” insomma – dei rapporti tra scienza e diritto.

Si batteranno quindi taluni sentieri assai particolari in cui la scienza, variamente declinata, risulta strettamente connessa alla *quaestio* della ricerca della “verità” (o meglio, “delle verità”) nel diritto⁽⁶⁾: si tratti delle verità dei presupposti legislativi, delle conseguenti opzioni del legislatore o dell’amministrazione, delle decisioni processuali e via dicendo. In particolare, si darà spazio all’utilizzo che di queste coordinate opera la giurisprudenza. I diversi giudici, forse più di qualunque legislatore, sono appunto i soggetti maggiormente

in via normativa v. M. TALLACCHINI, *Stato di scienza? Tecnoscienza, policy e diritto*, in www.federalismi.it (8 settembre 2005).

⁽⁴⁾ Cfr. *la Repubblica* del 12 luglio 2007.

⁽⁵⁾ Sentenza 8 novembre 2006 – 18 aprile 2007, *Gonzales v. Carhart*. Cfr. la disamina di G. VACCARI, *Diritto, scienza e Costituzione. Tutela della salute e rilievo del dato scientifico nelle giurisprudenze costituzionali*, nel sito del *Forum Biodiritto 2008* (Università di Trento).

⁽⁶⁾ Il plurale richiamo “alle verità” non significa accedere a forme di relativismo sfrenato bensì implica senz’altro una critica a tesi che ragionano di verità assolute e indiscutibili. D’altro canto, però, «la verità legale non significa verità finta... È la verità umana, cioè la verità che gli uomini trovano procedendo umanamente alla ricerca, con le possibilità, i metodi e i modi che sono propri della condizione umana» (G. CAPOGRASSI, *Giudizio, processo, scienza, verità*, in *Opere*, V, Milano 1959, 66). Come avviene – a conti fatti – con la verità scientifica.

impegnati su questo terreno; essi devono infatti esprimersi in modo razionale e motivato sui vari problemi di volta in volta sottesi alle fattispecie da decidere; non devono invece, come spesso accade ai legislatori, ammiccare a una parte politica o alle *lobbies* che li sostengono. Al contrario, i giudici devono esprimersi su “fatti”, qualificandoli e giudicandoli; se si tratta poi della Corte costituzionale, sempre su “fatti normativi” o “tipizzati” essa, in definitiva, si esprime⁽⁷⁾.

Quali tracce andranno dunque valorizzate?

In prima battuta ci s’interrogherà circa i rapporti tra la scienza e la Corte costituzionale; si tenterà cioè di stabilire come la Corte abbia talvolta giudicato della legittimità costituzionale di atti normativi che si riferiscono alla scienza o che si fondano su premesse dichiaratamente scientifiche.

Le domande che ci si porrà sono sostanzialmente le seguenti: fino a che punto la Corte si spinge a valutare la discrezionalità del legislatore con riguardo a scelte normative che presuppongono conoscenze scientifiche? Quale “intensità” assume (almeno in talune sue significative pronunce) il richiamo alla “scienza”? Quest’ultimo è adeguatamente argomentato, solo menzionato, ridotto al rango del “senso comune”, di una “massima d’esperienza” o che altro?

In seconda battuta, l’analisi si concentrerà sui rapporti che intercorrono tra la scienza e le decisioni di giudici appartenenti a ben diverse tipologie. Giudici che – e ciò vale soprattutto per il diritto penale – si devono più di preciso esprimere – diversamente da quanto accade per la Consulta – sullo *specifico* “fatto” contestato e le sue pieghe. Giudici per i quali la scienza costituisce dunque uno strumento essenziale ai fini dell’esatta ricostruzione della fattispecie concreta. In tal caso i giudici divengono cioè una sorta di “scienziati della fattispecie concreta” che reclama giustizia⁽⁸⁾. Come, dunque, la scienza interviene o può agire nella precisa ricostruzione del “nesso causale” e della “verità processuale” in materia penale? E quale peso deve avere la scienza nel diritto processuale di un ordinamento democratico? Infine, che rapporti intercorrono tra un simile uso del dato scientifico e quanto traspare invece dalle pronunce costituzionali?

⁽⁷⁾ Sul ruolo del “fatto” nel giudizio di legittimità costituzionale e sulla sua utilità per comprendere il significato delle norme di volta in volta in discussione v. A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e sui conflitti*, in *Giur. cost.* 1978, I, 1341.

⁽⁸⁾ Un efficace esempio in tal senso può ricavarsi da una recente sperimentazione dell’Università di Tor Vergata. I ricercatori hanno rintracciato tutte le mutazioni avvenute nel virus dell’HIV presente nei bambini libici che le autorità di quel Paese hanno affermato essere stati infettati da alcune infermiere bulgare, per questo inizialmente condannate a morte e comunque reclusi per lunghi anni. Si è così dimostrato che l’infezione era invece comparsa nell’ospedale di Bengasi ben prima che vi giungessero le operatrici incriminate. Si verserebbe perciò in un classico caso di assenza del “nesso causale”, oltre che dello stesso “fatto”. Cfr. *la Repubblica* del 12 luglio 2007.

Trascolorando, il tema interessa però anche i giudizi civili. Si ricade con ciò nell'ambito della "vecchia questione" se il processo civile debba o meno (e quindi, possa o non possa) mirare al conseguimento di un esito veritiero sui fatti di causa. Con le ricadute che ciò comporta sul fronte del ruolo rivestito dalla "prova scientifica" in tali giudizi (non ridotta, cioè, a un mero espediente retorico tra gli altri)⁽⁹⁾.

Da ultimo, il tema investe anche i giudici amministrativi, i quali – invece – tradizionalmente assumevano l'insindacabilità delle opzioni "scientifiche" adottate dall'amministrazione, salvo poi verificare la tenuta, la coerenza e l'adeguata motivazione "interna" dei provvedimenti adottati da quest'ultima, così assimilando la soluzione della controversia tecnico-scientifica alla regola di giudizio sul fatto in un sindacato di Cassazione. Più di recente i giudici amministrativi hanno però rilevato come l'inesattezza delle soluzioni tecnico-scientifiche accolte dall'amministrazione possa investire la stessa legittimità degli atti che ne conseguono⁽¹⁰⁾. E ciò apre senz'altro le porte a forme di sindacato assai più penetranti rispetto a quelle già praticate in passato. In concreto, tale esigenza non è spesso andata oltre i canoni della stretta "ragionevolezza" e della "verifica sulla competenza"; finora, essa non ha quindi messo davvero in luce (o contestato) la concreta attendibilità scientifica delle scelte dell'Amministrazione. Da qui la critica allo scarso uso delle consulenze tecniche e alla mancanza di un'effettiva valutazione in concreto delle conoscenze scientifiche assunte dall'Amministrazione⁽¹¹⁾.

⁽⁹⁾ Sul tema si v., in particolare, M. TARUFFO, *La prova scientifica nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2005, 1079 s.

⁽¹⁰⁾ Si rinvia alla ricostruzione di A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.* 2004, 439 s. Sul punto cfr. anche A. VENTURI, *Questioni tecnico-scientifiche e tutela delle posizioni giuridiche*, in *Quad. cost.* 2006, 527 ss.

⁽¹¹⁾ Es. T.A.R. Lazio, sez. I, 27 ottobre 2004, n. 14477, sul mais transgenico, citato da A. VENTURI, *Questioni tecnico-scientifiche e tutela delle posizioni giuridiche*, in *Quad. cost.* 2006, p. 528 ss.: nel caso, si impugnava il d.P.C.M. 4 agosto 2000, con cui era stata cautelativamente sospesa la commercializzazione in atto da oltre due anni (senza nessuna segnalazione negativa) di alimenti derivanti da mais transgenico. A seguito del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, questa sanciva che il principio di precauzione non legittima l'adozione di misure protettive statali fondate su supposizioni non scientificamente fondate che affermino l'esistenza di eventuali rischi per la salute umana o per l'ambiente. Occorre invece che l'Amministrazione compia una ponderazione tra gli interessi coinvolti. Il giudice del rinvio disponeva perciò l'integrazione dell'istruttoria. Non richiedeva invece una consulenza d'ufficio (mentre un recente orientamento vi pare ricorrere con maggiore facilità) rivolgendosi invece alla verifica tecnica affidata al Presidente dell'Istituto Superiore di Sanità in contraddittorio con altri esperti. Ci si è affidati quindi e ancora a un altro organo dell'Amministrazione. Tuttavia il quesito formulato agli esperti aveva come esito quello di «spianare la strada a un controllo pieno da parte del giudice» (p. 531). In base a ciò, il giudice decideva nel senso che, «attualmente», non risulterebbero rischi

Profili e osservazioni che, come vedremo, accompagnano anche la giurisprudenza costituzionale.

2. *La scienza e la Corte costituzionale. La “presunzione favorevole” al legislatore.*

In linea con quanto appena rammentato, si afferma spesso che nella giurisprudenza costituzionale sembrerebbe vigere una sorta di «presunzione favorevole» circa le valutazioni e le diagnosi scientifico-fattuali operate dal legislatore⁽¹²⁾. Su questo terreno la Corte procede quindi con i “piedi di piombo”.

In tal senso militano una serie di significative pronunce.

Si pensi, in particolare, alla sent. n. 21/1964, in cui la Corte si esprime sulla legittimità delle norme che vietano il lavoro notturno dei fornai⁽¹³⁾. Le *rationes* originarie del divieto, identificate dalla stessa Corte, sono sostanzialmente due: prevenire i danni alla salute dei lavoratori oltre che le altrimenti gravi difficoltà a controllare l'osservanza dei precetti igienici relativi al procedimento di panificazione. La Corte riconosce senz'altro che, «sulla base delle nuove acquisizioni della scienza e della tecnica», esistono di certo «mezzi di controllo sulla confezione del pane e sulla buona condizione igienica degli ingredienti, efficienti in pieno anche se la panificazione avvenga in ore notturne». Tuttavia, essa ribadisce che «il legislatore – e solo il legislatore – potrebbe valutare» queste nuove possibilità «per eventuali modificazioni della disciplina vigente». Nel frattempo, la normativa mantiene quindi una sua residuale ragionevolezza e il giudizio perciò si conclude con una pronuncia di rigetto.

Non dissimile appare l'*iter* logico messo in campo dalla Corte nella sent. n. 124/1970. La Consulta ritiene certamente che «la diffidenza verso la perizia psicologica sia discutibile di fronte allo sviluppo degli studi moderni sulla psiche ed è auspicabile che la norma sia aggiornata»⁽¹⁴⁾. L'auspicio non la

per la salute umana o animale legati all'uso di prodotti contenenti tracce di proteine di mais transgenico, tali da giustificare la misura governativa (p. 531).

⁽¹²⁾ R. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, Torino 2005, 6. Afferma invece che, di fronte a questioni scientifiche controverse, la Corte, in linea di massima, non esita a intervenire, M. ANIS, *Le questioni scientifiche controverse nella giurisprudenza costituzionale*, ivi, 24.

⁽¹³⁾ Legge n. 105/1908.

⁽¹⁴⁾ L'art. 314, comma 2, c.p.p. 1930 – come, del resto, l'attuale art. 220 c.p.p. – vietava infatti le perizie miranti a stabilire «la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche».

induce tuttavia a una conclusione diversa dal fatto che «l'esame della Corte non potrebbe spingersi così a fondo», sino a pronunciare «un giudizio di merito sull'utilizzabilità processuale di una scienza». Anche in questa circostanza l'esito è perciò nel senso dell'infondatezza della *quaestio*.

Ancora, con riguardo alla disciplina delle assunzioni obbligatorie degli invalidi civili affetti da sole menomazioni fisiche e non già psichiche, la Corte mette opportunamente in luce la parzialità della scelta, sottolineando come la scienza abbia evidenziato le variegate, complesse «intersezioni e le interconnessioni, non sempre sceverabili, tra inabilità fisica e minorazioni d'ordine psichico». Tuttavia, essa conclude nel senso che solo il legislatore potrebbe razionalmente intervenire, «operando valide e meditate scelte normative, sulla base degli opportuni rilevamenti e apprezzamenti tecnici»⁽¹⁵⁾. Insomma, troppo complicato, per la Corte, discernere caso da caso, patologia da patologia; essa non ne avrebbe gli strumenti né la competenza. Solo gli esperti, nonché la conseguente discrezionalità del legislatore, potrebbero scientemente operare in materia. Il giudizio si conclude perciò con una decisione d'inammissibilità.

Un'altra modalità d'argomentazione – comunque nel segno di un'ancora più smaccata “presunzione favorevole” al legislatore – affiora dalla sent. n. 188/1982: di fronte all'impugnazione della scelta legislativa di equiparare la sanzione penale di due diverse tipologie di sofisticazione dei vini, la Corte – da un lato – imputa ai remittenti di non addurre argomentazioni sufficienti circa l'affermata e diversa gravità delle due ipotesi di reato (giudicando tale tesi «apodittica» e «soggettiva»), mentre – dall'altro – essa afferma che «non può ritenersi» che il legislatore delegato, disponendo di «organi tecnici altamente qualificati» (aventi «il compito istituzionale della raccolta ed elaborazione di tutti gli elementi utili»), «abbia optato per l'equivalenza sul piano penale dei due fatti, senza la previa ponderazione dei disparati profili che interessano la materia», tra i quali il «progresso delle tecniche chimico-biologiche» (richiamate nella Relazione del Ministro dell'agricoltura).

Il *favor* e la fiducia aprioristica nei confronti del legislatore non potrebbero essere più espliciti, benché di certo agevolati, nel caso, dall'infelice “tecnica d'attacco” del giudice⁽¹⁶⁾.

È chiaro che, allorché imbocca tali strade, la Corte non concede nessuno spazio per un effettivo e puntuale riesame delle scelte legislative, ossia per

⁽¹⁵⁾ V. la sent. n. 52/1985, in cui è impugnato l'art. 5, legge n. 482/1968. Simile negli esiti è anche l'ord. n. 88/2001 (ove si chiede alla Corte di plasmare misure alternative di cura del malato di mente anche alla luce delle «recenti acquisizioni della scienza») e la sent. n. 22/1967.

⁽¹⁶⁾ Cfr. T. GIOVANNETTI, *Biotecnologie e sicurezza alimentare: la tutela della salute del consumatore tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia della C.E.*, in A. D'ALIOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, cit., 332.

un'attenta analisi dei loro presupposti scientifici. Queste opzioni "o non possono non essere corrette", secondo l'atteggiamento fideistico (e quindi sempre criticabile) della sent. n. 188, o non sono comunque sindacabili nel "merito", divenendo perciò il frutto di un inattaccabile riparto di competenze che trova le sue radici in Costituzione (come nella sent. n. 124/1970). Esse vanno quindi rimesse *sic et simpliciter* alle scelte del legislatore (sent. n. 21/1964), tanto più quando occorrerebbe altrimenti districarsi in un meandro di casi, sottocasi ed eventualità che non spetta senz'altro alla Corte sbrogliare né tanto meno disciplinare (sent. n. 52/1985).

3. Quando la Corte verifica l'opzione scientifica del legislatore.

Ciò tuttavia non significa che alla Corte sia precluso ogni forma di controllo in tal senso. In altre pronunce essa anzi delinea le condizioni di un suo possibile sindacato sulla discrezionalità del legislatore che incida su questioni scientifiche più o meno controverse.

A tal riguardo, la "sentenza-manifesto" è senz'altro la n. 114/1998.

Nella circostanza, il giudice *a quo* impugna gli artt. 94 e 95 c.p. contestando la validità scientifica della qui prevista distinzione tra l'"abitualità" nell'ubriachezza e nell'uso di sostanze stupefacenti (per la quale è previsto un aggravamento della pena) e la "cronica" intossicazione da alcool e droghe (che, all'opposto, si traduce in una causa non imputabilità). Il rimettente porta anzi a supporto della sua tesi puntuali e diffuse considerazioni della scienza medico-legale, condivise dal perito d'ufficio (che, tra l'altro, ha dichiarato non potersi giudicare, nello specifico caso, se l'imputato versasse davvero nell'una o nell'altra condizione). Il Pretore respinge perciò il diritto vivente, fondato su presupposti non condivisi dalla scienza medico-legale, desumendone l'irragionevolezza della scelta normativa.

È in questo contesto che la Corte precisa quale sia la cornice entro la quale essa può svolgere il suo sindacato. La Corte non esclude affatto, aprioristicamente, un *sindacato di ragionevolezza* su scelte legislative che si pongano «in contrasto con quelli che ne dovrebbero essere i *sicuri riferimenti scientifici* o la *forte rispondenza alla realtà* delle situazioni che il legislatore ha inteso definire»⁽¹⁷⁾. E qui la Corte sottolinea il rilievo che specifici "fatti" possono acquistare, specie nel diritto penale, «per le conseguenze che ne discendono sia per la libertà dei singoli che per la tutela della collettività». «Tuttavia, perché si possa pervenire ad una declaratoria di illegittimità costituzionale occorre che *i dati* sui quali la legge riposa *siano incontrovertibilmente erronei* o

(17) Corsivi non testuali.

raggiungano un tale livello di indeterminatezza da non consentire in alcun modo un'interpretazione ed un'applicazione razionali da parte del giudice»⁽¹⁸⁾ (ossia solo se, tra l'altro, un'interpretazione conforme a Costituzione non risulti in alcun modo possibile). In questo passaggio la Corte pare perciò accogliere e rielaborare una massima propria della giurisprudenza tedesca; l'idea cioè che «la presunzione di verità» operi a favore del legislatore «solo sin dove fondamenti empirici, considerazioni e valutazioni non siano smentiti» in concreto⁽¹⁹⁾.

Nella specifica circostanza, la Corte ammette dunque che «la disciplina legislativa vigente per la materia non trova nella dottrina psichiatrica e medico-legale una base sicura». Analoghe critiche riscontra nella più recente dottrina penalistica, che avrebbe messo in dubbio l'assimilazione tra gli effetti dell'alcoolismo e delle tossicodipendenze, sottolineando altresì la difficoltà delle relative diagnosi, oltre alla pressoché certa impossibilità di stabilire in quale stato davvero versasse l'imputato al momento del fatto. Ciononostante, il sistema vigente in materia di imputabilità e semiimputabilità dell'alcooldipendente e del tossicodipendente «non presenta il carattere di palese irragionevolezza»⁽²⁰⁾. I criteri individuati dalla giurisprudenza per interpretare (conformemente alla Costituzione) le due diverse fattispecie suffragano e rendono quindi possibile, ad avviso della Corte, tale conclusione: così, per lo stato di malattia cronica «occorre un'alterazione non transitoria» dell'equilibrio biochimico del soggetto «tale da determinare un vero e proprio stato patologico psicofisico dell'imputato», oltre che una «non transitoria alterazione dei processi intellettivi e volitivi». L'accertamento dell'imputabilità viene quindi «deviato» verso il più usuale concetto di «infermità»⁽²¹⁾ e dunque collocato nell'area del «vizio di mente»⁽²²⁾. In ultima analisi, a questo assetto argomentativo consegue insomma la giustificazione scientifico-giuridica della scelta

⁽¹⁸⁾ Punto 4 del *Considerato in diritto*. Corsivo non testuale. Un'altra pronuncia in cui è ribadito un simile principio è, ad esempio, la n. 170/1982: in essa la Corte sancisce che spetta al legislatore valutare la nocività delle droghe, ma è ad essa possibile sindacare l'«evidente arbitrarietà» della relativa scelta. Si v. altresì l'ord. n. 342/2006 (in tema d'indennizzo per i danni irreversibili provocati da epatiti post-trasfusionali). Nella sent. n. 518/2000 la Corte lascia poi intendere che l'incriminazione dell'incesto, ove si fondasse su ragioni di carattere eugenetico, sarebbe incostituzionale in quanto il dato è assai controverso sul piano scientifico. Su questi ultimi casi cfr. G. VACCARI, *I fatti scientifici nella giurisprudenza costituzionale. Il caso del diritto alla salute*, Tesi di Dottorato in Diritto costituzionale – Università degli Studi di Ferrara, 2009, 59 e note 279 e 280.

⁽¹⁹⁾ Lo sottolinea R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano 1992, 331 s.

⁽²⁰⁾ Punto 5 del *Considerato in diritto*. Corsivo non testuale.

⁽²¹⁾ Punto 6 del *Considerato in diritto*.

⁽²²⁾ Punto 8 del *Considerato in diritto*.

legislativa di distinguere l'ubriachezza (o l'assunzione di stupefacenti) acuta, abituale e cronica⁽²³⁾.

Sulla stessa linea, una possibile questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto le erronee basi scientifiche di una (contestata) scelta legislativa è coerentemente suggerita dalla Corte nella sent. n. 307/2003 (in tema di emissioni elettromagnetiche)⁽²⁴⁾. Si trova qui affermato che «la fissazione a livello nazionale dei livelli-soglia, non derogabili dalle Regioni nemmeno in senso più restrittivo, rappresenta il punto di equilibrio fra le esigenze contrapposte di evitare al massimo l'impatto delle emissioni elettromagnetiche, e di realizzare impianti necessari al paese»⁽²⁵⁾; tuttavia – nello stesso luogo – essa avverte che «la determinazione delle soglie deve risultare fondata sulle conoscenze scientifiche ed essere tale da non pregiudicare il valore protetto», così prefigurando – in astratto – possibili sindacati di legittimità.

4. *Segue: un approccio "relativista" tra le esigenze della scienza e del diritto.*

Da quanto sinteticamente precede è possibile trarre qualche insegnamento (e proporre altresì qualche prognosi).

Innanzitutto, la Corte ritiene che un suo puntuale sindacato sui presupposti scientifici delle scelte legislative sia ammesso, di fatto, solo in ipotesi residuali ed estreme, che emergano cioè *prima facie*⁽²⁶⁾. Anche da questo discende la pressoché totale sterilizzazione, da parte della Corte, dei suoi poteri istruttori: non ce n'è praticamente bisogno in tali (esorbitanti) vicende. È quindi per lo più idoneo il richiamo a massime d'esperienza o a conoscenze comunque diffuse (al limite, a non dichiarate conoscenze personali, amicali ecc.)⁽²⁷⁾. L'adozione di più penetranti

⁽²³⁾ Punto 7 del *Considerato in diritto*. La base scientifico-psichiatrica, «incontrovertibilmente erronea» e comunque dotata di «un livello di indeterminatezza tale da non consentire in alcun modo un'interpretazione ed un'applicazione razionali da parte del giudice», è denunciata e accuratamente motivata nella questione di legittimità proposta avverso gli artt. 85, 88, 89 e 90 c.p. Tuttavia, l'ord. n. 374/2004 si limita a riscontrare la rilevanza puramente ipotetica ed eventuale della *quaestio*, concludendo per l'inammissibilità.

⁽²⁴⁾ Sul tema v. anche la sent. n. 331/2003.

⁽²⁵⁾ Punto 7 del *Considerato in diritto*.

⁽²⁶⁾ G. D'AMICO, *I dubbi della scienza al vaglio della Corte costituzionale: dalle incertezze della scienza alle certezze del diritto (materiali giurisprudenziali)*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, cit., 245.

⁽²⁷⁾ G. GEMMA, *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, cit., 47.

strumenti d'indagine sarebbe invece opportuna ove gli spazi del sindacato costituzionale corrispondentemente si ampliassero. Tutto ciò costituisce il chiaro sintomo di un atteggiamento alquanto prudente della Corte⁽²⁸⁾; al contempo, esso scaturisce altresì dalla peculiare posizione che il giudice delle leggi assume nel sistema nonché dalle specifiche competenze ad esso riconosciute.

Questi sono, all'evidenza, approdi per nulla originali. È infatti evidente l'assonanza che un simile atteggiamento presenta con altre (e ben conosciute) dinamiche decisorie della giurisprudenza costituzionale.

Ciò vale, ad esempio, per il tema del sindacato sul modo di esercizio del potere nei conflitti di attribuzione, ove la Corte procede a un'attenta distinzione tra forme di sindacato "interno" e "per linee esterne" dell'esercizio del potere contestato⁽²⁹⁾; ossia, tra un controllo sul merito delle scelte incriminate di contro alle censure sulla palese arbitrarietà di talune prese di posizione⁽³⁰⁾. Lo stesso va ribadito per la giurisprudenza in materia di "evidente mancanza" dei presupposti dei decreti legge⁽³¹⁾ o per il frequente rinvio giurisprudenziale alla discrezionalità del legislatore (e all'impossibilità, per la Corte, di sostituirsi ad essa). Lo stesso può ribadirsi per il vario utilizzo del criterio di competenza, declinato dalla Corte in tutti i suoi settori d'intervento. Senza dire poi del richiamo alla ragionevolezza: criterio-bussola spesso utile per sopperire, in via interpretativa, alla palese imprecisione scientifica della norma, ovvero per rintracciare il senso giuridico di una disciplina che – sotto lo stretto profilo scientifico – parrebbe invece non possederlo affatto: proprio come accade anche in altri contesti giurisprudenziali ben più scontati⁽³²⁾.

Così, l'incostituzionalità non ricorre ove sia possibile offrire un'interpretazione giuridicamente fondata delle previsioni contestate. La Corte si pone infatti nella logica del "sistema" (che, ad esempio, nella sent. n. 114,

⁽²⁸⁾ Q. CAMERLENGO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale e l'accesso degli elementi scientifici nel giudizio di costituzionalità*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali*, cit., 179.

⁽²⁹⁾ Sul tema si rinvia a P. VERONESI, *I poteri davanti alla Corte. "Cattivo uso" del potere e sindacato costituzionale*, Milano 1999, *passim*.

⁽³⁰⁾ Sul tema v. S. GRASSI – A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione nella giurisprudenza costituzionale*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Biotecnologie e tutela del valore ambientale*, Torino 2003, 175 ss. e Q. CAMERLENGO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale*, cit., 177 ss.

⁽³¹⁾ Da ultimo v. le sentt. n. 171/2007 e n. 128/2008. Cfr. il commento ricognitivo di D. BALDAZZI, *Quando i casi di scuola diventano casi concreti*, in www.forumcostituzionale.it (17 maggio 2008).

⁽³²⁾ Esempi in tal senso verranno illustrati *infra* nei parr. 5, 7, 8, 9 e 10.

espressamente avalla)⁽³³⁾; anzi, può addirittura dirsi che, nella specifica circostanza, essa subordini, di fatto, la logica scientifica alla logica del sistema, rifiutando ogni “meccanicismo scientifico” delle sue decisioni⁽³⁴⁾. Essa decide perciò facendo riferimento alla *ratio* dell’intera costruzione normativa e prescindendo dalla formulazione dei disposti in oggetto (oltre che dalla valutazione delle non banali difficoltà che potrà incontrare il giudice nell’accertare la presenza delle condizioni così desunte dall’art. 95 c.p.)⁽³⁵⁾.

A conti fatti, pare quindi di trovarsi al cospetto, come in molti altri casi, di una “delega di bilanciamento in concreto”, la quale scarica sui giudici un notevole aggravio di lavoro e responsabilità⁽³⁶⁾.

Insomma, la mancanza di una base scientifica certa della norma contestata – fondamento che, ovviamente, rimane pur sempre auspicabile – non è di per sé sufficiente a determinare l’incostituzionalità della disciplina della cui legittimità si dubita. Occorre che la norma non “tenga” (ovvero che essa non sia in qualche modo “recuperabile”) anche sotto lo stretto profilo giuridico (ossia in base a considerazioni filtrate da questa prospettiva). È tale accertamento che, in fin dei conti, garantisce della natura davvero “esterna” del sindacato costituzionale; ciò quanto meno assieme all’idea per cui i dati scientifici posti a giustificazione della legge contestata sono comunque aggredibili dalla Corte solo in ipotesi residuali, evidenti già *prima facie*.

Qualcosa di simile vale – *mutatis mutandis* – anche per le già citate decisioni in cui la Corte pronuncia l’infondatezza e l’inammissibilità delle *quaestiones* pur in mancanza di una base scientifica della legge (come pure viene lasciato trapelare)⁽³⁷⁾. In quei casi era infatti in gioco un problema di competenza, e quindi s’impondeva la questione – *tutta giuridico-costituzionale* – di tutelare la discrezionalità del legislatore (“quasi” a prescindere dall’effettiva bontà delle relative scelte).

Quanto appena detto emerge da un altro nitido esempio, desumibile dalla sent. n. 20/1980. L’irragionevolezza scientifica del divieto assoluto di pro-

⁽³³⁾ Così L. VIOLINI, *Sui contrasti tra valutazioni giuridiche e valutazioni scientifiche nella qualificazione della fattispecie normativa: la Corte compone il dissidio ma non innova l’approccio*, in *Giur. cost.* 1998, 979.

⁽³⁴⁾ G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l’indipendenza del giudice*, in *Dir. pubbl.* 2004, 431.

⁽³⁵⁾ L. VIOLINI, *Sui contrasti tra valutazioni giuridiche e valutazioni scientifiche*, cit., 979 s.

⁽³⁶⁾ Sulla c.d. “delega di bilanciamento in concreto”, ossia per i casi in cui la Corte trasferisce ad altri (e, *in primis*, ai giudici) il compito di bilanciare gli interessi in gioco, con riguardo al momento in cui la legge è applicata nel caso concreto, v. R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 120 ss.

⁽³⁷⁾ Cfr. le citate sentt. nn. 21/1964; 52/1985; 124/1970.

durre e mettere in commercio paste alimentari di farina integrale di grano duro⁽³⁸⁾ risalta dagli esiti dell'ordinanza istruttoria che ha visto coinvolti i Ministeri della sanità e dell'agricoltura. Il primo ha rilevato, «anzi, che in base alle più moderne acquisizioni della scienza dell'alimentazione, la fibra alimentare presente nei cereali esplica un'utile azione per la prevenzione di alcune malattie dismetaboliche e dell'apparato digerente e pertanto è auspicabile che venga messa a disposizione dei consumatori... anche una pasta integrale». Tuttavia, la Corte rileva come la *ratio* della norma, illustrata dal Ministero dell'agricoltura, sia soltanto quella di difendere e valorizzare la cultura tipicamente italiana del grano duro (nota anche per i bassi rendimenti economici che garantisce ai produttori); l'obiettivo di annullare il divieto non sarebbe quindi perseguibile riferendosi al solo parametro dell'art. 41 Cost. (l'unico menzionato dal giudice *a quo* nel *thema decidendum*). «Sicché solo al legislatore spetta un'eventuale nuova valutazione complessiva di tutti quegli elementi, anche emersi nel presente giudizio», non adeguatamente valorizzati dalle sue scelte⁽³⁹⁾.

Già da questi primi cenni emergono dunque le tracce di un approdo che potremmo dire "relativista" e che dovrà essere meglio scandagliato: la necessaria coesistenza, cioè, tra diverse visuali ed esigenze della scienza di contro a quelle del complessivo sistema giuridico entro cui il riscontro scientifico viene a collocarsi. Vicende che la Corte districa optando (ovviamente) per la seconda e più articolata prospettiva.

5. *Segue: il prioritario rilievo delle ragioni giuridiche.*

A ulteriore conferma delle conclusioni parziali appena raggiunte possono addursi le decisioni che – pur vertendo su delicate questioni scientifiche – vengono definite e argomentate dalla Corte senza neppure sfiorare il loro substrato, bensì valorizzando le ragioni schiettamente giuridiche sottese alle stesse. Si tratta cioè di responsi fondati su vere o presunte incoerenze giuridiche, senza nessuna sortita nel merito scientifico dei problemi coinvolti. Talvolta, è la stessa Corte a riconoscerlo esplicitamente.

Così, nella sent. n. 185/1998 (sul "caso Di Bella"), opportunamente, e sin dall'inizio, la Corte "mette le mani avanti", precisando cioè di non essere chiamata a pronunciarsi sulla validità terapeutica della cura oncologica in questione (ossia, sulla sostanza scientifica del contendere). Se così fosse, essa verrebbe infatti a sovrapporre e sostituire il suo giudizio alle valutazioni «assunte nelle competenti sedi, consapevole com'è dell'essenziale rilievo che,

⁽³⁸⁾ Artt. 29 e 36, l. 4 luglio 1967, n. 580.

⁽³⁹⁾ Punto 4 del *Considerato in diritto*.

in questa materia, hanno gli organi tecnico-scientifici». Con ciò la Corte dunque conferma l'assoluto rilievo del criterio di competenza. Essa ritiene invece di essere «chiamata a pronunciarsi, sotto il profilo del rispetto del principio di uguaglianza, in riferimento al diritto alla salute (artt. 3 e 32 della Costituzione)», sulla decisione di «non erogabilità, a carico del servizio sanitario nazionale, dei medicinali occorrenti per il “multitrattamento”» anche a coloro non siano stati ammessi alla sperimentazione (con conseguenti e non indifferenti oneri economici su di essi gravanti)⁽⁴⁰⁾. Essa deve quindi esprimersi su un problema schiettamente giuridico; la *quaestio* scaturisce infatti dalle norme che consentono una «sperimentazione clinica semplificata e accelerata dei medicinali impiegati nel multitrattamento», così permettendo ai medici di utilizzarli in campo oncologico sino al termine della sperimentazione. Tuttavia, a seguito del contestuale divieto d'inserimento degli stessi medicinali nell'elenco dei farmaci innovativi, le spese necessarie all'acquisto di tali prodotti ricadono *in toto* sui privati non ammessi alla sperimentazione. Dal punto di vista giuridico, questo dato rileva del tutto a prescindere dalla più o meno provata efficacia terapeutica dei farmaci in discorso⁽⁴¹⁾.

La Corte può così riscontrare che «la determinazione del legislatore di avviare la sperimentazione di un complesso di sostanze e l'autorizzazione al loro impiego nei confronti di altri soggetti estranei alla sperimentazione, prima che siano noti gli esiti di essa... non sottendono certo un “riconoscimento della utilità d'impiego” dei medicinali... Costituiscono, però, un “fatto legislativo” che ha una sua oggettività, tale da differenziarlo da un qualsiasi mero “fatto sociale” spontaneo»⁽⁴²⁾. In definitiva, si tratta perciò di un problema di coerenza giuridica (di uguaglianza e ragionevolezza appunto); più di preciso, come afferma la Corte, è un problema di «contenuto minimo» del diritto alla salute, ossia si è al cospetto di un problema giuridico tipico di ogni giudizio di uguaglianza/ragionevolezza. Inoltre, tali norme hanno generato particolari «aspettative» nei malati; come a dire, cioè, che la decisione legislativa ha dato luogo a una sorta di “legittimo affidamento” poi disatteso. Infatti, «nei casi di esigenze terapeutiche estreme, impellenti e senza risposte alternative... va considerato che dalla disciplina della sperimentazione così prevista, scaturiscono indubbiamente aspettati-

⁽⁴⁰⁾ Punto 8 del *Considerato in diritto*.

⁽⁴¹⁾ Come sottolinea G. D'AMICO, *I dubbi della scienza*, cit., 247, la Corte ha ritenuto che il bene da tutelare meritasse un'attenzione tale da correre il rischio derivante dallo svolgimento di terapie farmaceutiche (in ipotesi) inefficaci o addirittura pericolose.

⁽⁴²⁾ Punto 9 del *Considerato in diritto*. Sottolinea il rilievo di questo passaggio nell'iter logico della Corte T. GROPPI, *La Corte costituzionale tra fatto legislativo e fatto sociale*, in *Giur. cost.* 1998, 2802.

ve comprese nel contenuto minimo del diritto alla salute». Così, «non può ammettersi, in forza del principio di uguaglianza, che il concreto godimento di tale diritto fondamentale dipenda... dalle diverse condizioni economiche» dei malati⁽⁴³⁾.

L'estensione del trattamento dovrà però aver luogo solo nei confronti dei pazienti affetti dalle patologie tumorali comprese tra quelle sottoposte a sperimentazione, rispetto ai quali i medici ritengano, sotto la loro «responsabilità», e «sulla base di elementi obbiettivi, che non esistano valide alternative terapeutiche» fondate su trattamenti già autorizzati⁽⁴⁴⁾. Negli altri casi – invece – «la pretesa che lo Stato debba essere comunque tenuto a fornire gratuitamente altre prestazioni mediche, anche solo ipoteticamente efficaci, *non sarebbe ragionevole*»⁽⁴⁵⁾. La Corte, usando il consueto modo di procedere del giudizio d'uguaglianza/ragionevolezza, ritaglia quindi con esattezza le fattispecie cui va estesa la disciplina; senza in alcun modo sbilanciarsi – come già s'è rimarcato – sulla concreta “bontà” della terapia.

Inoltre, la Consulta precisa che ciò rimarrà in vigore «fino al momento in cui sia possibile disporre di dati scientificamente attendibili, in base ai quali si possa uscire dalla situazione d'incertezza attuale circa la non implausibile efficacia del “multitratamento” Di Bella»⁽⁴⁶⁾. Ove appare chiaro che il principio di precauzione funziona qui in modo esattamente rovesciato rispetto ai canoni consueti; esso, infatti, non vieta ma impone l'estensione mirata di un trattamento della cui efficacia ancora non si è certi. I medici, delegati alla “cernita” dei pazienti che potranno eventualmente accedere al trattamento sperimentale, sono pertanto i più diretti responsabili di queste possibili conseguenze. In divenire, non si esclude comunque un più penetrante sindacato di legittimità allorché i riscontri scientifici fossero disponibili (con ciò evocandosi le risultanze della sent. n. 114/1998).

Il quadro giuridico così si ricompone.

In un'altra tappa della stessa vicenda Di Bella, l'ennesima e delicata questione si risolve (ancora) utilizzando la sua “chiave” esclusivamente giuridica. Nel conflitto di attribuzioni tra poteri sollevato dal Presidente del Consiglio nei confronti del Pretore di Maglie viene così contestata una consulenza tecnica “abnorme” disposta dal magistrato. La Corte conclude nel senso che il Pretore ha utilizzato l'istituto («strumento sovente indispensabile per l'esercizio della giurisdizione, quando bisogna attingere a cono-

⁽⁴³⁾ Punto 9 del *Considerato in diritto*. I corsivi non sono testuali.

⁽⁴⁴⁾ Questa sostanziale delega ai medici in qualche modo riecheggia nella sent. n. 282/2002 (sulla quali si ritornerà *infra*) nonché nella stessa “delega” di cui alla già citata sentenza n. 114/1998.

⁽⁴⁵⁾ Punto 10 del *Considerato in diritto*. Corsivo nostro.

⁽⁴⁶⁾ Punto 10 del *Considerato in diritto*.

scienze scientifiche per dirimere le controversie che il giudice è chiamato a decidere») «a fini del tutto impropri», ponendolo in concorrenza con la «complessa procedura di sperimentazione» in corso⁽⁴⁷⁾, nonché strutturandolo come «momento di verifica e controllo dell'intera sperimentazione effettuata in base al d.l. n. 23/1998, se non addirittura quale sperimentazione alternativa (il che esula, ovviamente, dalla sfera delle sue attribuzioni)». Infatti, «non spetta al Pretore ordinare l'espletamento di una consulenza tecnica d'ufficio su pazienti, diversi dai singoli ricorrenti nel giudizio di merito, finalizzata ad accertare, in via generale, la validità della cura Di Bella»⁽⁴⁸⁾. L'intento del giudice sarebbe insomma stato quello di verificare la bontà della terapia anche per le patologie non ammesse alla sperimentazione; ciò ha però creato una «indebita interferenza nella sfera di attribuzioni spettanti al potere esecutivo e, in particolare, nelle competenze degli organi tecnico-scientifici preposti alla sperimentazione dei farmaci»⁽⁴⁹⁾.

Qui tutto si risolve ancora nell'ottica di un accertamento sulle sfere di competenza violate. Ma davvero «si deve ammettere che i dati della ricerca scientifica siano un monopolio dell'Amministrazione che il privato non ha il diritto di contestare e che il giudice non ha il potere di verificare?»⁽⁵⁰⁾. Tutto ciò si spiega solo considerando il *favor* della Corte verso la discrezionalità dell'esecutivo, nonché in ragione della tutela delle sfere di competenza tracciate dalle legge, oltre che dei risultati scaturiti dagli accertamenti predisposti dagli organi tecnici (ossia della scienza ufficiale istituzionalizzata). In una prospettiva, cioè, tutta giuridica.

6. *Segue: quando, al di là di una ragione giuridica, si cela la volontà di non decidere.*

A volte l'impostazione "esclusivamente giuridica" delle decisioni costituzionali in materia suscita però osservazioni critiche ben più aspre di quelle appena richiamate. Forse perché l'approccio giuridico, in questi casi, non appare davvero "solo" giuridico.

Così, nell'ord. n. 369/2006, in materia di diagnosi preimpianto nelle procedure di procreazione medicalmente assistita, gli stessi criteri di giudizio

⁽⁴⁷⁾ Sent. n. 121/1999, punto 3 del *Considerato in diritto*.

⁽⁴⁸⁾ Punto 4 del *Considerato in diritto*. Il Pretore aveva infatti chiesto al Ministro della sanità i documenti della sperimentazione nazionale, e poi disposto la raccolta di ogni altro dato reperibile sull'efficacia della terapia al di fuori della sperimentazione ufficiale.

⁽⁴⁹⁾ Punto 4 del *Considerato in diritto*.

⁽⁵⁰⁾ R. BIN, *La Corte e la scienza*, cit., 3.

e le strategia argomentative posti a base della decisione d'inammissibilità della *quaestio* appaiono alquanto criticabili. Lo spessore della vicenda da cui origina il giudizio *a quo* viene inoltre completamente pretermesso⁽⁵¹⁾; né viene opportunamente preso in considerazione il "fatto legislativo" della legge n. 194, la quale ammette pratiche diagnostiche quanto meno assai simili a quelle apparentemente vietate dalla legge n. 40 (o, come evidenziato da successive pronunce dei giudici ordinari, almeno proibite dalle Linee Guida ad essa collegate)⁽⁵²⁾.

Il giudice *a quo* metteva così in luce la contraddittorietà della disciplina in oggetto rispetto a quella della legge n. 194 (che non vieta la diagnosi prenatale); illustrava la natura sostanzialmente neutra di tali tecniche; il rischio che l'embrione lungamente crioconservato potesse subire danni irreversibili a causa del giustificato rifiuto all'impianto (generato – come emergeva nella fattispecie – dalle paure materne legate a pregresse esperienze). La proibizione a svolgere diagnosi preimpianto colliderebbe inoltre con l'ormai consolidata giurisprudenza che riconosce la responsabilità del medico che non abbia fornito alla coppia corrette informazioni sullo stato di salute del feto, nonché con il diritto a una procreazione cosciente e responsabile, espressamente sancito dall'art. 1, legge n. 194/1978.

A fronte di tutto ciò, la Corte "decide di non decidere", usando un argomento giuridico-formale per la verità abbastanza criticabile. Del resto, il contrasto interno alla Consulta è provato dalla mancata coincidenza tra giudice relatore e redattore. Al Tribunale viene così contestato d'impugnare una norma legislativa benché, «secondo l'impostazione della stessa ordinanza» di rinvio, questa sarebbe altresì «desumibile da altri articoli della stessa legge, non impugnati, nonché dall'interpretazione dello stesso testo legislativo». A ben vedere, però, i richiami e i riferimenti operati dal giudice erano finalizzati a sottolineare l'impossibilità di un'interpretazione adeguatrice

(51) Il caso verteva su una donna con problemi di sterilità nonché portatrice di malattia genetica, già sottoposta ad aborto – con conseguente, grave stato depressivo – non psicologicamente in grado – come provato dalla cartella clinica – di sopportare un impianto degli embrioni già fecondati senza una preventiva diagnosi preimpianto, con il rischio di dover quindi sopportare altre interruzioni di gravidanza dopo l'espletamento di diagnosi prenatali non vietate.

(52) Per la tesi che i divieti delle Linee Guida del 2004 ricalcassero quanto già vietato dalla legge n. 40 v. Trib. di Cagliari, sez. civ., 16 luglio 2005, n. 5026 (nella vicenda poi conclusasi con l'ord. n. 369/2006 della Consulta). Sostengono invece che il divieto di diagnosi preimpianto non sia desumibile dalla legge ma solo dalle successive "norme guida" adottate dal Ministero (con la loro conseguente disapplicazione o, addirittura, il loro annullamento), nell'ordine, Trib. di Cagliari, sent. 22-24 settembre 2007; Trib. di Firenze 17 dicembre 2007 e TAR Lazio-Roma, sez. III-*quater*, 21 gennaio 2008, n. 398.

delle disposizioni; e dunque a porre in risalto quel che ormai costituisce, in pratica, un requisito implicito ma essenziale di ogni *quaestio*. Senza dire che, nel giudizio *a quo*, l'effettiva rilevanza delle norme evocate dal rimettente (e oltremodo valorizzate dalla Corte) appariva alquanto dubbia.

7. *Segue: la soluzione della quaestio e i presupposti scientifici "sbagliati". Altre conferme circa il ruolo svolto dai "criteri giuridici" in senso stretto.*

L'assunto per cui, nell'*iter* logico battuto dalla Corte allorché siano in discussione questioni scientifiche, un ruolo determinante è assunto dal "sistema" giuridico complessivo entro cui le sue pronunce si collocano, è altresì paradossalmente confermato dalle stesse decisioni in cui l'accoglimento della *quaestio* deriva proprio da un'errata valutazione del legislatore circa i presupposti scientifici delle sue scelte normative⁽⁵³⁾. In queste ipotesi o si tratta infatti di opzioni *prima facie* arbitrarie (e, dunque irragionevoli in sé), ovvero si discute di norme che, non solo sotto il profilo scientifico, bensì anche con riguardo a profili strettamente giuridici, supportano senza patemi la "diagnosi" d'incostituzionalità⁽⁵⁴⁾.

Nella sent. n. 559/1987, ad esempio, la Corte poggia la sua decisione su argomenti che (ormai) possono qualificarsi come "massime d'esperienza" e di "buon senso". Su queste premesse essa fonda la sua pronuncia d'accoglimento nonché la contestuale decisione interpretativa di rigetto. L'errore del legislatore è comunque palese: l'obbligo, previsto dalla legge, di usufruire delle cure idrotermali solo durante il periodo feriale del lavoratore «può in concreto confliggere con le esigenze terapeutiche cui sono finalizzate le cure» stesse, che la Corte descrive e profila in dettaglio⁽⁵⁵⁾. È quindi del tutto evidente l'arbitrarietà delle scelte legislative; al contempo, la pronuncia d'incostituzionalità (non a caso "secca") non pone soverchi problemi. Alla Corte non sono insomma richieste distinzioni troppo sottili; né la sua decisione viene in alcun modo a intaccare la discrezionalità legislativa.

⁽⁵³⁾ Per un elenco di pronunce costituzionali in tal senso si rinvia a G. D'AMICO, *Tecniche argomentative e questioni scientifiche controverse in materia di biodiritto: U.S. Supreme Court e Corte costituzionale*, nel sito *Forum Biodiritto 2008* (Università di Trento), 25 del *paper* e nota 75.

⁽⁵⁴⁾ Oltre ai casi che si esamineranno di seguito cfr. la sent. n. 173/1983 (in cui i risultati della scienza pedagogica, puntualmente evocati dalla Corte, confermano gli esiti della piana applicazione degli artt. 3 e 51 Cost.); la sent. n. 3/1994 (in cui, al punto 2 del *Considerato in diritto*, la Corte trova conferme della bontà delle sue conclusioni giuridiche «tanto più alla luce delle odierne cognizioni della scienza medica»); la sent. n. 284/1999, ove il deficit di ragionevolezza risalta «tanto più alla luce delle odierne cognizioni della scienza medica» (punto 3 del *Considerato in diritto*).

⁽⁵⁵⁾ Punto 3 del *Considerato in diritto*.

La stessa (evidente) arbitrarietà trapela dalla pronuncia d'accoglimento avente ad oggetto l'art. 112, comma 1, d.p.r. 30 giugno 1965, n. 1124⁽⁵⁶⁾, nella parte in cui questo prevedeva che la prescrizione dell'azione giudiziaria decorresse da un momento anteriore alla morte dell'assicurato, anche quando la malattia – come nel caso sottoposto al giudice *a quo* – non fosse scientificamente diagnosticabile prima del decesso (e, dunque, soltanto a seguito di un esame autoptico)⁽⁵⁷⁾. La palese irrazionalità della previsione non necessita di commenti.

Nella storica sentenza avente ad oggetto il reato di plagio⁽⁵⁸⁾, la Corte riscontra inoltre come la scienza confermi le incertezze giuridiche circa la determinatezza della fattispecie. I confini di quest'ultima non sono poi tratteggiabili con precisione neppure mediante l'impiego di strumenti di carattere tipicamente giuridico (come avveniva, invece, nella sent. n. 114): troppe le ambiguità che circondano l'accertamento dello stato di "totale soggezione"⁽⁵⁹⁾. L'abnormità della scelta legislativa era altresì confermata dall'esistenza di un'unica condanna penale per plagio nei 50 anni di vigenza della norma, con la conseguente impossibilità del formarsi di un "diritto vivente" in qualche modo correttivo. La verifica dei presupposti scientifico-empirici della previsione ne mettono quindi a nudo «l'impossibilità di dare ad essa un'univoca applicazione concreta»⁽⁶⁰⁾. Dopo avere passato dettagliatamente in rassegna gli assunti della scienza medica, la Corte chiosa perciò che «anche sotto questi profili risulta pertanto l'indeterminatezza della norma e della sua interpretazione»⁽⁶¹⁾: la scienza conferma cioè l'incongruenza, ancor prima giuridica, di una norma "impossibile".

Analogamente, nelle sentt. nn. 438 e 439/1995, la Corte procede alla verifica dei presupposti empirici e scientifici della disciplina impugnata – sulla quale la Consulta aveva peraltro già respinto alcune *quaestiones*⁽⁶²⁾ – mettendo opportunamente in luce gli esiti delle più recenti acquisizioni scientifiche. Così, dopo un veloce richiamo alle tesi che avevano inizialmente fatto da supporto alla scelta di giustificare l'assoluta incompatibilità tra la condizione dei malati di AIDS conclamato e il regime carcerario, segue, più

⁽⁵⁶⁾ Si tratta del T.U. delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. anche la sent. n. 544/1990.

⁽⁵⁸⁾ Sent. n. 96/1981.

⁽⁵⁹⁾ Punto 12 del *Considerato in diritto*.

⁽⁶⁰⁾ Punto 11 del *Considerato in diritto*.

⁽⁶¹⁾ Punto 13 del *Considerato in diritto*. Il corsivo è nostro.

⁽⁶²⁾ V., ad esempio, la sent. n. 70/1994, in cui la Corte aveva concluso per l'assenza di un eccesso di potere normativo; per una rassegna di tali pronunce v. comunque il punto 2 del *Considerato in diritto* della sent. n. 438.

oltre nello stesso luogo, il richiamo addirittura testuale a posizioni scientifiche ben più fluide e problematiche⁽⁶³⁾. La Corte respinge quindi l'idea di un'astratta incompatibilità tra la custodia in carcere e la malattia da HIV, mentre sottolinea invece come occorra, caso per caso, valutare le concrete condizioni dei singoli; essa denuncia perciò l'irragionevolezza della disciplina impugnata, delineando (ancora una volta) i margini di una ben più flessibile (e immediatamente operativa) delega di bilanciamento in concreto⁽⁶⁴⁾. Anche qui – come nelle sentenze già richiamate – la Corte adotta insomma una pronuncia di annullamento non procedendo alla riscrittura del disposto mediante una decisione manipolativa: segno del fatto che non è necessario, anche in questo caso, sostituire (inammissibilmente) la sua discrezionalità a quella del legislatore.

Occorre peraltro domandarsi cosa abbia determinato quest'evidente cambio di rotta giurisprudenziale nella specifica vicenda. A conti fatti, pare che la Corte non sia rimasta indifferente all'allarme sociale provocato dagli effetti concreti della normativa impugnata: lo proverebbe la richiesta – contenuta nell'ordinanza istruttoria – con cui essa ritiene di acquisire il numero dei condannati affetti da HIV che, dopo avere beneficiato di un rinvio della pena, hanno poi commesso altri reati (commentando poi che si tratta di «una non trascurabile percentuale»)⁽⁶⁵⁾. Parafrasando quanto la Corte avrebbe poi sostenuto nella già citata sent. n. 185/1998, anche questa circostanza (assieme alla più aggiornate posizioni scientifiche) configura insomma un «fatto» (qui non meramente legislativo) destinato comunque a produrre conseguenze giuridicamente rilevanti.

Anche nella sent. n. 266/2006 l'avanzamento della scienza biomedica è solo uno degli argomenti utilizzati dalla Corte ai fini della sua pronuncia; accanto ad esso figurano specifiche previsioni normative che hanno progressivamente allargato la legittimazione attiva a promuovere l'azione di disconoscimento; l'obiettivo difficoltà pratica (e dunque «fattuale») a fornire una piena prova dell'adulterio; il dato per cui tale prova è comunque insufficiente ad escludere la paternità (altro fatto)⁽⁶⁶⁾. Ne consegue l'irragionevolezza della preclusione, oltre che «un sostanziale impedimento all'esercizio del diritto di azione garantito dall'art. 24 Cost.» (altro elemento

⁽⁶³⁾ Punto 3 del *Considerato in diritto*.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. A. PUGIOTTO, *Due casi di controllo della Corte costituzionale sui presupposti empirici di scelte legislative "penali"*, in *Giur. cost.* 1995, 3463 s. Per un altro caso di delega di bilanciamento in concreto rimessa ai giudici, con riguardo ai «suggerimenti della scienza specialistica» in tema di rumorosità sui luoghi di lavoro, cfr. la sent. n. 457/1988.

⁽⁶⁵⁾ A. PUGIOTTO, *Due casi di controllo della Corte costituzionale sui presupposti empirici*, cit., 3466.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. il punto 6.3 del *Considerato in diritto*.

strettamente giuridico-costituzionale)⁽⁶⁷⁾. La Corte pronuncia quindi l'illegittimità costituzionale dell'art. 235, comma 1, n. 3, c.c., nella parte in cui, ai fini del disconoscimento della paternità, ammette il marito a dimostrare che il figlio presenta caratteristiche genetiche o del gruppo sanguigno incompatibili con quelle del presunto padre solo dopo aver provato che nel periodo del concepimento la moglie ha commesso adulterio. Per la Corte vi sarebbe il palese anacronismo legislativo della previsione, determinato dai rapidi progressi della scienza biomedica. A tale sentenza di accoglimento si è prontamente adeguata la Cassazione⁽⁶⁸⁾, così ribaltando il suo precedente e consolidato orientamento.

Nella stessa prospettiva, si rivela poi assai interessante l'ordinanza n. 111/1990. Si tratta infatti di una decisione di manifesta infondatezza che però regala l'indicazione di un principio alquanto puntuale, tale da essere concretamente operativo proprio nello specifico caso di specie: e ciò in linea con «gli apporti più moderni della scienza psichiatrica e di quella criminologica». Siamo insomma ancora al cospetto di una delega di bilanciamento in concreto, sia pur suggerita nel contesto di una decisione d'infondatezza addirittura manifesta. La questione di legittimità costituzionale è sollevata dal giudice in base alle precise osservazioni peritali sulla patologia del reo (cui viene diagnosticata una «sindrome psicorganica di natura tossica, con alterazioni viscerali e neurologiche e deterioramento mentale»). Da questa affezione (e dalle necessità terapeutiche che ne derivavano) il giudice desumeva l'impossibilità di curare il seminfermo nei particolari ambienti in cui egli avrebbe dovuto, *ex lege*, venire ricoverato. La Corte riconosce però che «l'intera materia delle misure di sicurezza dovrà essere tutta rimeditata e coordinata con gli apporti più moderni della scienza psichiatrica e di quella criminologica», dovendosi altresì studiare «idonei luoghi di cura con specifici presidi terapeutici» (così riconoscendo l'inadeguatezza “scientifica” dell'apparato di misure in uso e invitando il legislatore a intervenire). Ottimisticamente, afferma poi che «questo... certamente seguirà alla riforma del codice penale sostantivo». «*Frattanto*» essa invita dunque «il Ministero di giustizia e la magistratura di sorveglianza» a sopperire, d'«intesa» tra loro, «in sede esecutiva al caso di specie» (ossia proprio in quella specifica vicenda) «sistemando il condannato in casa di cura e di custodia prossima a centri ospitalieri attrezzati al particolare trattamento terapeutico di cui è abbisognevole, poscia trasferendolo periodicamente, sotto le misure che si riteranno più opportune, a ricevere – come il perito prevede – idonee terapie ambulatoriali, oppure autorizzando i medici del centro a praticarle all'interno della casa di cura e di custodia». Tutto è insomma calibrato sul caso

⁽⁶⁷⁾ *Ibidem*.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. Cass. civ., sez. I, 3 aprile 2007, n. 8356.

singolo e l'esito risente *in toto* dell'esito della perizia, delle acquisizioni mediche ormai diffuse, dell'applicazione del principio di leale collaborazione o di tecniche decisorie ancora assimilabili alla delega di bilanciamento.

8. Facciamo un (primo) bilancio.

In tutte le pronunce finora analizzate si assiste a un sintetico richiamo alle risultanze della scienza. La Corte, però, non approfondisce più di tanto, rimettendosi, in sostanza, a ciò che i giudici hanno allegato⁽⁶⁹⁾ o a quanto costituisce ormai patrimonio di conoscenza comune. Men che meno la Corte ricorre a ordinanze istruttorie precisamente calibrate su questo punto, mentre magari le dispone con riguardo a profili connessi (come accade nelle sentt. n. 438 e 439/1995)⁽⁷⁰⁾.

Tale atteggiamento produce inevitabilmente il rischio di una scarsa aderenza delle decisioni costituzionali ai più recenti approdi della realtà tecnico-scientifica: esemplare quanto accaduto, ad esempio, in materia radiotelevisiva⁽⁷¹⁾.

La Consulta adotta invece (quand'è possibile e lo ritiene opportuno) pronunce di accoglimento che non necessitano di ardue manipolazioni; in caso contrario essa non esiterebbe infatti ad utilizzare l'argomento del

⁽⁶⁹⁾ R. BIN, *La Corte e la scienza*, cit., 7 e Q. CAMERLENGO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale*, cit., 168 s.

⁽⁷⁰⁾ Sulla sostituzione delle istruttorie formali (alquanto rare) con istruttorie di fatto "informali" dei singoli giudici e dei loro assistenti v. G. D'AMICO, *La Corte e lo stato dell'arte (prime note sul rilievo del progresso scientifico e tecnologico nella giurisprudenza costituzionale)*, in E. Malfatti – R. Romboli – E. Rossi (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione*, Torino 2002, 444. Sul tema v. comunque, nel dettaglio, T. Groppi, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano 1997, *passim*.

⁽⁷¹⁾ Così, nella sent. n. 225/1974, la Corte reputa che il limitato numero di canali televisivi disponibili sia causa di giustificazione del monopolio pubblico (come nel precedente costituito dalla sent. n. 59/1960), benché i giudici *a quibus* avessero precisato che la limitatezza degli stessi a livello locale dovesse ritenersi ormai superata dallo sviluppo della scienza e della tecnica delle radiodiffusioni; nella sent. n. 226/1974 la Corte contrappone invece le proprie conoscenze a un qualificato parere reso dal Consiglio Superiore Tecnico delle Telecomunicazioni, basandosi presumibilmente su dati acquisiti in via informale; nella sent. n. 202/1976 la Corte corregge poi la propria posizione e, richiamando le recenti acquisizioni tecnico-pratiche, ritiene ingiustificate le conclusioni del 1974 quanto ai canali locali previamente autorizzati (il numero di bande di frequenza disponibili appaiono sufficienti ad escludere il formarsi di monopoli od oligopoli privati), quando avrebbe probabilmente potuto decidere in tal senso già nella precedente tornata di pronunce. Su questi contorti passaggi cfr. Q. CAMERLENGO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale*, cit., 170.

privilegio discrezionale del legislatore. Nelle singole vicende in cui utilizza pronunce di accoglimento si riscontra insomma l'evidente sostenibilità *prima facie* della tesi per cui il potere legislativo è stato esercitato in modo arbitrario (*rectius*: irragionevole).

Ne consegue un uso della "base scientifica" come argomento che solo si affianca ad altri profili e valutazioni di natura schiettamente giuridica; elementi che la Corte tiene opportunamente in considerazione e a cui riserva un ruolo dominante nell'*iter* logico delle sue decisioni in materia. Lo conferma il significato assunto, nella sua giurisprudenza, da taluni dati o elementi extrascientifici (quando non strettamente giuridici) in vicende che hanno comunque un evidente spessore scientifico⁽⁷²⁾.

In questa prospettiva emerge assai spesso l'importanza della fisionomia del *caso* da cui procede la *quaestio*⁽⁷³⁾, la quale serve spesso a porre in luce l'eccessiva (e irragionevole) rigidità della norma impugnata. Da qui anche il ricorso a deleghe di bilanciamento in concreto, nonché l'individuazione dei soggetti competenti ad adottare, nelle varie circostanze, le decisioni più opportune e confacenti alla loro peculiarità⁽⁷⁴⁾.

9. Il dato scientifico che conferma l'inadeguatezza (giuridica) della scelta normativa.

Problemi decisamente minori si pongono invece (e ovviamente) allorché l'analisi scientifica dei presupposti della *quaestio* giustifica e conferma la ragionevolezza della scelta legislativa⁽⁷⁵⁾.

⁽⁷²⁾ Si pensi, per esempio, all'"allarme sociale" evocato nelle sentt. n. 438 e 439; alla difficoltà di dare la prova (non risolutiva) dell'adulterio della moglie (nel disconoscimento di paternità); alla palese inadeguatezza degli ambienti in cui costringere il seminfermo nell'ordinanza n. 111; al «fatto legislativo» tenuto in considerazione nella vicenda "Di Bella".

⁽⁷³⁾ G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza*, cit., 432 e U. SPAGNOLI, *Appunti di un giudice costituzionale*, in P. COSTANZO (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino 1996, 29.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. l'ordinanza n. 111, addirittura calibrata sullo specifico caso sotto giudizio; in tal senso v. anche, con diverse sfumature, le sentt. nn. 438-439/1995, n. 559/1987. A tal proposito cfr. R. BIN, *La Corte e la scienza*, cit., 8.

⁽⁷⁵⁾ Oltre alla pronunce che si menzioneranno di seguito cfr. altresì – tra le tante – la sent. n. 31/1983 (ove il risultato dell'applicazione dei principi giuridici al tema del consumo di droga è ulteriormente corroborato – «integrato» afferma la Corte al punto 7 del *Considerato in diritto* – dagli approdi della scienza) e la sent. n. 49/1995, ove la scelta del legislatore è ulteriormente confermata «alla stregua delle ormai consolidate risultanze della scienza medica» (punto 1 del *Considerato in diritto*). Per un elenco di pronunce v. ancora G. D'AMICO, *Tecniche argomentative*, cit., 25 del *paper* e nota 84.

La Corte può così concludere, ad esempio, che, in base ai «dettami della scienza», il legislatore ha giustamente reputato “reversibile” lo «stato morboso» del lavoratore affetto da ernia operabile, così distinguendo il trattamento a questi riservato rispetto al riconosciuto diritto a una rendita per invalidità disposta a favore del solo «lavoratore infortunatosi con ernia inoperabile»⁽⁷⁶⁾. Oppure che l’infondatezza della *quaestio* derivante dalla previsione di un’identica sanzione penale per fattispecie di reato differenti, aventi ad oggetto l’uso di coloranti nelle sostanze alimentari, scaturisce dalla circostanza che, in materia, «basta... por mente alla rapidità con cui nuove cognizioni scientifiche vengono ad aggiungersi alle precedenti, talvolta anche in modi radicalmente confliggenti, per riconoscere la opinabilità di qualsiasi valutazione comparativa, in termini di gravità, tra le diverse fattispecie di reato previste dalla legge n. 283/1962, in particolare quelle ivi definite all’art. 5, lett. f)». «Non é perciò irrazionale attribuire un analogo potenziale pericoloso a condotte che, pur nella loro diversità, sono ugualmente idonee ad indebolire taluno dei presidii avanzati posti dal legislatore a difesa della salute pubblica»⁽⁷⁷⁾.

Nella sent. n. 161/1985 la Corte riconosce invece che la ricostruzione scientifica della sindrome transessuale costituisce la corretta premessa che ha ispirato la legge n. 164/1982 in materia di rettificazione di sesso. Quest’ultima ha così accolto «un concetto di identità sessuale nuovo e diverso rispetto al passato». Per la Consulta, il legislatore ha infatti giustamente riconosciuto che «allo stadio attuale delle conoscenze scientifiche» (che la stessa Corte si premura di sintetizzare) «la sindrome transessuale non può essere efficacemente curata né con terapie ormonali né con interventi di psicoterapia e che soltanto l’operazione chirurgica, demolitoria-ricostruttiva, può dare risultati positivi, come è stato verificato nella grande maggioranza dei casi considerati» (e, in questi passaggi, la Consulta pare addirittura ragionare sulla base di statistiche mediche). Se ne dovrebbe desumere che quella stessa scienza, qui evocata e valorizzata dalla Corte, condannava il precedente silenzio del legislatore; tuttavia, già in passato la Consulta aveva evitato di pronunciarsi sulla *quaestio* che censurava le norme monoliticamente interpretate dalla Cassazione nel senso di escludere ogni rettificazione anagrafica conseguente a una modifica chirurgica dei tratti sessuali⁽⁷⁸⁾. Nessun riferimento scientifico era quindi contenuto in questa pronuncia, benché il giudice *a quo* avesse disposto una perizia i cui esiti – trasmessi alla

⁽⁷⁶⁾ Sent. n. 160/1977.

⁽⁷⁷⁾ Sent. n. 99/1979 (poi ribadita da sent. n. 1/1982), punto 7 del *Considerato in diritto*. È qui altresì chiaro che la Corte fa uso del principio di precauzione, sia pur genericamente declinato: T. GIOVANNETTI, *Biotecnologie e sicurezza alimentare*, cit., 329 ss.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. la sent. n. 98/1979.

Corte e inglobati nell'ordinanza di rimessione – ricalcavano quelli successivamente valorizzati nella sentenza del 1985.

Interrogata poi sulla ragionevolezza della nuova definizione legale di morte (ossia del concetto di morte cerebrale *ex lege* n. 578/1993), la Corte precisa anzi che «la necessità per il diritto di riconsiderare quei dati scientifici» – assunti come scontati dal legislatore codicistico del 1930 – «ed operare delle scelte, introducendo per via legislativa una nozione di morte ed ampliando i criteri per il suo accertamento», scaturisce proprio dal «successivo sviluppo delle conoscenze scientifiche e dei perfezionamenti tecnologici, anche in relazione alle misure di rianimazione e di realizzazione dei trapianti di organi vascolarizzati». Il legislatore deve così valutare con prudente apprezzamento non solo i dati della scienza medica ma anche il complesso quadro dei valori di riferimento, in sintonia con le altre norme dell'ordinamento, con la deontologia e il comune sentire⁽⁷⁹⁾.

Nella sent. n. 518/2000 la Corte conclude poi che le norme penali che puniscono l'incesto non proteggono beni di natura latamente eugenetica; l'assunto in base al quale l'unione tra consanguinei sarebbe «di per sé foriera di danni genetici» appare dibattuto, afferma la Consulta, sullo stesso piano scientifico. Lo scopo della norme è invece quello – giuridico-politico – di proteggere la famiglia dalle turbative che ne possono danneggiare l'equilibrio (come confermato dalla condizione per cui il reato si perfeziona solo se l'incesto produce «pubblico scandalo»). La decisione scaturisce perciò dall'esatta identificazione della *ratio legis*.

Nell'ord. n. 306/2001 (che conferma la sent. n. 194/1996) la Corte richiama quindi «l'attuale stato delle conoscenze tecnico-scientifiche» per giustificare la possibilità di disporre prelievi ematici sul conducente in caso di guida sotto l'effetto di sostanze stupefacenti e non in caso di influenza da alcool, non essendo ancora disponibile, nel primo caso, «una strumentazione analoga a quella utilizzata per il rilevamento dello stato di ebbrezza».

10. *La “delega di bilanciamento in concreto” che ha per protagonista un tecnico (e non un giudice).*

La Corte circoscrive dunque con estrema attenzione i margini del suo sindacato sulle scelte normative del legislatore, identificando “zone” rimesse all'esclusiva volontà di quest'ultimo, ovvero rendendo più flessibili sue opzioni troppo rigide (ad esempio, mediante il ricorso al modello delle “deleghe di bilanciamento in concreto” o rintracciando sfere di competenza rimesse all'esclusiva determinazione dei giudici). È tuttavia altrettanto vero

⁽⁷⁹⁾ Sent. n. 414/1995, punto 3 del *Considerato in diritto*.

che, in materie dalla spiccata valenza scientifica, la Corte stessa non esita a individuare – all’opposto – confini invalicabili allo stesso legislatore. Viene con ciò edificato un argine all’invasività di quest’ultimo, valorizzando, al contempo, il ruolo dei tecnici e delle loro competenze.

A ben vedere, anche in questi casi ci si trova ancora al cospetto di una delega di bilanciamento in concreto. È chiaro insomma come la Corte utilizzi, pure su tale versante, il modulo decisorio che pone al suo centro la necessità di rispettare le competenze dei vari poteri coinvolti oppure dei soggetti comunque più idonei a prendere la decisione in discorso. È questa una delle costanti chiavi di lettura della sua giurisprudenza in materia; ed è un approccio dal tipico sapore “giuridico-costituzionale”. Non a caso si è perciò detto che tale approdo s’ispira alla ben nota giurisprudenza che delega al giudice la scelta più consona ai problemi sul tappeto.

La pronuncia in cui questi assunti trovano forse la loro più esplicita traduzione è la sent. n. 282/2002, in cui la Corte dichiara l’illegittimità costituzionale del divieto contenuto in una legge regionale marchigiana – motivato con riguardo al principio di precauzione – di procedere, in ogni caso, a specifici interventi di microchirurgia psichiatrica (lobotomia ecc.).

La Consulta – dopo aver sottolineato come la pratica medica si ponga all’incrocio tra il diritto alla salute e il rispetto della dignità umana – stabilisce altresì che a presidio di questo crocicchio sono poste, innanzi tutto, le regole deontologiche, il cui rispetto è a sua volta garantito dagli organi della professione. Non spetta perciò – e «di norma» – al legislatore «stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni». «La pratica dell’arte medica si fonda» infatti «sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione»; perciò «la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione». Il legislatore può invece intervenire sul «merito delle scelte terapeutiche» quando «entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali»⁽⁸⁰⁾ (e si profili dunque un problema schiettamente giuridico) oppure quando – escludendo «valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore» – ci si appoggi su «indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi – di norma nazionali o sovranazionali – a ciò deputati, dato l’“essenziale rilievo” che, a questi fini, rivestono “gli organi tecnico-scientifici (cfr. sent. n. 185/1998); o comunque dovrebbe costituire il risultato di una siffatta verifica» (requisito procedurale e di competenza)⁽⁸¹⁾. Nel caso,

⁽⁸⁰⁾ Punto 4 del *Considerato in diritto*.

⁽⁸¹⁾ Punto 5 del *Considerato in diritto*.

l'intervento regionale non si fonda su «specifiche acquisizioni tecnico-scientifiche verificate da parte degli organi competenti, ma si presenta come una scelta legislativa autonoma, dichiaratamente intesa a scopo cautelativo»; e ciò con riguardo a terapie «non nuove» bensì «conosciute e utilizzate da tempo»⁽⁸²⁾. La Corte sembra perciò fondare il proprio giudizio sullo svolgimento di un «sindacato esterno» circa la scelta confluita nella legge, e quindi sul mancato rispetto delle procedure necessariamente attivabili nella circostanza⁽⁸³⁾.

La successiva sent. n. 338/2003, riguardante una legge toscana del tutto simile, conferma, alla lettera, tali approcci, meglio argomentando l'ultimo passaggio⁽⁸⁴⁾. Le leggi regionali che incidono sulle scelte terapeutiche sono illegittime «in assenza di – o in difformità da – determinazioni assunte a livello nazionale»⁽⁸⁵⁾. Viene con ciò ulteriormente sottolineata l'importanza del criterio procedurale e della competenza. Si tratta inoltre, nel caso, di terapie certamente rischiose ma destinate ad «impieghi eccezionali e ben mirati, come è riconosciuto essere la terapia elettroconvulsivante»⁽⁸⁶⁾. E qui la Corte fa ancora uso di conoscenze terapeutico-scientifiche di cui non precisa la provenienza.

Quella delle sentenze n. 282 e n. 338 non è una scelta scontata, tanto è vero che un simile approccio è stato di recente ignorato dalla Corte Suprema USA nella sentenza *Gonzales v. Carhart*, la quale, non a caso, è apparsa perciò «ideologica» ed eccessivamente rigida (come risulta dallo stesso *dissent*)⁽⁸⁷⁾. In particolare, si afferma qui la legittimità costituzionale dell'inibizione legislativa all'utilizzo di una particolare tecnica d'interruzione della gravidanza in stato avanzato, benché la sola conseguenza di ciò non sia affatto la salvezza di nuove vite, bensì il maggior rischio cui risulterà così esposta la salute di talune gestanti. Tali conclusioni vengono poi raggiunte appoggiandosi a fonti scientifiche alquanto criticabili benché opportunamente selezio-

⁽⁸²⁾ Punto 6 del *Considerato in diritto*.

⁽⁸³⁾ Com'è stato scritto, con questa pronuncia la Corte traccia «una nitida riga di confine tra attività medica e attività normativa, tenendo solidamente distinti i due settori»: L. VIOLINI, *La tutela della salute e i limiti al potere di legiferare: sull'incostituzionalità di una legge regionale che vieta specifici interventi terapeutici senza adeguata istruttoria tecnico-scientifica*, in *Le Regioni* 2002, 1456. *Contra* si v. invece le osservazioni critiche di A. GRAGNANI, *Principio di precauzione, libertà terapeutica e ripartizione di competenze fra Stato e regioni*, in *Foro it.* 2003, I, 408 ss.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. F. PREZIOSO, *Gli inevitabili conflitti, non solo giuridici, tra libertà di scienza e certezza del diritto*, in *Giur. cost.* 2004, 2980 s.

⁽⁸⁵⁾ Punto 5.1 del *Considerato in diritto*.

⁽⁸⁶⁾ Punto 5.1 del *Considerato in diritto*.

⁽⁸⁷⁾ Sulla base ideologica di tale sentenza v. S. MANCINI, *Le donne vanno protette da loro stesse? L'aborto al vaglio della Supreme Court*, in *Quad. cost.* 2007, 654 ss.

nate dal legislatore in vista del risultato giuridico da raggiungere. Pur apparentemente vietando “solo” una tecnica di realizzazione dell’aborto “tardivo” (per tutelare la dignità del feto), tale pronuncia – per la prima volta dopo *Roe v. Wade* – salva perciò l’imposizione di proibizioni legali in una materia dallo spiccato rilievo tecnico, senza escluderla neppure nei casi in cui sia coinvolta la salute (e non solo la vita) della donna; la Corte Suprema avalla quindi l’idea che la scelta legislativa in materia sia da salvaguardare in quanto fondata su specifici presupposti etici e morali anche se ciò possa provocare seri danni alla salute delle gestanti⁽⁸⁸⁾. È ormai si attendono (e si temono) perciò nuovi *revirements* della Corte Suprema in materia.

11. Il “pluralismo” della scienza tra Corte e altri giudici.

Com’è noto, la Corte costituzionale, nei suoi giudizi, non deve accertare un “nesso di causalità” delle azioni umane; essa non deve quindi immancabilmente reperire la copertura che le leggi scientifiche offrono alle sue conclusioni. Da qui scaturisce l’impossibilità di trovare, nella sua giurisprudenza, una pronuncia equivalente alla “sentenza Daubert” per la Corte Suprema U.S.A.⁽⁸⁹⁾; da qui anche una sorta di giustificazione all’uso assai parco delle ordinanze istruttorie.

In quanto giudice (come i giudici amministrativi) della legittimità degli atti pubblici, i dati della scienza si incuneano quindi nelle sue valutazioni solo in via mediata, «come parte di un ragionamento che resta comunque basato su argomenti di diritto e precedenti di giurisprudenza»⁽⁹⁰⁾. Gli stessi rilievi valgono per la circostanza in base alla quale le sue decisioni non possono comunque valicare quanto la Costituzione devolve all’esclusiva competenza discrezionale di determinati soggetti (il legislatore, i magistrati, gli organi tecnici ecc.). Questi ultimi possono anche sbagliare (o essere comunque in ritardo sulla “tabella di marcia” della scienza) senza che ciò automaticamente comporti la possibilità di sanzionare l’inadeguatezza delle relative scelte o conclusioni.

In altri termini, il punto di vista della giurisprudenza costituzionale «mira a cogliere i valori costituzionali nella loro proiezione dinamica, nell’intreccio con le concretizzazioni legislative, le interpretazioni dei giudici, gli svolgi-

⁽⁸⁸⁾ Un’attenta analisi della sentenza Gonzales (oltre che delle vicende che l’hanno preceduta) è proposta da G. VACCARI, *Diritto, scienza e Costituzione. Tutela della salute e rilievo del dato scientifico nelle giurisprudenze costituzionali*, nel sito del *Forum Biodiritto 2008* (Università di Trento), 2 ss. del *paper*.

⁽⁸⁹⁾ *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc.* (1993). Su questa pronuncia si tornerà anche più oltre nel testo.

⁽⁹⁰⁾ R. BIN, *La Corte e la scienza*, cit., 5.

menti della cultura giuridica di fronte alle esigenze sociali in continua rideterminazione, il modificarsi del quadro delle cognizioni scientifiche e delle possibilità tecnologiche»⁽⁹¹⁾. Ma senza potersi immancabilmente sostituire alle decisioni semplicemente inopportune, fondate su presupposti scientifici ormai abbandonati ovvero in corso di superamento. Ciò può insomma accadere ma anche non avvenire; dipende dai contesti, dalle competenze riservate ai diversi organi coinvolti, dagli spazi di manovra che la dinamica del processo costituzionale concede alla Corte (sempre ammesso che quest'ultima li voglia sfruttare)⁽⁹²⁾.

È insomma una *koinè* di valutazioni quella che la Corte costituzionale si trova spesso a compiere in tali vicende processuali. Ciò si traduce nella necessità di analizzare gli esiti della scienza in rapporto ad altre esigenze giuridico-costituzionali, con le quali i primi vanno opportunamente “combinati”. In astratto, questo costituisce un argine verso forme di “meccanicismo scientifico”, ossia di ogni aprioristico avallo della superiorità della scienza; tuttavia – e all'opposto – questo può anche indurre a immotivate rigidità nei confronti degli approdi di quest'ultima.

Un esempio in cui ciò appare molto chiaramente, oltre a quelli già indicati, è rinvenibile nella sent. n. 166/2004. La Corte vi sottolinea l'equo bilanciamento delineato dalla legge statale tra il «doveroso rispetto verso gli animali sottoposti a sperimentazione» – che devono essere solo espressamente allevati a questo scopo, mentre le relative ricerche necessitano di una specifica autorizzazione ministeriale, nonché indirizzarsi a verifiche medico-biologiche ritenute essenziali – «e l'interesse collettivo alle attività di sperimentazione su di essi che si sono ritenute indispensabili, sulla base delle attuali conoscenze di tipo scientifico, sia dall'ordinamento nazionale che da quello comunitario».

È lo stesso meccanismo concettuale messo in campo nella sentenza sull'elettrosmog citata *supra* (n. 307/2003): un bilanciamento “costituzionalmente vincolato” e refrattario sia a sconsiderati salti in avanti (verso terreni privi di regole e limiti), sia a chiusure aprioristiche e marcatamente ideologiche⁽⁹³⁾.

⁽⁹¹⁾ A. D'ALOIA, *Norme, giustizia, diritti nel tempo delle Bio-tecnologie*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, cit., XVII.

⁽⁹²⁾ Sull'irresistibile, e spesso (ma non sempre) comprensibile, tendenza della Corte a smussare gli angoli ed evitare le decisioni troppo delicate o controverse v., ad esempio, G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino 2005, 78 s. Sulla generale “tentazione” di qualsivoglia giudice “a non giudicare” v. altresì G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza*, cit., 435 s.

⁽⁹³⁾ Un altro esempio riguarda il capitolo delle c.d. norme tecniche, le quali, come affermato nella sent. n. 61/1997, derivano dalle scienze esatte e dalle arti ad esse connesse. Ma i problemi posti dalle norme tecniche “armonizzate” del diritto comunitario hanno invece messo in luce un quadro assai diverso: tali norme dichiaratamente non si fondano su elementi esclusivamente extragiuridici. Assumo-

L'esito del giudizio della Corte può perciò essere, volta per volta, sensibilmente diverso da quello che sarebbe derivato da un'applicazione non filtrata dei dati scientifici.

Ciò costituisce peraltro una conferma della sostanziale impostazione "relativistica" del sistema; la "verità" della Corte, nelle diverse circostanze in cui essa è chiamata a esprimersi, può infatti non coincidere con la "verità" della scienza "pura" o con la verità di chi preme per un più rapido adeguamento legislativo in tal senso. Come già intuitivamente si comprende, tale "relativismo" non è però assoluto: la Costituzione, i necessari bilanciamenti che essa pretende o suggerisce, le norme già esistenti, la valutazione argomentata della ragionevolezza ecc. fanno da opportuna bussola all'intervento della Corte e, ancor prima – almeno così dovrebbe accadere – del legislatore.

Questo è del resto il precipitato di una delle regole desumibili dalla stessa sentenza Daubert: «la validità scientifica per uno scopo non è necessariamente validità per altri scopi»⁽⁹⁴⁾.

A questa forma di "pluralismo relativista" fa inoltre da contraltare, come in uno specchio, il "pluralismo istituzionale" sotteso ai già detti riparti di competenza (legislatore, giudici, operatori tecnici ecc.), che la Corte è costantemente chiamata a proteggere ove siano in gioco questioni scientifiche⁽⁹⁵⁾. Così nuovamente tratteggiando un ulteriore profilo del "sistema" che essa non può mai dimenticare; salvo in casi (residuali) d'irragionevole (e "cattivo esercizio") del potere.

Tutto ciò costituisce, sul piano giuridico, l'esatta traduzione di quanto affermato, in una dimensione teorica generale, da numerosi pensatori. Nel riflettere sulla scienza in sè, Gramsci, ad esempio, affermava che «la scienza, nonostante tutti gli sforzi degli scienziati, non si presenta mai come nuda nozione obbiettiva: essa appare sempre rivestita da un'ideologia e concretamente è scientifica l'unione del fatto obbiettivo con un'ipotesi o un sistema d'ipotesi che superano il mero fatto obbiettivo»⁽⁹⁶⁾. *Mutatis mutandis*, l'asserzione – davvero molto attuale – è straordinariamente in sintonia con i concetti ormai acquisiti sul metodo scientifico. Perciò, «quasi tutti gli

no invece rilievo i dati giuridici tesi ad elevarne il livello qualitativo (le procedure e i principi coinvolti nelle stesse). Il diritto insomma interviene sulla tecnica e la condiziona quand'essa assume rilevanza giuridica (M. GIGANTE, *Alcune osservazioni sull'evoluzione dell'uso del concetto di tecnica nella giurisprudenza della Corte*, in *Giur. cost.* 1997, 660).

⁽⁹⁴⁾ F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano 2002, 374.

⁽⁹⁵⁾ V., ad esempio, il "caso Di Bella", la sent. n. 282/2002, le pronunce tese a profilare e tutelare la discrezionalità del legislatore, la delega ai giudici ai fini di un bilanciamento in concreto, il ruolo degli organi tecnici ecc.

⁽⁹⁶⁾ A. GRAMSCI, *Quaderni del carcere*, Torino 2007, II, 1458.

scienziati... sono convinti che la scienza non possa essere obiettiva». Infatti, i dati scientifici a disposizione dei ricercatori sono gli stessi per tutti; «per capirli abbiamo però bisogno di un'ipotesi, e le ipotesi riflettono la nostra esperienza, le nostre conoscenze precedenti, tutto un insieme di fattori soggettivi anche se non arbitrari. Si può essere più o meno rigorosi, questo sì, ma obiettivi mai»⁽⁹⁷⁾. Approdi non molto diversi da quelli di Heisenberg, il padre del principio di indeterminazione, il quale sosteneva che nelle scienze della natura non si tratta della natura stessa ma appunto della scienza della natura, cioè della natura come l'uomo la pensa e la descrive. Ciò peraltro non introduce un elemento di soggettività nelle scienze della natura. Solo che la scienza sta tra la natura e l'uomo⁽⁹⁸⁾.

Nel caso della Corte costituzionale, la sua "scienza" è dunque filtrata dal sistema d'ipotesi e prescrizioni formato dall'ordinamento nonché dalle sue coordinate costituzionali, dai principi in esso accolti, dalle diverse competenze da esso ricavabili, dalla legislazione vigente e dai confini che questa sposta o solidifica, dalla giurisprudenza degli altri giudici, dal fatto (peraltro "tipizzato") cui occorre dare risposta e così via; per parafrasare Heisenberg, la scienza della Corte "sta" (e dunque può agire solo) in questo spazio.

La "scienza dei giudici" penali, civili ecc. – dal suo canto – sarà poi filtrata da questi oltre che da altri elementi diversamente calibrati, posto che tali soggetti vivono una ben più estrema vicinanza a "fatti" molto diversi da quelli che vengono in rilievo nel processo costituzionale⁽⁹⁹⁾. Diversità che richiede quindi un ulteriore e orientato adattamento, anche con gli inconvenienti che ciò può comportare. Così, ad esempio, la scienza accolta dai Tribunali americani non garantisce senz'altro circa un suo corretto uso nel processo. Le parti sono infatti interessate a convogliare in quest'ultimo solo le tesi estreme e a loro convenienti, mentre il giudice non ha veri poteri di ricerca della prova. Pertanto, nel processo sono chiamati a intervenire gli operatori non necessariamente più preparati bensì i più convincenti⁽¹⁰⁰⁾. Da qui le cautele introdotte dalla sentenza Daubert (1993), i cui criteri costituiscono un altro, meditato filtro all'assunzione delle prove scientifiche nella sfera giuridica. Tale pronuncia supera infatti il precedente di Frey (1923) mentre accoglie, traduce e adatta la teoria popperiana della falsificazione⁽¹⁰¹⁾. Ciò si evince chiaramente dai criteri

⁽⁹⁷⁾ G. BARBUJANI, *L'invenzione delle razze*, Milano 2006, 145.

⁽⁹⁸⁾ G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza*, cit., 415, nota 2.

⁽⁹⁹⁾ R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 1992, 333.

⁽¹⁰⁰⁾ Così S. JASANOFF, *La scienza davanti ai giudici*, Milano 2001, 86.

⁽¹⁰¹⁾ Nella citata sentenza *Frey v. United States*, della Corte d'appello federale per il Distretto del Circuito di Columbia, si avallava il principio per cui i giudici dovevano inchinarsi al parere di un esperto solo laddove questo rispettasse uno *standard* (peraltro piuttosto ambiguo) di accettazione generale (sebbene non di consenso unanime). Sulla storia della sentenza Daubert (che supera Frey) v. A. DONDI,

che essa plasma: 1) la teoria o la tecnica su cui si basa la prova devono essere state testate e devono essere falsificabili; 2) la teoria o la tecnica in questione devono avere superato l'esame critico di esperti indipendenti (*peer review*); 3) si deve tener conto del margine di errore della tecnica oggetto di testimonianza – se noto – il quale deve essere dichiarato dall'esperto; 4) la teoria o la tecnica devono essere generalmente accettate (questo profilo, centrale in Frey, diventa quindi solo uno degli indici di valutazione della prova)⁽¹⁰²⁾.

In tutte queste diverse cautele (nonché nella altre già illustrate) risiede un'ulteriore, profonda analogia tra il diritto e lo stesso ragionare scientifico: come la scienza più accorta – soprattutto dopo Popper – ormai è consapevole di non produrre un sapere metafisicamente privilegiato, così i giudici, la Corte costituzionale o il legislatore assumono i risultati della scienza facendoli peraltro interagire con il caso e il problema giuridico da risolvere (nonché in ragione dei confini rispettivamente posti ai loro diversi poteri). Nulla vieta perciò che, fuori da quel caso, o in un altro contesto non processuale, non legislativo o non giuridico-costituzionale, la decisione sia tutta da rivedere, ovvero l'esito scientifico in discussione venga assunto attribuendogli un ben diverso livello d'indiscutibilità⁽¹⁰³⁾.

Alla pratica della "falsificazione" popperiana, l'attività della Corte si avvicina del resto con riguardo al suo potere di dichiarare l'illegittimità costituzionale della norma prodotta e impugnata, escludendo però che la sua pronuncia valga con riguardo ad altre categorie di fattispecie (per le quali essa non è stata ancora falsificata)⁽¹⁰⁴⁾. Procedendo in tal modo la Corte

Paradigmi processuali ed «expert witness testimony» nel diritto statunitense, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1996, 261 ss. Per M. TALLACCHINI, *Scienza e diritto. Verso una nuova disciplina*, in S. JASANOFF, *La scienza davanti ai giudici*, cit., VIII, la sentenza Daubert presuppone l'idea (ormai acquisita) che la conoscenza scientifica sia un sapere dal carattere non neutrale, mentre il diritto non può dunque recepirne passivamente i risultati. Per G. D'AMICO, *Tecniche argomentative*, cit., 22 del *paper*, in alcuni criteri proposti nella sentenza Daubert, la Corte Suprema procede perciò al di là del falsificazionismo popperiano, «per tentare di formulare un criterio di giudizio valido anche in circostanze in cui la falsificazione non è possibile».

⁽¹⁰²⁾ S. JASANOFF, *La scienza davanti ai giudici*, cit., 114 s., la quale osserva che questi criteri combinano l'idea falsificazionista con la sociologia della scienza di tipo costruttivista, secondo la quale il sapere si accumula mediante la negoziazione del consenso tra i membri della comunità scientifica.

⁽¹⁰³⁾ Si pensi, per esempio, ai dibattiti esclusivamente scientifici, specie se teorici, incondizionatamente protetti, nel nostro ordinamento, dall'art. 33, comma 1, Cost. Sul punto v. S. CASSESE – A. MURA, *Sub artt. 33-34 Cost. - Principi fondamentali*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma 1975, 230. Sulla differenza tra ricerca teorica e sperimentazione scientifica (e sui riflessi giuridici della distinzione) v. L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Napoli 1993, 25 ss., 181 *ma passim*.

⁽¹⁰⁴⁾ Sugli influssi che le riflessioni popperiane sulla limitatezza, incompletezza e fallibilità della scienza assumono nel quadro delle prove scientifiche utilizzate nel

salva sostanzialmente la norma, eliminando invece l'eccezione; fin tanto che il numero di eccezioni rilevate dalla Corte (le falsificazioni) non risulti tale da rendere impossibile alla regola di reggerne il peso⁽¹⁰⁵⁾.

In altri casi, invece, la Corte potrà procedere all'"incorporazione dei lemmi", così estendendo la portata della norma anche ai casi apparentemente non previsti (o inizialmente non contemplati)⁽¹⁰⁶⁾. Così sembra accadere nel settore delle sue pronunce additive o interpretative.

La Corte è insomma conscia di essere solo un decisore tra i tanti, operante entro un sistema particolare, diverso dai sistemi entro cui, con riguardo allo stesso problema, potranno pronunciarsi altri soggetti o istituzioni (il Parlamento, gli organi tecnici, gli altri giudici, la comunità degli scienziati ecc.). E tutto ciò rafforza, anche da questa prospettiva, l'impressione di un effettivo e inevitabile pluralismo dei punti di vista. Le decisioni della Consulta non sono però arbitrarie: si muovono nella cornice della Costituzione e della sua interpretazione sistematica, dei principi di uguaglianza, di ragionevolezza, di precauzione non aprioristica ma razionalmente "fondata"⁽¹⁰⁷⁾, del rifiuto – di norma – del sindacato di merito ma non di quello sul cattivo uso del potere, del rispetto delle sfere di competenza istituzionale e tecnica ecc.

L'insieme di questi strumenti salvano la sua giurisprudenza da forme di vero relativismo radicale, che la costringerebbe ad avallare la scienza purchessia oppure – all'opposto – qualsiasi opzione del legislatore. La Corte si muove su questo difficile crinale.

processo penale (e sulle conseguenti applicazioni, anche in questo settore, del metodo falsificazionista) v. P. TONINI, *Prova scientifica e processo penale*, in *Dir. pen. e proc.* 2003, 1460 s.

⁽¹⁰⁵⁾ Come ha rilevato Roberto Bin.

⁽¹⁰⁶⁾ Cfr. L.H. TRIBE, *Leggere la Costituzione. Una lezione americana*, Bologna 2005, 129 s.

⁽¹⁰⁷⁾ V. le sentt. n. 282/2002 e n. 338/2003; molto chiara è anche la sent. n. 426/2005, per la quale il principio di precauzione «rappresenta un criterio direttivo che deve ispirare l'elaborazione, la definizione e l'attuazione delle politiche ambientali della Comunità europea sulla base di dati scientifici sufficienti e attendibili valutazioni scientifiche circa gli effetti che possono essere prodotti da una determinata attività» (punto 3 del *Considerato in diritto*). Con riguardo alla sent. n. 282, ha sottolineato come la Corte abbia colpito qui un divieto legislativo (regionale) fondato sul principio di precauzione (peraltro eccessivamente generico) T. MAROCCO, *Il principio di precauzione e la sua applicazione in Italia e in altri Stati membri della Comunità europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.* 2003, 1241. Sull'insufficienza di un approccio al principio di precauzione fondato sulla pura ipotesi di un rischio v. i richiami giurisprudenziali europei di M.E. BOTERO, *Il principio di precauzione e le moderne biotecnologie alla luce degli ultimi sviluppi giurisprudenziali della Corte di giustizia di Lussemburgo e dell'ordinamento giuridico della Comunità europea*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, cit., 139 ss.

In altra prospettiva, l'idea pluralista, declinata in un senso costituzionalmente compatibile, affiora spesso anche come specifico criterio, applicato nella soluzione di questioni apparentemente insolubili sotto lo stretto piano scientifico, ossia con riguardo ai casi in cui la scienza offre una descrizione dei complessi fenomeni in oggetto ma non è in grado di dare un responso definitivo circa il "che fare" in concreto (tante e tali sono appunto le voci scientifiche in materia o, soprattutto, le prospettive ideologiche con cui ci si rapporta a taluni fenomeni).

Ne costituisce un esempio la decisione del T.A.R. Lazio, sez. I, 12 ottobre 2001, n. 8645, dedicata alla cosiddetta "pillola del giorno dopo". Viene qui ritenuta legittima la messa in commercio del farmaco Norlevo ma non già l'iniziale contenuto del suo foglietto informativo. Quest'ultimo, omettendo d'informare in modo adeguato sull'eventuale idoneità del medicinale ad impedire l'annidarsi in utero dell'ovulo eventualmente già fecondato⁽¹⁰⁸⁾, non permetteva perciò alla donna di assumere decisioni informate e conformi alle proprie idee (magari diverse) circa l'origine della vita e della gravidanza. Com'è stato efficacemente detto, questa sentenza costituisce, a ben vedere, una sorta di "inno al pluralismo" in materia d'inizio-vita, lasciando congrui spazi di decisione alle dirette interessate⁽¹⁰⁹⁾. Tale scelta non è tuttavia arbitraria: è stata, tra l'altro, l'Organizzazione Mondiale della Sanità – già nel 1985 – a fissare l'inizio della gravidanza con l'annidamento. Tale è poi l'assunto implicito della stessa legge n. 194/1978; quest'ultima si riferisce infatti a procedure e pratiche che presuppongono l'esistenza di feti o di embrioni già annidati.

Di segnale nettamente contrario la sentenza della Suprema Corte di giustizia argentina, 5 marzo 2002, secondo la quale «*todo método que impida el anidamiento debería ser considerado como abortivo*» (in quanto porrebbe termine a una gravidanza già iniziata). Si nega il pluralismo con un'affermazione che scaturisce da una definizione apodittica, attendibile come molte altre, anche notevolmente diverse. Un approccio che, con buone ragioni, può inserirsi nella categoria del cosiddetto "*monster-barring*": si nega il valore del controesempio (il ruolo dell'annidamento), senza dare alcuna importanza alle voci scientifiche (maggioritarie) che sostengono tesi anche molto diverse⁽¹¹⁰⁾. Non dissimile pare il portato della citata sentenza *Gonzales v. Carhart* (2007) della Corte Suprema USA.

⁽¹⁰⁸⁾ V. però le nuove risultanze scientifiche (del Karolinska Institutet di Stoccolma), in base alle quali parrebbe ormai dimostrato che il prodotto agisce esclusivamente sull'ovulazione, non interferendo con l'impianto dell'embrione (e dunque funzionando come un contraccettivo): C. FLAMIGNI, *Contro le donne, ovvero la crociata del terzo millennio*, in *Il Papa oscurantista contro le donne, contro la scienza*, Suppl. a Micromega, 2008 11.

⁽¹⁰⁹⁾ C. CASONATO, *Introduzione al Biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato*, Trento 2006, 40.

⁽¹¹⁰⁾ L.H. TRIBE, *Leggere la Costituzione*, cit., 122 s.

Sul medesimo tracciato si collocano poi molti passaggi della legge n. 40/2004. Anche qui si riscontra un approccio secondo i canoni “*monster-barring*” senza tentare un’incorporazione dei lemmi con la stessa legge n. 194 (benché quest’ultima sia poi formalmente riconfermata dalla stessa legge n. 40). Mediante l’uso della «forza bruta» si afferma così che esiste «una distinzione senza una differenza»⁽¹¹¹⁾. L’esito è, in alcuni suoi passaggi, l’affiorare di più d’un dubbio di legittimità costituzionale. Si pensi alla previsione di un presunto “obbligo d’impianto” (peraltro – e non a caso – irrealizzabile sotto lo stretto profilo giuridico)⁽¹¹²⁾; al numero di (massimo) “tre” embrioni impiantabili, frutto di una scelta legislativa palesemente arbitraria, che non tiene affatto in conto la differenza tra donna e donna, tra patologia e patologia (contrastando perciò gli assunti delle sentenze costituzionali n. 282/2002 e n. 338/2003)⁽¹¹³⁾; all’apodittico divieto di ricerca sugli embrioni, anche nei confronti di quelli ormai inidonei all’impianto in utero (i «cadaveri» di cui pur ragionano taluni difensori ad oltranza della legge)⁽¹¹⁴⁾.

È invece muovendo da un tessuto assai più complesso, che faccia proprio il principio pluralista, la tutela dei diritti, la precauzione motivata, la ragionevolezza (e così via) che occorre guardare anche alle più estreme e

⁽¹¹¹⁾ L.H. TRIBE, *Leggere la Costituzione*, cit., 122 s. Si asserisce cioè «che il proprio livello di generalità è appropriato, senza spiegare perché non possa essere altrimenti».

⁽¹¹²⁾ Come riconosciuto dagli stessi difensori della legge: cfr. C. CASINI – M. CASINI – M.L. DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Torino 2004, 140 s. nonché Trib. Catania 3 maggio 2004, M.A. e altro c. G.A.

⁽¹¹³⁾ Su questa specifica previsione è ora pendente, davanti alla Corte una questione di legittimità costituzionale sollevata dal TAR Lazio-Roma, sez. III-*quater*, 21 gennaio 2008, n. 398. Su tale vicenda, e in via preventiva rispetto all’attesa decisione della Consulta, v. gli interventi raccolti in R. BIN – G. BRUNELLI – A. GUAZZAROTTI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *Dalla provetta alla Corte. La legge n. 40 del 2004 di nuovo a giudizio*, Torino 2008 (E-book). Più di recente, un’ulteriore *quaestio* di legittimità sull’art. 14, commi 1 e 2, e sull’art. 6, comma 3, legge n. 40/2004, nella parte in cui escludono il divieto di crioconservazione degli embrioni residui, la necessità della creazione di massimo tre embrioni nonché l’obbligatorietà dell’unico e contemporaneo impianto degli embrioni stessi (oltre che con riguardo all’irrevocabilità del consenso, da parte della donna, dell’impianto in utero di tutti gli embrioni creati) è stata promossa con l’ordinanza del Tribunale di Firenze 11-12 luglio 2008, n. 323, in *G.U.* n. 44 del 22 ottobre 2008.

⁽¹¹⁴⁾ Cfr. l’intervista rilasciata da Angelo VESCOVI a *Il Messaggero* dell’8 giugno 2005: «gli embrioni congelati da tanto tempo perdono la capacità di attecchire nell’utero, le cellule sono vive ma l’embrione è morto, si tratta di un vero e proprio cadavere»: se davvero così fosse, perché allora non riconoscere a questi enti la stessa dignità offerta ai cadaveri, la quale si traduce nella possibilità di trapiantare organi destinati a salvare altre vite umane?

non ancora saggiate novità in campo biotecnologico o bioetico. Calibrando le singole soluzioni allo specifico fenomeno in discussione. Consentendo un ventaglio di possibilità dove ciò sia ragionevolmente consentito, ma ponendo comunque saldi paletti negli altri casi (si pensi alla sfida dei test genetici predittivi e al problema del sempre possibile cattivo uso delle informazioni genetiche rese eventualmente disponibili).

In tale quadro, nella stessa logica della ragionevolezza (e come un suo sviluppo) pare si collochino poi taluni vincoli giuridico-procedurali che già hanno fatto ingresso nella giurisprudenza o nelle Convenzioni “internazionali”: il principio di precauzione, di prevenzione, di informazione, di partecipazione, di collaborazione, di responsabilità⁽¹¹⁵⁾.

12. La scienza e il giudizio penale.

L'importanza del complesso “ambiente” ordinamentale in cui ci si colloca – nel cui recinto si pone anche la scienza – va altresì riscontrato in quei particolarissimi accertamenti su eventi singoli e concreti che costituiscono il tratto distintivo dei processi penali e civili rispetto alla realtà del processo costituzionale (che agisce invece e soltanto su fatti tipizzati). La diversa rilevanza del “fatto” modifica di certo il tipo di rapporto che s'instaura tra questi giudizi e la scienza, pur non stravolgendolo nella sua essenza complessiva.

Ne processo penale, ad esempio, è ormai da molti affermato che la “verità”, intesa come corrispondenza assoluta di una descrizione allo stato delle cose del mondo reale, non è conseguibile con procedimenti conoscitivi concreti, costituendo soltanto un modello ideale: l'irraggiungibilità della verità assoluta, però, «non dimostra affatto l'impossibilità di un accertamento veritiero nel processo, ma comporta solo che si possa parlare di “verità relativa” con un certo grado di approssimazione alla verità assoluta»⁽¹¹⁶⁾.

Così, per conseguire tale “verità processuale”, senza al contempo inficiare in alcun modo i diritti dei singoli, la prova scientifica è senz'altro un ingrediente fondamentale pur non costituendo l'unico dato rilevante⁽¹¹⁷⁾;

⁽¹¹⁵⁾ Si v. la ricostruzione di G.F. FERRARI, *Bioteologie e diritto costituzionale*, in *Dir. pubbl. comp. ed europeo* 2002, 1563 ss.

⁽¹¹⁶⁾ In tal senso, significativamente, F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., 160 s.

⁽¹¹⁷⁾ V., ad esempio, A. CERRI, *Diritto-scienza: indifferenza, interferenza, protezione, promozione, limitazione*, in G. COMANDÈ – G. PONZANELLI (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino 2004, 376, il quale sottolinea come la prova scientifica sia certo condizione necessaria ma non sufficiente per affermare, sul terreno giuridico, il nesso di causalità.

né risulta privo d'importanza giuridica il modo in cui tale prova è venuta a esistenza⁽¹¹⁸⁾. Anche qui – come abbiamo visto sopra per il processo costituzionale – occorrono invece altre regole (non scientifiche) di valutazione di quelle stesse prove per giungere poi a una conseguente pronuncia. Anche in questo settore un ruolo dominante è quindi assunto dal “contesto” giuridico. Nell'esperienza americana, ad esempio, è solo l'applicazione della regola giuridica dell'“oltre ogni ragionevole dubbio” a consentire al giudice penale di decostruire e ricostruire le affermazioni scientifiche rilevanti nel processo, di smascherare le strategie partigiane degli esperti, di capire quale sia la decisione da adottare alla luce delle risultanze processuali. Tra l'altro, si tratta di un criterio che, non a caso, traduce, sul terreno giuridico, una regola di stretta derivazione scientifica (la cosiddetta falsificazione)⁽¹¹⁹⁾. Esso diviene inoltre operativo mediante un altro momento processuale di stampo falsificazionista: il contraddittorio.

Quali rapporti tra scienza e diritti dei singoli se ne ricavano?

Innanzitutto, l'abbandono, da parte dei giudici, di «ogni pretesa di risolvere con la propria intuizione, i problemi legati allo sviluppo della scienza e della tecnica». Al contempo, cade altresì il mito del recepimento di un sapere neutrale e oggettivo da parte del diritto applicato. Si fa invece strada «nella giurisprudenza un atteggiamento più critico e riflessivo nel pensare le interconnessioni tra sapere scientifico e attività giurisdizionale»⁽¹²⁰⁾.

Così, nel processo penale, la regola dell'“oltre il ragionevole dubbio” costituisce lo strumento (logico-giuridico) teso a portare alla luce i valori, i pregiudizi, gli assunti di natura politica e non scientifica, gli errori metodologici celati oltre il sipario delle affermazioni pronunciate (e giurate) degli esperti; è inoltre in base a questo criterio che si anima il contraddittorio e viene condotto il controesame (anche degli stessi esperti)⁽¹²¹⁾. Il contraddittorio

⁽¹¹⁸⁾ Molto significativa, in tal senso, è la sentenza della Cass. pen., sez. V, 9 luglio 1993, n. 8416 (citata da C. BRUSCO, *La valutazione delle prove scientifiche*, in *Dir. pen. proc.* 2008, suppl. al fasc. 6, 25 e nota 12), in cui – a fronte dell'elaborazione di un nuovo tipo di perizia fonica, predisposta in via originale dai giudici di merito al fine di procedere a un'attività di riconoscimento della voce – la Cassazione afferma che non si può acriticamente assumere il risultato della prova in discussione stante il suo mancato utilizzo in una molteplicità di casi nonché in ragione della mancanza di un necessario confronto degli esperti in merito alla sua attendibilità.

⁽¹¹⁹⁾ A. CERRI, *Diritto-scienza*, cit., 375. Così, nella sentenza della Cass. pen., sez. I, 29 luglio (ud. 21 maggio) 2008, n. 31456, in *Studium iuris* 2008, n. 11, 1330, si afferma che un determinato accadimento può dirsi processualmente certo solo dopo la sua assunzione e verifica con metodologia non dissimile dall'accertamento basato su prove scientifiche.

⁽¹²⁰⁾ F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., 175.

⁽¹²¹⁾ P. FERRUA, *Metodo scientifico e processo penale*, in *Dir. pen. proc.* 2008, suppl. al fasc. 6, 17 ss. e F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., 175.

torio, nello specifico, costituisce infatti un momento processuale dall'evidente carattere falsificazionista: esso è infatti destinato a incidere e a mettere così in discussione sia la prova del fatto sia la sua (eventualmente contestata) qualificazione giuridica⁽¹²²⁾.

Da qui discende l'importanza di un altro criterio coniato dalla sentenza Daubert: che i tecnici chiamati a testimoniare dichiarino il tasso di errore delle tecniche da loro utilizzate⁽¹²³⁾. Sempre da qui deriva poi l'importanza della motivazione delle pronunce, intesa quale strumento di controllo della regolarità dell'*iter* logico che ha condotto al giudizio e per valutare il ruolo concretamente assunto dalla scienza in quel particolare processo.

Se ne ricava, inoltre, che la prova scientifica è certo una condizione necessaria ma non sufficiente per affermare, sul terreno giuridico, il nesso di causalità; talvolta la prova scientifica può infatti offrire una visione distorta dello stesso fatto che parrebbe invece accertare in ogni sua sfumatura⁽¹²⁴⁾. Occorre invece spiegare perché un certo comportamento ha costituito la condizione *sine qua non* (clausola *but for*) di quel particolare evento delittuoso. Non è sufficiente una "causalità generale" spiegata dalla scienza; occorre invece perseguire l'attribuzione di singoli e concreti eventi. Molto spesso, invece, le scienze utilizzate dal giudice si limitano a individuare la causa idonea e non già la causa necessaria. Questa è però, all'evidenza, «l'anticamera della condanna d'innocenti»⁽¹²⁵⁾. Occorre perciò leggere i dati di queste discipline utilizzando gli occhiali (e gli antidoti) forgiati dai criteri giuridici che sono stati a tal fine elaborati.

In Italia esiste probabilmente ancora una giurisprudenza contraddittoria

⁽¹²²⁾ Cfr. P. FERRUA, *Metodo scientifico*, cit., 17 ss.

⁽¹²³⁾ Ogni tecnica comporta infatti un margine di errore. Ad esempio, gli esami autoptici tra il 39% e il 60%, il DNA possiede invece margini di imprecisione di circa il 2%: cfr. F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., 378. Ne deriva che l'attendibilità di un test del DNA è normalmente assai elevata ma dipende in buona parte anche dal modo in cui la prova si è raccolta ed esaminata, oltre che dal suo raccordo con altre prove nello specifico contesto in cui è usata; così, essa è in grado di precisare con sostanziale certezza, ad esempio, la paternità, ma offre solo dati da interpretare ove sia raccolta sul luogo di un omicidio (si v. il caso del barista inglese citato alla nota successiva). Del tutto diverso è invece lo statuto scientifico della psicologia o della psicanalisi (e quindi il grado di precisione che queste discipline offrono, ad esempio, per stabilire la capacità d'intendere e di volere). Su questi profili v. M. TARUFFO, *Le prove scientifiche nel processo civile*, cit., 1092 s.).

⁽¹²⁴⁾ Cfr. A. CERRI, *Diritto-scienza*, cit., 376. Si pensi, ad esempio, al caso del barista inglese, inchiodato dalla prova del dna (che lo voleva assassino in Italia) ma scagionato dalle prove tradizionali (con le quali si è dimostrato il "fatto" che, al momento dell'omicidio, egli era al lavoro nel suo pub): G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza*, cit., 422 s.

⁽¹²⁵⁾ F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., 222 s.

e oscillante tra questi due estremi⁽¹²⁶⁾. Prevale però – parrebbe – l’idea della causalità specifica, sia pure tra spinte e contropunte⁽¹²⁷⁾. È comunque chiaro che anche il criterio dell’“oltre il ragionevole dubbio” non è ideologicamente neutrale, muovendo invece da specifiche istanze di carattere individualgarantistico; esso rende inoltre assai difficile accertare il nesso causale nei settori più problematici (responsabilità medica, responsabilità colposa da attività pericolose ecc.)⁽¹²⁸⁾.

13. *La scienza e il processo civile.*

Anche nel processo civile si pone un analogo (anche se non identico) problema di *standard* delle prove scientifiche. Rileva perciò, anche in questa sede, il tema dei criteri aggiuntivi e necessari alla traduzione della prova scientifica nel processo; altra conferma del decisivo rilievo assunto da ciò che abbiamo sinteticamente definito “il contesto”.

In tal senso è frequente, nella massime giurisprudenziali della Cassazione civile, reperire la formula per cui la prova scientifica (anche certa) non possa, da sola, fornire la parola definitiva per chiudere il giudizio. Vi è insomma la ritrosia dei giudici a “legarsi mani e piedi” a un sapere che si recepisce comunque estraneo; sapere che va quindi filtrato dagli strumenti giuridici a disposizione nonché dalla loro capacità di “fermare” e “ridisegnare” la complessità dei fatti sui quali occorre decidere.

Sul punto è noto il braccio di ferro tra chi ritiene che le prove nel processo civile siano solo strumenti retorici che le parti usano per convincere il giudice (e quindi non attribuisce alla scienza un ruolo specifico nel processo, se non – appunto – come argomento accanto agli altri) e chi, all’opposto, concepisce la

⁽¹²⁶⁾ Un’accurata rassegna in tal senso è offerta da F. STELLA, *Fallacie e anarchia metodologica in tema di causalità. La sentenza Orlando, la sentenza Loi, la sentenza Ubbiali* (Cass. sez. IV pen.), in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2004, 23 ss.

⁽¹²⁷⁾ Si v. la sent. Cass. pen., sez. un., 10 luglio 2002, Franzese (e ivi richiami giurisprudenziali). La tesi di Stella e l’affermazione per cui la regola dell’“oltre ogni ragionevole dubbio” faccia ormai parte del nostro ordinamento è espressamente affermata nella sentenza del Trib. Venezia, sez. I pen., 29 maggio 1992, sul caso Petrolchimico. Di recente v. la sent. Cass. pen., sez. IV, 17 aprile (ud. 13 febbraio) 2007, n. 192, Della Torre (in materia di avvelenamento di acque). Di tutt’altra filosofia la sentenza Orlando (Cass. pen., sez. IV, 10 giugno 2002, n. 22568): si ribalta qui la tesi per cui la causa di eventi singoli non possa essere conosciuta senza il ricorso alle leggi della scienza. L’idea è quella di liberarsi di tutto ciò per dare più ampio spazio al fiuto, all’intuizione, all’immaginazione del giudice. Affiora perciò l’idea che la scienza induca a punire troppo poco, negando, ad esempio, l’automatismo tra l’esposizione all’amianto e la causa tumorale. Il rischio è però la violazione dei diritti dell’imputato.

⁽¹²⁸⁾ L. LOMBARDO, *La scienza e il giudice nella ricostruzione del fatto*, in *Riv. dir. proc.* 2007, 58, nt. 72, che richiama precise osservazione di Giovanni Fiandaca.

prova come un mezzo essenziale per fornire al giudice informazioni controllate e attendibili per un accertamento veritiero dei fatti (e quindi auspica un uso “razionale”, nonché adeguato al processo, delle conoscenze/informazioni fornite dalla scienza) ⁽¹²⁹⁾.

Se peraltro non si vuole interpretare il principio del «prudente apprezzamento» del giudice (art. 116, comma 1, c.p.c.) in chiave puramente soggettivista e impressionistica, occorre un criterio che ne colmi l’ambiguità e lo traduca “in positivo”. Si starebbe così imponendo l’idea della “probabilità prevalente” ossia del “più probabile che no” ⁽¹³⁰⁾. Il giudice dovrebbe insomma scegliere l’ipotesi che appare sorretta da un grado di conferma logica relativamente prevalente rispetto alle altre; occorre inoltre che la probabilità prevalente sia altresì idonea a far considerare come vero, invece che come falso, l’enunciato in questione. In ogni caso, si tratterebbe di uno standard di prova diverso da quello valido per il processo penale e assai meno intenso rispetto a quest’ultimo ⁽¹³¹⁾. Vi sarebbe dunque il problema di stabilire i diversi “gradi di probabilità” che però questa teoria non identifica precisamente ⁽¹³²⁾.

Anche su questo versante le pressioni sono peraltro nel senso di un progressivo intensificarsi dello *standard*. Ne costituisce un esempio la recente sentenza della Cassazione avente ad oggetto i danni da fumo conseguenti all’ingannevole presentazione del prodotto con la dicitura “light” (prima di uno specifico divieto in tal senso e nonostante fosse scientificamente certa l’analoga dannosità di tali sigarette rispetto a quelle ordinarie) ⁽¹³³⁾. Nel cassare, sul punto, la decisione del giudice di pace, la Cassazione precisa infatti che «anche in tema di risarcimento del danno da responsabilità

⁽¹²⁹⁾ Cfr. M. TARUFFO, *Le prove scientifiche nel processo civile*, cit., 1080.

⁽¹³⁰⁾ A conferma di ciò si v., da ultimo, Cass. civ., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 576: in tema di responsabilità aquiliana – nella quale vige, alla stregua delle regole di cui agli art. 40 e 41 c.p., il principio dell’equivalenza delle cause, temperato da quello della causalità adeguata – il nesso di causalità consiste anche nella regola della preponderanza dell’evidenza o del «più probabile che non»; ne consegue che – sussistendo a carico del Ministero della sanità (oggi Ministero della salute), anche prima dell’entrata in vigore della l. 4 maggio 1990 n. 107, un obbligo di controllo e di vigilanza in materia di raccolta e distribuzione di sangue umano per uso terapeutico – il giudice, accertata l’omissione di tali attività con riferimento alle cognizioni scientifiche esistenti all’epoca di produzione del preparato, ed accertata l’esistenza di una patologia da virus HIV, HBV o HCV in soggetto emotrasfuso o assuntore di emoderivati, può ritenere, in assenza di altri fattori alternativi, che tale omissione sia stata causa dell’insorgenza della malattia e che, per converso, la condotta doverosa del Ministero, se svolta, avrebbe impedito il verificarsi dell’evento.

⁽¹³¹⁾ M. TARUFFO, *Le prove scientifiche nel processo civile*, cit., 1084.

⁽¹³²⁾ Da qui le critiche formulate da F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., 161 s.

⁽¹³³⁾ Cass. civ., sez. III, 4 luglio 2007, n. 15131.

aquiliana... occorre che sia provata l'esistenza di questo danno di cui si chiede il risarcimento, non potendo ritenersi che il danno sia *in re ipsa*, cioè coincida con l'evento, poiché il danno risarcibile è pur sempre un danno conseguenza anche nella responsabilità aquiliana... e non coincide con l'evento, che è invece un elemento del fatto, produttivo del danno... La linea logica che sostenesse il contrario ed a cui pare ispirarsi la sentenza impugnata, si fonderebbe essenzialmente sul presupposto che, una volta verificatosi il fatto dannoso, la dimostrazione del danno ingiusto sarebbe *in re ipsa*, per cui non ricadrebbe sull'attore originario l'onere della dimostrazione delle singole situazioni di pregiudizio subite e risarcibili. Questa impostazione non è accettabile... Sostenere ciò significa affermare la sussistenza di una presunzione in base alla quale, una volta verificatosi il fatto, appartiene alla regolarità causale la realizzazione del danno ingiusto oggetto della domanda risarcitoria, per cui la mancata conseguenza di tale pregiudizio debba ritenersi come eccezionale. Così operando si pone a carico del convenuto danneggiante l'onere della prova contraria all'esistenza del danno in questione. Occorre, quindi, che l'attore danneggiato fornisca la specifica prova del danno lamentato. Ovviamente tra dette prove può annoverarsi anche quella presuntiva, ma di essa il giudice deve dare adeguato conto, non potendo ritenersi implicita nella statuizione risarcitoria»⁽¹³⁴⁾.

Questa diversità di gradi (pur in corso di avvicinamento) nel rapporto tra scienza e processo civile e penale è comunque suggerito da un passaggio della già citata sentenza costituzionale n. 114/1998: è qui sottolineata la necessità che vi siano «i sicuri riferimenti scientifici o la forte rispondenza alla realtà delle situazioni che il legislatore ha inteso definire». E ciò *specie nel diritto penale*, «per le conseguenze che ne discendono sia per la libertà dei singoli che per la tutela della collettività»; questo tuttavia non esclude né rende meno appetibili simili o analoghi assestamenti anche in altri settori giuridici.

14. *Sull'evolvere dell'ordinamento tra azioni delle corti e del legislatore.*

L'immagine complessiva è insomma che l'ordinamento – dal punto di vista della Corte costituzionale, ma anche degli altri giudici – delinea una parabola che evita accuratamente gli estremi (l'esaltazione scienziata; la deriva immobilista) ma segua un suo logico percorso. In taluni casi questo tracciato percorre strade che possono apparirci lente o sbagliate⁽¹³⁵⁾. La

⁽¹³⁴⁾ Punti 4.2 e 4.3.

⁽¹³⁵⁾ Ad esempio, si pensi al fideismo della sent. n. 188/1982; oppure ai casi in cui la Corte abilmente evita di pronunciarsi su singole questioni sensibili pur sussistendo opportuni spazi di manovra (l'ordinanza costituzionale sulla p.m.a., l'iniziale cautela sul transessualismo ecc.).

traiettorie complessive è però nel senso di un pur lento moto. Una mobilità cauta, frenata da molteplici fattori ma non refrattaria a progressivi scivolamenti, specie quando il legislatore abbandona gli ormeggi (v. ancora il caso del transessualismo, della definizione di morte, dell'aborto, del plagio e così via).

Una ben diversa velocità si riscontrerebbe insomma se, sui singoli temi, intervenissero audaci interventi del legislatore: ma – anche qui – le sue andature troppo ardite potrebbero poi essere bloccate da una successiva pronuncia costituzionale (come, peraltro, anche le opposte e sempre possibili scelte eccessivamente conservatrici). Nel medesimo tempo, le stesse latitanze normative (specie se protratte oltre il tollerabile) potrebbero essere, almeno in qualche caso, analogamente sanzionate.

Nel complesso – e parafrasando, con una notevole libertà, le tesi darwiniane – si configura con ciò un processo evolutivo che segue un suo tracciato di “selezioni naturali” determinate dal “contesto”; tale percorso è teso a privilegiare, nel corso del tempo, le scelte almeno all'apparenza più adatte alle condizioni in cui versa l'ordinamento. Altro discorso è se ciò poi avvenga in concreto.

Tale tracciato non costituisce sempre il prodotto di un disegno intenzionale e predeterminato dal legislatore. A volte interviene inoltre il “caso”: una determinata norma o una determinata pronuncia, intrecciandosi con l'ambiente giuridico in cui viene ospitata (o con le singole fattispecie concrete cui è chiamata a dare risposta) può inaspettatamente modificare il proprio senso o, addirittura, mutare di significato. E tale movimento può riservarci sia vantaggi che rischi, proprio com'è accaduto per l'evoluzione naturale⁽¹³⁶⁾. Sono perciò sempre in agguato le interruzioni di uno sviluppo che appariva invece ben intradato: così, sull'ordinamento possono sempre infrangersi “meteore” di varia natura, le quali possono produrre il regresso o l'isterilimento di taluni percorsi, rallentare i tempi dell'evoluzione complessiva del sistema e così via.

Certo è che taluni sviluppi si possono opportunamente aiutare. Ad esempio, se la Corte costituzionale potenziasse l'uso delle ordinanze istruttorie, incrementerebbe di certo, e a ragion veduta, le sue misurate possibilità d'intervento; lo stesso vale, in diversa misura, per le audizioni scientifiche che dovrebbero precedere nonché accompagnare e influenzare le scelte del legislatore (e che spesso sono invece del tutto disattese)⁽¹³⁷⁾.

⁽¹³⁶⁾ Sui punti sin qui discussi v. L. GALLINO, *Tecnologia e democrazia*, Torino 2007, *passim*.

⁽¹³⁷⁾ Così è accaduto, ad esempio, nel caso della discussione parlamentare sulla legge n. 40/2004 in materia di procreazione assistita. Analogo l'atteggiamento adottato dagli organi parlamentari in un'altra vicenda particolarmente delicata: l'approvazione della legge che punisce le mutilazioni genitali femminili (legge n. 7/2006).

Che esistano alcune (non meccanicistiche) somiglianze tra il funzionamento complessivo di un sistema costituzionale e le coordinate della genetica, letta alla luce dei meccanismi darwiniani, si coglie anche in un altro profilo. La scienza ci insegna che i geni stabiliscono i limiti di ciò che possiamo essere: «si tratta di limiti piuttosto ampi; dove ci collochiamo, al loro interno, dipende dalle diverse condizioni in cui siamo cresciuti e in cui viviamo»⁽¹³⁸⁾. *Mutatis mutandis*, lo stesso vale per l'ordinamento costituzionale: le norme della Costituzione, nelle loro combinazioni, consentono quasi sempre soluzioni legislative assai diverse. Ma non tutto è ammesso e ciò che è consentito spesso non dipende neppure dalla sola Costituzione bensì dallo stato della legislazione, dalla preparazione e disponibilità dei giudici, dal "clima" politico e così via (si pensi ai giudizi di uguaglianza e ragionevolezza). La Carta delinea invece e sempre dei confini che – in qualunque chiave interpretativa ci si collochi (neopositivista, per valori, teoria c.d. debole) – non possono essere valicati. E tali confini sono spesso, a loro volta, assai mobili, specie nel tempo e anche a prescindere da modifiche puntuali del testo.

Non molto diverso è affermare che il diritto non è un dato formale ma «un farsi incessante, nel quale confluiscono esigenze molteplici poste da numerosi e talora contraddittori principi che pretendono di essere realizzati nel contatto con la realtà viva delle esperienze sociali»⁽¹³⁹⁾.

A volte occorre tempo (anche molto tempo) affinché l'ordinamento proceda. Il percorso così tracciato tende quindi ad assomigliare assai più a un «fiume carsico»⁽¹⁴⁰⁾ che a una retta; tuttavia, la linea d'andamento complessiva – pur tra ripensamenti e frenate sempre all'erta – pare tracciata.

ABSTRACT

Starting from an analysis of the Italian constitutional jurisprudence, the essay reconstructs different pathways through which the Court has used the science for developing the logic of its decisions. The investigation shows that even where the scientific data is relevant, it is not the only element used by the court in view of its responses. From the Court perspective, the "legal framework" in which the scientific data in various cases is associated, is always significant (if not decisive). This legal framework is given, for example, by the allotment of competences relevant in each case, by the discretion accorded to technical bodies and experts, by the principle of reasonableness, by the respect to the discretion of the legislator in law-making, etc...The examination of the civil and criminal jurisprudence – illustrated in the last paragraphs of the work – seems to lead to similar results.

⁽¹³⁸⁾ G. BARBUJANI, *L'invenzione delle razze*, cit., 75.

⁽¹³⁹⁾ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino 1992, 167 s.

⁽¹⁴⁰⁾ A. SANTOSUOSSO, *Corpo e libertà. Una storia tra diritto e scienza*, Milano 2001, 285 ss.

A partire da un'analisi della giurisprudenza costituzionale italiana, il saggio ricostruisce attraverso quali variegati percorsi la Consulta abbia utilizzato la scienza nell'*iter* logico delle sue decisioni. Dall'indagine emerge che, anche laddove il dato scientifico appare rilevante in assoluto, esso risulta peraltro solo uno degli elementi utilizzati dal giudice delle leggi in vista dei suoi responsi. Nella prospettiva della Corte risulta perciò sempre significativo (quando non decisivo) il "contesto giuridico" in cui lo stesso dato scientifico, nelle varie fattispecie, si colloca (contesto determinato, ad esempio, dal riparto di competenze rilevante nelle singole fattispecie, dalla discrezionalità che deve riservarsi agli organi tecnici e agli esperti, dal principio di ragionevolezza, dal rispetto della discrezionalità del legislatore ecc.). Ad analoghi risultati sembra condurre l'esame della giurisprudenza civile e penale svolto negli ultimi paragrafi del lavoro.

FRANCESCO D'URSO

INDIVIDUO, *GENOSSENSCHAFT*, STATO.
I MOTIVI ISPIRATORI DEL "THEORIENSTREIT"
OTTOCENTESCO SULLA PERSONA GIURIDICA

SOMMARIO: 1) Premessa – 2) L'archetipo secondo Savigny. La persona giuridica quale prodotto del 'soggettivismo' individualistico – 3) Il confinamento nel diritto privato – 4) L'ente ideale e il suo legame genetico con lo Stato – 5) La critica di Otto von Gierke. Scelte di campo, strumenti nuovi – 6) Fondamenta storiche, edificazione del futuro – 7) La "freie Association" tra Stato di diritto e questione sociale – 8) Un'idea nuova di persona – 9) Considerazioni conclusive

1. *Premessa*

Spesso i dogmi giuridici sopravvivono, ormai statici nella loro perfezione formale, alle esigenze e alle sensibilità che ne hanno determinato la nascita. Così è stato per la persona giuridica, come può dimostrare la vicenda delle due maggiori teoriche sulla sua natura che si sono fronteggiate, a volte aspramente, a partire dalla seconda metà dell'Ottocento. L'epocale "Theorienstreit" ha contrapposto, com'è noto, l'idea sostenuta da Savigny, secondo cui la persona giuridica sarebbe una finzione creata dal legislatore, alla tesi di Gierke per la quale già nella realtà pregiuridica le organizzazioni sociali hanno una capacità di volere e agire che ne fa persone collettive realmente esistenti. Nonostante il richiamo da parte di entrambe le teorie a un passato che sembrava già conoscerle⁽¹⁾ e dunque legittimarle quali verità evidenti del pensiero giuridico, ci si prefigge di rileggerle congiuntamente dalla visuale dei loro legami genetici con i fondamentali problemi che travagliano la vita giuridica – e ancor prima sociale – del XIX secolo, ai quali hanno tentato d'offrire da fronti contrapposti soluzioni forse unilaterali, ma rispondenti a

⁽¹⁾ Si preciserà meglio in seguito il ruolo relevantissimo e strumentale che le ricostruzioni storiche hanno avuto in questa vicenda dottrinale.

strategie giuridiche intensamente perseguite dai loro autori⁽²⁾. L'obiettivo è pertanto isolare il fotogramma iniziale, per così dire, d'una sequenza che quasi da subito ha perso il suo significato originale per acquisirne di nuovi e trasformarsi in mitologia – in quel 'mito della persona giuridica'⁽³⁾ ormai da più parti criticato.

L'influenza delle due teorie, giova ricordarlo, s'è drasticamente ridimensionata negli ultimi decenni. Tipicamente tedesche nella fattura, perfino in madrepatria sono ricordate per semplice onere di completezza⁽⁴⁾, quando non vengano apertamente accusate d'aver perso ogni significato per il presente: il diritto delle persone giuridiche, si osserva, risulta ormai determinato dalla legislazione e dalla giurisprudenza del tutto indipendentemente dalle teorie dei professori⁽⁵⁾. Del resto, il modo perlopiù meccanico in cui le dottrine, nate da un complesso (e irripetibile) percorso intellettuale dei rispettivi autori, sono state tramandate dai seguaci ha contribuito alla loro irrimediabile sclerosi⁽⁶⁾. In Italia, dove la revisione della persona giuridica è stata particolarmente agguerrita, alla concezione considerata "tradizionale" (risalente appunto a Savigny e Gierke), convinta dell'esistenza – quale dato reale oppure voluto dal legislatore – di soggetti di diritto diversi dall'uomo, tende a sostituirsi una visione negatrice, secondo la quale l'ordinamento tratta una serie di rapporti pur sempre riferiti ai singoli solo 'come se' facessero capo a un soggetto distinto: quest'ultimo è quindi semplicemente una costruzione dottrinale recepita dal legislatore come giustificazione a posteriori d'una disciplina che comunque esercita tutto il proprio vigore⁽⁷⁾.

(2) Pochi temi come quello della persona giuridica sono così capaci di coinvolgere "l'intera personalità del disputante con tutte le sue certezze di fondo" (P. GROSSI, *Pagina introduttiva*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", XI/XII, 1982-1983, p. 3); "qui, più che altrove, la scienza giuridica ha dimostrato che le sue strade non erano soltanto i vicoli della elaborazione tecnica e ha rivendicato a sé un rango produttivo di pensiero: qui, più che altrove, non è né enfatico né apologetico cogliere le trame di un 'pensiero giuridico'..." (ivi, p. 6).

(3) P. ZATTI, *Persona e soggettività giuridica. Per una definizione del concetto di persona nel rapporto con la titolarità delle situazioni soggettive*, Padova, Cedam, 1975, p. 14.

(4) Di una "Pflichtübung" parla W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, I.2, *Die juristische Person*, Berlin, Springer, 1983, p. 24.

(5) FLUME, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 24.

(6) K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, Heymanns, 1997³, p. 198.

(7) Le voci critiche nel panorama italiano, fortemente influenzate da Hans Kelsen (*La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1990, p. 198 ss.) e dalla filosofia analitica, possono essere disposte, nonostante la diversità di obiettivi e accenti, in una sorta di genealogia che comprende T. ASCARELLI (in particolare *Considerazioni in tema di società e personalità giuridica*, in Id., *Saggi di diritto commerciale*, Milano,

Tutto ciò non elimina il valore storico del “Theorienstreit”: le principali elaborazioni tecniche in tema di persona giuridica, dalla divisione fra associazione e fondazione alla teoria organica, trovano qui la loro matrice. Le teorie della finzione e della realtà hanno preparato la legislazione dei diversi paesi, ne hanno guidato l’interpretazione e hanno orientato la speculazione scientifica⁽⁸⁾: non sembra azzardato affermare che le caratteristiche (ritenute) essenziali e connaturate alla persona giuridica siano in realtà la scelta consapevole di questo momento iniziale nel quale si è predisposta la griglia concettuale su cui si sono mossi, per respingerla o aderirvi, la produzione legislativa, il dibattito scientifico e anche la ricerca storica.

Molti aspetti tuttora problematici della persona giuridica discendono quindi dalle motivazioni e dagli intenti di coloro che l’hanno ideata. L’esistenza di uno *Streit*, nel nostro caso, mette felicemente (e impietosamente) a nudo proprio questa qualità del dogma, di nascere storicamente condizionato, in particolare dalla concezione individualistica e dall’originario sospetto verso le realtà collettive caratteristici dell’età moderna e del primo XIX secolo: tutta la critica gierkiana porta allo scoperto ciò che probabilmente sarebbe rimasto a lungo sepolto sotto la coltre apparentemente impenetrabile di una scienza raffinata e del suo sistema chiuso basato sul diritto romano.

A questo si aggiunga che ricostruire le sollecitazioni alla base dei due modelli di persona giuridica è compito più lieve oggi che, caduti in crisi, possono essere considerati prodotti storici rispettabili in quanto tali e non più per la tenuta dei loro assunti. Non si tratta peraltro di farne la commemorazione, perché anzi si possono ricavare consapevolezze per il presente su strumenti con cui il giurista continua ad operare: su tutte, la consapevolezza di quella che lo storico designa come storicità e che, vista dal lato del giurista positivo, significa relatività, dunque funzionalità di un artificio tecnico quale la persona giuridica, che non dovrebbe rispondere a coerenze interne di tipo

Giuffrè, 1955, pp. 130-217, e *Personalità giuridica e problemi delle società*, in ID., *Problemi giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1959, pp. 235-316), F. D’ALESSANDRO (*Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, I, Milano, 1969, ora riedito autonomamente con lo stesso titolo, Padova, Cedam, 1989), F. GALGANO (in particolare *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, in «Rivista di diritto civile», 1965, pp. 553-633 e *Il costo della persona giuridica*, in «Rivista delle società», XIII, 1968, pp. 1-16), P. ZATTI (*Persona e soggettività giuridica*, cit., nonché, più di recente, le voci *Persona in genere*, *Persona giuridica*, *Soggetto* in *Glossario*, a cura di S. Belvedere, R. Guastini, P. Zatti, V. Zeno Zencovich, nel *Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti*, Milano, Giuffrè, 1994).

⁽⁸⁾ M. BASILE, *Le persone giuridiche (con un contributo di M. V. De Giorgi)*, in *Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 130.

dogmatico ma alla necessità di risolvere problemi contingenti della vita sociale economica politica.

La complessità dei motivi culturali intrecciati nel *Theorienstreit* si sprigiona con una nitidezza poi destinata a perdersi dal confronto fra due ben individuabili imprese monografiche, che per questo motivo si è scelto di privilegiare⁽⁹⁾. La prima è ovviamente il punto di partenza di tutto il secolare dibattito, ossia il secondo volume del savigniano *System des heutigen römischen Rechts* in cui si trova la trattazione della persona giuridica⁽¹⁰⁾. Ad esso si contrappongono idealmente tutti interi i quattro volumi del *Das deutsche Genossenschaftsrecht* di Otto von Gierke⁽¹¹⁾, opera rimasta incompiuta – nonostante le sue 3500 pagine – e composta in un lungo arco temporale durante il quale l'autore la abbandonò più volte per dedicarsi alla costruzione sistematica e alla divulgazione della sua teoria. La “teoria della realtà” fu infatti elaborata da Gierke in altre opere d'impronta maggiormente dogmatica⁽¹²⁾ e i suoi capisaldi furono esposti in una ricca produzione saggistica di diritto sia pubblico che privato⁽¹³⁾; ma mano a mano essa andava anche strutturandosi come sistema soprattutto tecnico, quello stesso di cui il maggiore esperto italiano di questi temi ebbe a dire con ironia che si trattava di “un'ipotesi fantastica d'un artista del diritto”⁽¹⁴⁾. A quel punto era iniziata, in un certo senso, un'altra storia:

⁽⁹⁾ Per un quadro più articolato è d'obbligo rimandare alla monografia, specificamente dedicata al dibattito ottocentesco, di F. SCHIKORSKI, *Die Auseinandersetzung um den Körperschaftsbegriff in der Rechtslehre des 19. Jahrhunderts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1978, che però rispetto al profilo storico-giuridico ne privilegia uno maggiormente filosofico.

⁽¹⁰⁾ F.C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, II, tradotto da V. Scialoja, Torino, Unione tipografico-editrice, 1888.

⁽¹¹⁾ Vol. I, *Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft*, Berlin, 1868; vol. II, *Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs*, Berlin, 1873; vol. III, *Die Staats- und Korporationslehre des Altertums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland*, Berlin, 1881; vol. IV, *Die Staats- und Korporationslehre der Neuzeit. Durchgeführt bis zur Mitte des Siebzehnten, für das Naturrecht bis zum Beginn des neunzehnten Jahrhunderts*, Berlin, 1913 (ed. Weidmannsche Buchhandlung; rist. anast. dell'intera opera Graz, Akademische Druck- u. Verlagsanstalt, 1954).

⁽¹²⁾ O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin, Weidmannsche Buchhandlung, 1887; Id., *Deutsches Privatrecht*, I, *Allgemeiner Teil und Personenrecht*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1895.

⁽¹³⁾ In particolare *Das Wesen der menschlichen Verbände*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1902 e sul versante pubblicistico *Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft*, in «Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im deutschen Reich», VII, 1883, pp. 1097-1195.

⁽¹⁴⁾ F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, Napoli-Torino, Marghieri-Utet, 1923², p. 209. Il Ferrara, peraltro, loda la teoria della realtà per la sua funzione storica di aver promosso un movimento a favore delle associazioni (ivi, p. 226).

l'idea si era trasformata in assioma da accettare, come fece prontamente uno stuolo di seguaci⁽¹⁵⁾, o rifiutare, come perlopiù ha fatto la scienza giuridica europea⁽¹⁶⁾.

Il *Das deutsche Genossenschaftsrecht* invece rimane programma e paradigma di tutta la produzione gierkiana⁽¹⁷⁾, ma soprattutto è opera di frontiera, nella quale ogni campo del diritto e ogni epoca storica, il passato come il presente, sono guardati dall'osservatorio delle associazioni umane con sguardo profondamente originale e con personale coinvolgimento. Le organizzazioni collettive vengono recuperate alla vita giuridica in sé e per sé, non semplicemente come proiezioni degli individui, mettendo a nudo il nucleo vitale dei problemi coinvolti nel *Theorienstreit*.

2. L'archetipo secondo Savigny. La persona giuridica quale prodotto del 'soggettivismo' individualistico

Sullo sfondo della vicenda che si esamina sta un evento dall'influenza solo indiretta, ma certo di grande suggestione simbolica: la cancellazione ad opera della Rivoluzione francese⁽¹⁸⁾, sulla scia degli impulsi illuministi-

⁽¹⁵⁾ È lo stesso Gierke a elencarli: *Deutsches Privatrecht*, I, cit., pp. 466-467.

⁽¹⁶⁾ Agli "eccessi" della teoria della realtà, anzi, si fa risalire gran parte degli atteggiamenti critici nei confronti della persona giuridica (M. BASILE, A. FALZEA, *Persona giuridica. Diritto Privato*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIII, p. 267).

⁽¹⁷⁾ Su questo suo carattere – con riguardo in particolare al volume I – ha insistito soprattutto il miglior conoscitore anglosassone di Gierke, A. BLACK, *Community in historical perspective. A translation of selections from Das deutsche Genossenschaftsrecht by Otto von Gierke*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, pp. xiv-xxx ("editor's introduction"); anche secondo O. G. OEXLE, *Otto von Gierkes 'Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft'. Ein Versuch wissenschaftsgeschichtlicher Rekapitulation*, in *Deutsche Geschichtswissenschaft um 1900*, ed. N. Hammerstein, Stuttgart, Steiner, 1988, il primo volume costituisce "die Grundlage seines gesamten Werks und bietet dessen wesentlichen Grundzüge".

⁽¹⁸⁾ Si negò il diritto d'esistere alle associazioni 'inferiori', nelle quali lo Stato vedeva un limite alla propria sovranità e l'individuo un ostacolo alla libertà ed eguaglianza; ma incise anche la questione concreta della soppressione della proprietà ecclesiastica, al fine di affrancare la proprietà individuale dai vincoli che l'opprimevano e di estenderne il godimento al maggior numero di cittadini (al proposito G. SOLARI, *Individualismo e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 1959², p. 143 ss.). Le cosiddette *gens de mainmorte* avevano comunque incontrato nell'ultimo secolo e mezzo una crescente ostilità da parte della monarchia, come dimostra la disciplina assai restrittiva dell'ordinanza, datata 1749, del cancelliere d'Agessseau (un vero e proprio codice di manomorta, su cui si veda M. MARION, *Dictionnaire des institutions de la France aux XVII^e-XVIII^e siècles*, Parigi, Picard, 1989, ed. originale 1923, p. 346).

ci⁽¹⁹⁾, della fitta rete di “corps et communautés” vitali per tutto l'*Ancien Regime*. Il codice Napoleone, col suo silenzio su qualsiasi idea tradizionale di *persona ficta* o *persona moralis*, ha consacrato definitivamente gli esiti della stagione rivoluzionaria imponendoli in Francia per oltre un secolo⁽²⁰⁾.

Nel contesto tedesco e nei fermenti ideali che lo animavano durante la prima metà dell'Ottocento si sovrapponevano invece i resti della struttura sociale d'antico regime con l'affermarsi del liberalismo borghese. In questo *humus* particolarmente complesso si situa la genesi di quel prodotto teorico “persona giuridica” – seppur nella particolare forma della “finzione” – su cui ancor'oggi la scienza dibatte. L'espressione “persona giuridica” innanzitutto era nuova, perché usata per la prima volta all'alba dell'Ottocento da Hugo e poi da Heise⁽²¹⁾; ma del tutto originale è anche la costruzione dottrinale che ad essa associa, nel 1840, il Savigny⁽²²⁾. La sua “teoria della finzione” rappresenta infatti uno spartiacque fondamentale. Costituisce momento di svolta rispetto al passato: una svolta, è importante precisarlo, che in parte è rottura, in parte è compimento definitivo di processi già iniziati, dei quali per ciò stesso supera la precedente incompiutezza. Contemporaneamente, tale teoria è il presupposto logico e cronologico di tutte le successive elaborazioni e delle discussioni che queste hanno generato⁽²³⁾.

(19) Funge quasi da manifesto delle nuove idee la voce *Fondazione* di A. R. J. TURGOT, in *Enciclopedia o dizionario ragionato delle scienze, delle arti e dei mestieri ordinato da Diderot e D'Alembert*, Bari, Laterza, 1968, per il quale i corpi particolari non esistono di per sé né per sé, ma sono stati formati per la società e devono cessare di esistere nel momento in cui cessa la loro utilità (p. 639).

(20) Almeno fino a quando non fu emanata la legge del 1901, le cui vicende formative sono ora ripercorse da J.-C. BARDOUT, *Les libertés d'association. Histoire étonnante de la loi 1901*, Lyon, Editions juris-service, 1991. Non v'è nel Codice Napoleone né il nome né il concetto generale di persona morale, intesa come creazione dell'iniziativa privata; piuttosto sono nominati di volta in volta (artt. 542, 910, 937, 1712, 2045, 2227) lo Stato, gli enti pubblici, gli ospizi, gli *établissements d'utilité publique* che siano espressamente previsti da una legge.

(21) R. OSTHEIM, *Zur Rechtsfähigkeit von Verbänden im österreichischen bürgerlichen Recht*, Wien-New York, Springer, 1967, p. 51.

(22) Poco più che una sintesi il resoconto di M. DIESSELHORST, *Zur Theorie der juristischen Person bei Carl Friedrich von Savigny*, in *Itinerari moderni della persona giuridica*, I, “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, XI/XII, 1982-1983, pp. 320-337.

(23) Non ha potuto prescindere da Savigny, e più in generale dalla “teoria della finzione” di stampo pandettistico, nessun dibattito sulla soggettività della persona giuridica. Dopo lo scontro frontale con i sostenitori della “teoria della realtà”, rimanevano ancora da discutere i temi fondamentali aperti dalla pandettistica: l'ingresso delle persone giuridiche nel diritto pubblico, la personalità giuridica delle società commerciali (su cui si veda H. KIEFNER, *Personae vice fungitur? Juristische Person und “industrielle Corporation” im System Savignys*, in *Ideal wird, was Natur war. Abhandlungen zur Privatrechtsgeschichte des späten 18. und des 19. Jahrhunderts*,

Il “Sistema del diritto romano attuale” di Savigny è, secondo il titolo quanto mai programmatico, un’elaborazione teorica del diritto giustiniano a fini pratici secondo una visuale profondamente individualistica: a dispetto della vena ‘romantica’, che attraverso la rivalutazione del *Volksgeist* conduceva al recupero del diritto romano, l’ispirazione di questa operazione culturale non rifiuta alcuni importanti legami del filone razionalistico e giusnaturalista⁽²⁴⁾.

Si legga il paragrafo introduttivo del secondo volume, dove trova accoglienza la trattazione delle persone giuridiche: “Ogni diritto esiste – scrive il Savigny – a causa della libertà morale insita in ciascun uomo. Perciò il concetto primitivo della persona ossia del soggetto di diritto deve coincidere col concetto dell’uomo, e questa primitiva identità dei due concetti si può esprimere con la formola seguente: ogni singolo uomo, e solo l’uomo singolo, è capace di diritto”⁽²⁵⁾. Questa formola è l’evidente tentativo⁽²⁶⁾ di traduzione sul piano giuridico d’una rivoluzione teorico-filosofica avviata da alcuni secoli, da quando le correnti maggioritarie del pensiero giusnaturalistico erano arrivate a risolvere nell’individuo la realtà politica e giuridica. La società era divenuta allora creazione degli individui, in un processo tendente a ridurre anche il diritto a due protagonisti esclusivi e ormai mitizzati⁽²⁷⁾, l’individuo e lo Stato, cui corrispondeva la bipartizione tra diritto privato e diritto pubblico, il primo come sistema dei diritti soggettivi, in particolare la proprietà, il secondo diretto a scopi di interesse generale. Due sfere, è stato detto, tra loro pressoché impermeabili⁽²⁸⁾: il diritto privato, in particolare, risulta strutturato dal tardo giusnaturalismo tedesco e poi dalla pandettistica come ‘raggiera’ di diritti soggettivi mossa dalla potestà di volere dell’individuo attraverso lo strumento creato *ad hoc* del negozio giuridico.

Goldbach, Keip, 1997, pp. 263-274), il principio “*societas delinquere non potest*” e innumerevoli altre questioni; mentre all’autorità del Savigny va sicuramente ascritto il successo della distinzione fra associazioni e fondazioni (dato che ‘fondazione’ fino ad allora stava ad indicare in maniera piuttosto generica solo gli istituti creati con una disposizione testamentaria).

⁽²⁴⁾ R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto, linee di una vicenda concettuale*, in «Ius», XI, 1960, ora raccolto in *Id.*, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Bologna, Il Mulino, 1978, p. 116 ss.; p. 139 ss.

⁽²⁵⁾ SAVIGNY, *Sistema*, II, cit., pp. 1-2.

⁽²⁶⁾ Anche se, come rileva R. ORESTANO, *Diritti soggettivi*, cit., esistono oscillazioni, se non addirittura contraddizioni, nel pensiero savigniano, pressato dalla necessità di “saldare” il diritto soggettivo col dato, ineliminabile per un giurista, del diritto obiettivo così come si è venuto storicamente determinando.

⁽²⁷⁾ P. GROSSI, *Oltre le mitologie giuridiche della modernità*, in “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico”, XXIX, 2000, p. 227.

⁽²⁸⁾ M. GIORGIANNI, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, II, Milano, Giuffrè, 1963, p. 356.

L'individuo era diventato insomma il "soggetto" grammaticale e logico, ma prima di tutto ideologico, del diritto: "Il diritto privato – ricorda Savigny – è l'insieme dei rapporti giuridici in cui ciascun individuo esplica la propria sua vita, dandole un particolare carattere"; e, ancora, il rapporto giuridico è "una sfera del dominio indipendente della volontà individuale" (29).

Come spiegare, in questo edificio compatto e armonico, la presenza di situazioni giuridiche, segnalate anche dalle fonti romane, non ascrivibili a quel *primum movens* che è il soggetto individuale? La difficoltà era apparsa chiara già allo Heise, che nel 1807 aveva raggruppato tutte le suddette situazioni nella persona (che lui denominò) giuridica, dividendole in due categorie, a seconda che fossero formate da uomini (i singoli titolari *pro tempore* d'un ufficio pubblico; la *universitas personarum*) o da cose (il fondo dominante nella servitù, il fisco, l'*hereditas*, la *venerabilis domus*, ogni altra massa di beni destinata a uno scopo d'utilità comune e assoggettata a una speciale amministrazione) (30). Tuttavia, nonostante gli spunti fecondi, la sistemazione di Heise appare ancora classificatoria, meramente descrittiva d'un gruppo di concrete figure tipiche tratte dalla tradizione di diritto comune, disomogenea nell'accostamento di complessi di uomini e beni ad ulteriori e non congrue situazioni (l'ufficio pubblico o il fondo dominante), silente sul *Wesen* (come amerà esprimersi la scienza tedesca) della persona giuridica.

All'intuizione Savigny conferisce uno spessore tutto nuovo, soprattutto riguardo all'ultimo punto. Egli parte dalla constatazione che esistono ipotesi in cui il soggetto di diritto non coincide con l'uomo: un primo caso si dà quando certi uomini sono privati della capacità di diritto; una seconda ipotesi si verifica quando, all'inverso, i rapporti giuridici siano riferiti a un soggetto artificiale oltre l'uomo singolo (31). Se il sistema teorico del diritto privato è strutturato sul

(29) Cito da R. ORESTANO, *Diritti soggettivi*, cit., p. 120. Altra cosa è supporre che la potestà di volere di ciascun individuo abbia come proiezione sul piano giuridico una capacità giuridica generale: questa tesi vuole il pensiero savigniano filtrato dall'etica kantiana della libertà, in opposizione ai giusnaturalisti, per i quali la persona, dopo l'ingresso nella società civile, vede i diritti e le capacità ancora determinati dall'appartenenza a un qualche *status*. Il diritto servirebbe a costruire uno spazio esterno alla persona, non più intesa come uomo empirico, ma uomo dotato d'una personalità morale, ossia essere ragionevole sottoposto alla legge morale che è in lui e perciò stesso libero da condizionamenti esterni: dunque il diritto, in quanto manifestazione della libertà morale, assicurerebbe il pieno e generalizzato dispiegarsi della personalità col solo limite dell'autonomia altrui. Si veda la critica che a questa concezione muove P. CAPPELLINI, "Status accipitur tripliciter", in *Studi in memoria di Mario E. Viora*, Roma, FSMO, 1990, pp. 73-148.

(30) FLUME, *Allgemeiner Teil*, cit., pp. 1-2.

(31) SAVIGNY, *Sistema*, II, cit., p. 240: "La capacità giuridica fu da noi dimostrata come coincidente col concetto dell'uomo singolo. Noi la consideriamo ora come estesa a subietti artificiali, creati per semplice finzione. Tale subietto vien chiamato da noi persona giuridica, cioè persona che è ammessa solamente per uno scopo giuridico. In essa noi troviamo un nuovo soggetto di rapporti di diritto oltre l'uomo singolo".

soggetto individuale, per salvarne la coerenza è necessario introdurre il correttivo di fingere una persona “ammessa solamente per uno scopo giuridico”, sotto cui sussumere le situazioni prive di soggetto umano eventualmente previste, per esigenze pratiche, dal diritto oggettivo nel suo sviluppo storico.

3. Il confinamento nel diritto privato

Sono ben noti i corollari derivanti dalla “meravigliosa semplicità e logicità di questa teoria”⁽³²⁾.

I materiali del costrutto non erano nuovi, soprattutto per quel che riguarda le corporazioni, così come non era certo una novità la personificazione di organizzazioni umane per mezzo d’una finzione. Tuttavia, la rottura con gli schemi del vecchio diritto comune⁽³³⁾ non poteva essere più radicale: rispetto ai secoli nei quali si era discusso di un autonomo *ius universitatum* costruito secondo propri principî interni, tra i quali la possibilità di parago-

⁽³²⁾ FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, cit., p. 143. Influenzato dalla ricostruzione storica di Gierke, Ferrara sembra non cogliere quanto di nuovo conteneva la teoria della finzione e la descrive così, non senza distacco: “Che cosa intanto spiega questa straordinaria diffusione e resistenza della teoria della finzione? ... Io credo che un tale fenomeno debba attribuirsi a due cause: alla forza della tradizione ed alla meravigliosa semplicità e logicità di questa teoria. Poiché la teoria della finzione è rigorosamente conseguente. Essa pianta in testa una premessa: l’uomo solo è soggetto di diritti, e viene al corollario che la persona giuridica è un essere finto. E nella deduzione di questo principio essa procede dritta per la sua via: incapacità di volere e d’agire dell’ente, impossibilità di volontario scioglimento, devoluzione al Fisco del patrimonio della persona estinta, senza badare a riguardi pratici o circostanze d’opportunità”.

⁽³³⁾ Apparentemente Savigny sembra riprendere, almeno su un piano nominalistico, proprio la teoria medievale della *persona ficta*: a tal riguardo rifiutava esplicitamente il nome di ‘persona morale’, che aveva tenuto il campo nel Settecento, e preferiva parlare di persona giuridica per alludere alla finalità puramente tecnica della sua creatura (SAVIGNY, *Sistema*, cit., pp. 244-245). Si tratta di un equivoco, come già ha rilevato ORESTANO, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, cit., pp. 201-202: la tradizione della persona morale non implicava affatto un riferimento alla sfera etica. Pufendorf, cui l’espressione risale, e gli altri autori del giusnaturalismo si riferivano agli *entia moralia*, ossia a *modi* che servono a regolare le azioni umane: fra questi sta la *persona*, che non è una realtà fisica, ma l’uomo in quanto si trova in un certo *status* (e infatti la *persona* può essere *composita* quando consiste nel vincolo che unisce più uomini). Oltre a OSTHEIM, *Zur Rechtsfähigkeit*, cit., p. 42 e ss., elementi per un raffronto fra *persona ficta* medievale, persona morale e persona giuridica in F. TODESCAN, *Dalla “persona ficta” alla “persona moralis” – Individualismo e matematicismo nelle teorie della persona giuridica del secolo XVII*, e M. LIPP, “*Persona moralis*”, “*Juristische Person*” und “*Personenrecht*” – *Eine Studie zur Dogmengeschichte der “Juristischen Person” im Naturrecht und frühen 19. Jahrhundert*”, entrambi in *Itinerari moderni della persona giuridica*, I, cit., pp. 59-93 e 217-262.

nare l'*universitas* a una persona (la *persona ficta*), ora lo *ius universitatum* veniva assorbito, nel suo insieme, sotto la nuova concezione soggettivistica, tesa a esaltare come suo perno la persona individuale e ad accostarle, quali pure e limitate copie, le vecchie *universitates* – che Savigny chiama corporazioni – e le rimanenti figure in cui si personifica uno scopo – le fondazioni⁽³⁴⁾.

Nasceva una teoria piramidale, un prodotto di laboratorio in cui ogni tassello si incastra perfettamente con gli altri, secondo un modello deduttivo che discende gradatamente dai postulati iniziali.

Risultano consequenziali, infatti, le determinazioni circa l'estensione della capacità a questi enti. La loro capacità vale esclusivamente all'interno del diritto privato e solo per i rapporti patrimoniali necessari a raggiungere i fini che costituiscono la ragion d'essere delle persone giuridiche⁽³⁵⁾. Con ciò il Savigny non nega che molti di questi enti, in primo luogo le comunità e le città, abbiano natura politica⁽³⁶⁾, ma la giudica del tutto ininfluyente rispetto al problema teorico della loro personalità giuridica: la sfida consiste infatti nel giustificare, nel regno privatistico del soggetto individuale, l'attribuzione ad essi di diritti e obblighi concepiti originariamente come immanenti alla persona fisica. La persona giuridica serve a questo: è quasi la 'divisa' che organizzazioni di persone e cose, anche quelle di natura pubblica, devono indossare per acquisire cittadinanza nel diritto privato, equiparandosi, nei limiti ristretti d'un artificio, ai veri protagonisti individuali.

Un ordine di concetti e di regole del tutto diverso dovrà invece essere utilizzato per inquadrare gli eventuali fini politici delle comunità umane, e sarà offerto dal diritto pubblico, signoreggiato dallo Stato e dalla sua sovranità: ma la persona giuridica non vi rientra minimamente, essa ha

⁽³⁴⁾ Fino ad allora il concetto corporativo di *universitas* aveva sempre raccolto sotto di sé non solo gli aggregati personali, ma anche le più diverse strutture organizzate (*pia loca*, fondazioni in senso stretto ad opera di privati, istituzioni laiche o ecclesiastiche di istruzione, ospedali, e via dicendo). Il primo a conferire autonomia alla specie della *Stiftung* fu Heise, nell'edizione del 1816 della sua opera *Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts* (R. FEENSTRA, *L'histoire des fondations. À propos de quelques études récentes*, in "Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis", XXIV, 1956, p. 443).

⁽³⁵⁾ SAVIGNY, *Sistema*, cit., p. 241 ss.

⁽³⁶⁾ Ivi, p. 244: "Pertanto col porre qui la essenza della persona giuridica nella capacità patrimoniale (carattere di puro diritto privato) non viene menomamente a dirsi che le persone giuridiche realmente esistenti abbiano soltanto questo unico carattere o che esso ne sia il solo importante. Al contrario quella presuppone sempre un qualche scopo per sé stante, differente da essa, il quale deve appunto essere conseguito per mezzo della capacità giuridica patrimoniale, e che per sé stesso è spesso molto più importante di questa. Solo per il sistema del diritto privato tali persone non sono assolutamente altro che soggetti capaci di patrimonio, ed ogni altro loro carattere esce fuori completamente dai confini di quello".

ragione di esistere solo in connessione col diritto privato⁽³⁷⁾. Nel sistema savigniano non c'è posto per commistioni, sconfinamenti tra diritto pubblico e privato che richiamassero alla mente le complesse trame del diritto comune; i diritti che la persona giuridica può esercitare sono, con le limitazioni dovute alla sua natura fittizia, quelli unitariamente pensati come irradiazione della personalità individuale: il diritto soggettivo per eccellenza, ossia la proprietà; le obbligazioni e i diritti di successione che servono a farla circolare; le azioni a sua difesa⁽³⁸⁾.

La persona giuridica esiste dunque in riferimento al diritto privato e ai rapporti patrimoniali, per determinare la capacità di enti che, eventualmente, potranno essere disciplinati anche dal diritto pubblico nella misura in cui costituiscono parte dello Stato: lo Stato stesso, del resto, entra come soggetto nel diritto privato solo assumendo la veste del Fisco, considerato "la più vasta e la più importante tra tutte le persone giuridiche"⁽³⁹⁾. Steccati, questi, destinati a essere parzialmente superati dopo pochi decenni grazie all'attribuzione teorica della personalità allo Stato⁽⁴⁰⁾, senza peraltro che avvenisse mai l'inverso – l'attribuzione, come nel diritto comune, di caratteri pubblicistici a tutti gli enti. La dottrina tedesca, soprattutto con Laband, arriva a pensare lo Stato come una persona giuridica, che però non riassume in sé il popolo organicamente considerato (cui ancora pensava Savigny), ma che, al pari della costruzione civilistica, si contrappone ad esso come soggetto distinto titolare di diritti di sovranità da esercitarsi sugli individui⁽⁴¹⁾: "una persona senza corpo"⁽⁴²⁾.

⁽³⁷⁾ Per questo motivo Savigny esclude dal novero delle persone giuridiche la figura, che invece vi era stata ricompresa da Heise, dei successivi titolari di una carica pubblica (ivi, pp. 241-242).

⁽³⁸⁾ Ivi, p. 283 ss.

⁽³⁹⁾ Ivi, p. 248.

⁽⁴⁰⁾ "Teoria radiosa che illumina di nuova luce tutto il campo del diritto pubblico", proclamava con la solita vivacità FERRARA, *Teoria*, cit., p. 741, che si occupa a più riprese del problema: p. 344 ss., nonché 739 ss. Prosegue Ferrara: "La distinzione non va intesa nel senso che le due categorie di persone si muovano in una sfera assolutamente separata, in due emisferi distinti, ma nel senso che le persone di diritto pubblico, oltre la loro sfera pubblica, entrano anche nella sfera del diritto privato, mentre le seconde si fermano solo in questo campo".

⁽⁴¹⁾ Puntuale la ricostruzione di A. MASSERA, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, I, *Stato-persona e organo amministrativo. Profili storico-dogmatici*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 40 ss., che evidenzia tra l'altro la differenza di prospettive fra queste teorie e Gierke. Il ruolo di Gierke e in generale della scienza giuridica tedesca nella costruzione della teoria dello Stato, in relazione anche allo Stato-persona, è esplorato a fondo da M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, Giuffrè, 1979.

⁽⁴²⁾ S. MEZZADRA, *Il corpo dello Stato. Aspetti giuspubblicistici della Genossenschaftslehre di Otto von Gierke*, in "Filosofia politica", VII, 1993, p. 450 ss.

4. *L'ente ideale e il suo legame genetico con lo Stato*

Le considerazioni fin qui svolte ci introducono alla seconda e fondamentale conseguenza che Savigny trae dalle premesse del suo impianto. Arrivato a descrivere le diverse specie di persone giuridiche, egli ne indica due (escluso il Fisco), pur ammettendo forme intermedie tra l'una e l'altra: la corporazione, comprendente tanto strutture necessarie e naturali (come villaggi comunità città "che costituiscono gli elementi principali dello Stato") quanto associazioni volontarie; e la fondazione, che ha sempre natura artificiale, non necessaria. Nel momento in cui si tratta di individuare in che consista il soggetto giuridico in entrambi i casi, egli rileva che le fondazioni "non presentano un substrato visibile, ma hanno una esistenza più ideale, che si basa sopra uno scopo generale da raggiungersi per mezzo di esse"; mentre nelle corporazioni il soggetto non è costituito dai singoli membri e neppure dalla somma di essi, bensì dal "tutto ideale" (43).

È, in qualche modo, l'atto di nascita del "problema della persona giuridica" che ha travagliato e travaglia ancora la scienza giuridica. La radicale separazione fra la persona giuridica e il suo sostrato diviene un dogma tanto assoluto quanto ingombrante, mentre si innesca il dibattito sul soggetto ideale che si nasconde 'dietro' la persona giuridica (44). Contemporaneamente, era recisa una resistentissima tradizione che calava le corporazioni nel tessuto vivo della società, annodandole con mille fili alla concreta vita comunitaria e alla dinamica, aperta e flessibile, dei rapporti fra individuo e gruppo: ora che i legami corporativi sono spezzati e non esiste più un rapporto organico fra le parti e il tutto, il tutto diviene un'ipostasi giuridica necessariamente creata dal demiurgo statale.

Considerata nel segmento storico che l'ha prodotta, la persona giuridica savigniana sembra peraltro essere la risposta più ponderata che si poteva offrire al problema del pluralismo sociale e delle forze collettive, sulle quali incombeva – s'è accennato – lo spettro dell'ideologia rivoluzionaria. Savigny predispone una complessa operazione culturale, tanto intelligente da conquistarsi un posto fra le 'mitologie giuridiche'. Tutto un groviglio di esigenze trovava soluzione secondo linee rimaste attuali fino ad oggi: era garantita l'autonomia sistematica del diritto privato dal pubblico; il soggetto individuale manteneva un ruolo di primazia, "perché era appunto all'individuo che venivano assimilate attraverso un procedimento di "finzione" queste figure di cui il diritto positivo poteva servirsi a suo arbitrio in vista di particolari scopi" (45); nel contempo, era salvaguardata la possibilità per le temute

(43) SAVIGNY, *Sistema*, cit., pp. 245-248.

(44) ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, cit., p. 74.

(45) ORESTANO, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, cit., p. 211.

organizzazioni sovraindividuali di operare almeno all'interno del diritto privato.

Ora, grazie al carattere ideale della persona giuridica, erano centrati due ulteriori obiettivi, forse i più importanti. La libertà e l'indipendenza dell'individuo erano fatte salve contro tutti i condizionamenti comunitari: l'individuo, realtà bastante a se stessa, poteva trovarsi per nascita in una comunità o poteva decidere a proprio arbitrio di entrarvi senza che questo influisse sul suo *status* giuridico o lo vincolasse al destino del gruppo, perché non sarebbero più state possibili, come in antico regime, capacità individuali derivanti dall'appartenenza a un qualche corpo sociale. Diritti, obblighi e capacità erano d'un sol tipo, pensati sul calco dell'unico soggetto individuale, cui sarebbero stati attribuiti in virtù della sua potestà di volere e non attraverso mediazioni corporative; mentre, all'inverso, sarebbero stati attribuiti alla persona giuridica – l'etereo ente ideale – nei limiti della finzione e senza ricadute sui membri.

La rigorosa separazione di soggettività era però anche il presupposto perché lo Stato potesse esercitare, come ha del resto sempre tentato di fare dalla sua comparsa⁽⁴⁶⁾, un ragguardevole – e da Savigny auspicato – ruolo di controllo sulla persona giuridica. È forse l'aspetto meno originale della teorica savigniana, in perfetta continuità con l'attività tutoria e poliziesca esercitata dallo Stato di età moderna. Al progetto individualistico, del resto, la collaborazione dello Stato era necessaria: non essendo portatrice di innati e imprescrittibili diritti naturali, la persona giuridica può condurre un'esistenza propria, distinta da quella del suo substrato fisico, solo all'interno dell'ordinamento positivo, a seguito d'un riconoscimento dal valore costitutivo⁽⁴⁷⁾ basato su contingenti valutazioni d'opportunità. Il soggetto ideale, a

⁽⁴⁶⁾ FERRARA, *Teoria*, cit., p. 740, rileva che "...i nuovi Stati tendono d'assorbire a sé e soggiogare sotto una ferrea tutela i corpi esistenti. È l'era dello Stato di polizia che ha dominato per tutto il secolo XVIII in Europa, e di cui ancora si serbano tracce e ricordi in alcune teorie che hanno origine da quel tempo. Così noi vediamo in Austria irregimentati nella macchina dello Stato tutti i corpi morali, le fondazioni scompaiono divenendo puri enti amministrativi, e le corporazioni vivono – per così dire – approvate, sorvegliate, tutelate, soffocate sotto la pesante cappa poliziesca che l'opprime. In Francia si andò più oltre, perché colla Rivoluzione tutti i corpi e comunità furono soppressi, incamerati i beni, e la Nazione si assunse di provvedere d'ora innanzi a quegli uffici, a cui attendevano. Chiese, ospedali, scuole divennero *stabilimenti di Stato*, emanazione della sua personalità".

⁽⁴⁷⁾ Nessuna associazione diventa persona giuridica o si estingue per semplice volontà degli associati, ma è necessaria l'autorizzazione, avente valore costitutivo, dello Stato: "In pari modo – afferma SAVIGNY, *Sistema*, cit., p. 281 – lo scioglimento di una persona giuridica già costituita non può essere determinato dalla semplice volontà degli attuali componenti di essa, dalla esistenza dei quali quella della persona giuridica è indipendente, ma anche in questo caso è necessaria l'autorizzazione del potere sovrano".

sua volta, funge da diaframma, escludendo il rischio di indebite interferenze dirette nella sfera sacra e intangibile dell'autonomia dei privati.

Tutto ciò si connette a un'altra fondamentale caratteristica desumibile dal 'teorema' della persona giuridica: se questa è un soggetto artificiale di diritto privato, avente natura ideale e quindi indipendente dal suo sostrato, come tale è totalmente incapace di agire, dato che "gli atti presuppongono un essere pensante e volente, un uomo, cosa che appunto manca nelle persone giuridiche" (48). Savigny è esplicito: visto che la totalità dei membri, *l'universitas ipsa*, è qualche cosa di completamente diverso dalla corporazione, quando tutti costoro agiscono insieme "ciò non può considerarsi come atto di quell'ente ideale che noi chiamiamo persona giuridica" (49). Questo è il motivo per il quale, tra l'altro, Savigny esclude la responsabilità penale della persona giuridica (50) e contesta con puntiglio il ruolo del principio maggioritario, con cui si era da parte di alcuni autori banalizzata, a suo credere, la strutturale incapacità d'agire delle persone giuridiche, confondendola con la semplice difficoltà di raggiungere l'accordo di tutti (51).

La contraddizione d'un soggetto capace di diritti patrimoniali, ma impossibilitato a compiere gli atti necessari a gestirli, doveva invece essere superata attraverso una forma di rappresentanza, regolata secondo la costituzione interna della persona giuridica, paragonabile alla tutela prevista per gli incapaci (52). Gli atti di straordinaria amministrazione, in particolare, per la loro importanza erano il banco di prova su cui misurare la tenuta della soluzione: in riferimento ad essi, infatti, le teorie che riponevano nell'assemblea o nella maggioranza ogni potere decisivo davano luogo a ingiustizie, che potevano colpire ora la minoranza, ora gli interessi della corporazione stessa, ora i terzi (53).

(48) Ivi, p. 284.

(49) Ivi, p. 285.

(50) Ivi, p. 312 ss.

(51) Ivi, pp. 331-332; la critica è rivolta a Zachariae, Thibaut e Haubold: "Infatti noi attribuiamo valore alla maggioranza di una adunanza, presupponendo che alla adunanza stessa competa il diritto di prendere decisioni. Che però l'assemblea di tutti i membri sia per sé stessa autorizzata a disporre con illimitato potere degli interessi della corporazione, ecco quello che noi contestiamo ... Quella dottrina si basa adunque in ultima analisi sul tacito e affatto arbitrario presupposto di una assoluta democrazia nella costituzione di tutte le corporazioni. È in sostanza la dottrina della sovranità del popolo trasportata dal diritto pubblico al diritto privato e applicata alle persone giuridiche".

(52) Nei casi in cui vi fossero appositi funzionari, istituiti secondo lo specifico statuto corporativo, questi avrebbero sicuramente assunto il ruolo di rappresentanti; altrimenti il compito spettava di necessità ai membri presenti, mai comunque perché costituiscono l'associazione, in quanto "tra questi ultimi e la corporazione non vi ha identità più di quello che ve ne sia fra il tutore ed il suo pupillo" (ivi, p. 285).

(53) Ivi, in particolare p. 344 ss.

Tuttavia, anche gli atti dei rappresentanti non erano esenti dal rischio che i loro interessi personali entrassero in collisione con quelli delle persone giuridiche. Ecco spiegato il “principio assoluto” valevole al riguardo, “che allo Stato spetta sopra di esse tutte [le persone giuridiche], per la stessa ragione che sopra gli impuberi, protezione e sorveglianza”⁽⁵⁴⁾; ecco il continuo, quasi monotono, appello alla “necessità di una certa sorveglianza per parte dello Stato”⁽⁵⁵⁾, per vegliare sui suoi interessi o per evitare violazioni della giustizia di cui esso è il garante.

Savigny riconosce che al rischio di abusi dei rappresentanti può subentrare un’altrettanto pericolosa “esagerata azione tutoria per parte dello Stato sulle corporazioni (e specialmente sui comuni)”, evitabile solo grazie a prudenza e buona volontà dei funzionari statali⁽⁵⁶⁾. Eppure, la fortuna della teoria savigniana è dovuta in gran parte proprio all’ancillarità rispetto alle esigenze dello Stato contemporaneo⁽⁵⁷⁾. Come osservava Maitland, le persone artificiali non possono avere diritti naturali, con tutto quel che ne consegue: la loro proprietà non appartiene a persone reali e sulle azioni di custodi e curatori lo stato può esercitare liberamente il suo alto controllo⁽⁵⁸⁾. Non è casuale che Savigny lodasse esplicitamente quei governi che favoriscono e sorvegliano la divisione dei beni comunali, sottraendoli alle invete-

⁽⁵⁴⁾ Ivi, p. 326.

⁽⁵⁵⁾ Ivi, p. 345.

⁽⁵⁶⁾ Ivi, p. 350.

⁽⁵⁷⁾ Essa in pratica offre un prezioso avallo alla tradizione che sbocca in numerose disposizioni codicistiche ancora in vigore o appena riformate in Italia, come quelle relative al riconoscimento statale o all’autorizzazione agli acquisti delle persone giuridiche. Può non essere inutile osservare che nell’opera di autori precedenti a Savigny compaiono già elementi che preludono alla sua costruzione, nella misura in cui questa è condizionata dal fattore statale. È il caso significativo di Pothier, che utilizzava una terminologia e uno strumentario concettuale risalenti al diritto comune con uno spirito del tutto nuovo. “Les corps et communautés – scrive R.-J. POTHIER, nel *Traité des personnes et des choses*, I, in *Oeuvres de R.-J. Pothier*, VI, Bruxelles, Tarlier, 1831, p. 195 – établis suivant les lois du royaume, sont considérés dans l’Etat comme tenant lieu de personnes: *veluti personam sustinent*”: in questa definizione il ruolo dello Stato nella gestione della personalità giuridica appare evidente. Il principio savigniano dell’incapacità della persona giuridica di agire se non per mezzo di rappresentanti è anticipato in queste parole: “De ce qu’un corps est une personne intellectuelle, il s’ensuit qu’il ne peut pas faire par lui-même tout ce que nous avons dit que les corps étaient capable de faire, comme de contracter, plaider, etc. Il est d’abord de la nature de chaque corps d’avoir un ou plusieurs procureurs, par l’organe desquel ils puissent faire ces choses”. Dall’opera del Pothier si può indovinare quale piega avrebbe probabilmente assunto la persona giuridica anche in Francia in mancanza della rivoluzione.

⁽⁵⁸⁾ W. F. MAITLAND, *Introduzione a O. Gierke, Political theories of the middle age*, traduzione contenuta in *Società e corpi. Scritti di Lamprecht, Gierke, Maitland, Bloch, Lousse, Oestreich, Auerbach*, a cura di P. SCHIERA, Napoli, Bibliopolis, 1986, p. 75.

rate funzioni di pascolo e devolvendoli alle nuove "industrie" maggiormente produttive di reddito⁽⁵⁹⁾. Nessuna meraviglia: la completa riduzione al diritto privato, nella posizione degli incapaci, fa sì che la persona giuridica sia alla mercé del dispotismo statale, ormai priva delle franchigie e dei diritti di autogoverno che era riuscita a conservare sul piano pubblico fino al recente passato, pur davanti all'invadente "sovrano tutore" degli Stati di polizia⁽⁶⁰⁾.

5. *La critica di Otto von Gierke. Scelte di campo, strumenti nuovi*

Nella rappresentazione savigniana le comunità intermedie rimangono inesorabilmente schiacciate fra la comunità politica generale, incarnata nello Stato, e gli individui. I caratteri strutturali della persona giuridica sono il precipitato tecnico di questa premessa: essa è infatti un soggetto fittizio, perché soggetto può essere solo l'individuo, realtà unitaria e autoreferenziale; in quanto tale è rigorosamente disincarnata, cioè astratta dal sostrato di individui che la compongono, la amministrano e la rappresentano; essendo un ente puramente ideale, può esistere e operare nel mondo giuridico grazie alla volontà superiore dello Stato; infine, è una creatura essenzialmente privatistica, rilevante in funzione dei rapporti patrimoniali che ad essa fanno capo, a meno che anche lo Stato sia concepito, per esaltarne la potenza, con alcuni dei caratteri propri dell'astratta persona giuridica di diritto privato, titolare però di *Herrschaftsrechte*.

Il pluralismo sociale veniva così forzato negli stampi d'una creatura formale, asettica, una veste tanto artificiale da indurre una reazione contraria: non però, come si potrebbe pensare, in ambienti reazionari nostalgici della società cetual-corporativa, ma come risposta a istanze divenute attualissime a cavallo della metà secolo.

"Was der Mensch ist, verdankt er der Vereinigung von Mensch und Mensch". Così si apre l'introduzione della *Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft* che nel 1868 valse al ventisettenne Gierke⁽⁶¹⁾ la *Habilitation*,

⁽⁵⁹⁾ SAVIGNY, *Sistema*, cit., pp. 351-352.

⁽⁶⁰⁾ L. MANNORI, *Il sovrano tutore. Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel principato dei Medici (secc. XVI-XVIII)*, Milano, Giuffrè, 1994.

⁽⁶¹⁾ Per un profilo del poliedrico e complesso personaggio, oltre a varie voci biografiche (tra le altre K. S. BADER, in *Neue Deutsche Biographie*, VI, pp. 374-375; G. KLEINHEYER – J. SCHRÖDER, in *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten*, Heidelberg, Müller, 1983, pp. 93-98), particolarmente suggestivo è il capitolo a lui dedicato da E. WOLF, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, Tübingen, Mohr, 1963⁴, pp. 669-712; più sintetico H. THIEME, *Was bedeutet uns Otto von Gierke?*, in *De iustitia et iure. Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 80. Geburtstag*, ed. da M. Harder e G.

edita come primo volume di quel progetto più ampio⁽⁶²⁾ dal titolo “*Das deutsche Genossenschaftsrecht*”: un’impresa tanto immane quanto, per concorde constatazione, poco nota e studiata, soprattutto in Italia⁽⁶³⁾. La frase d’apertura esprime incisivamente la convinzione della socialità dell’essere umano, l’impossibilità di separarlo dal tessuto dei rapporti sociali per considerarlo come un atomo solitario. Da subito dunque si comprende l’obiettivo del giovane autore: attaccare alle fondamenta una certa visione antropologica contrapponendole un’alternativa ritenuta ricca di futuro.

La teoria savigniana si era proposta come ricostruzione apparentemente neutra del materiale romano nella sua obiettività, depurato dalle deviazioni

Thielmann, Berlin, Dunker & Humblot, 1980, pp. 407-424; da ultimo si veda anche P. BLICKLE, *Otto Gierke als Referenz? Rechtswissenschaft und Geschichtswissenschaft auf der Suche nach dem Alten Europa*, in “*Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*”, XVII, 1995, pp. 245-263. Di recente è stata pubblicata la monografia di M. PETERS, *Die Genossenschaftstheorie Otto v. Gierkes (1841-1921)*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2001 (da considerare anche la recensione di A. JANSSEN, *Die bleibende Bedeutung des Genossenschaftsrechts Otto von Gierkes für die Rechtswissenschaft*, in “*Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung*”, CXXII, 2005, pp. 352-366).

(62) Si articolava all’inizio in due volumi, dei quali il secondo doveva comprendere due sezioni intitolate rispettivamente “*die Geschichte des Körperschaftsbegriffs*” e “*das geltende Genossenschaftsrecht*”. In realtà, la prima sezione impegnò tutte le 976 pagine del secondo volume edito nel 1873; e impose di dedicare un terzo volume (1881) alle dottrine giuridiche e politiche dell’età antica e del medioevo poi recepite in Germania. Coinvolto in nuove imprese, Gierke non riuscì mai a completare il piano originale, limitandosi a raccogliere nel 1913 nel quarto volume un seguito frammentario dei temi affrontati nel terzo.

(63) Il giudizio sulla scarsa eco che tutta l’opera di Gierke ha nella storiografia è ribadito di recente da PETERS, *Die Genossenschaftstheorie Otto v. Gierkes (1841-1921)*, cit., pp. 4-5 (anche se si accenna a una “Renaissance” dell’interesse negli ultimi tempi) e BLACK, *Community in historical perspective*, cit., p. xiv dell’introduzione. Solo il mondo anglosassone, grazie all’ammirazione di Maitland per Gierke, ha una maggiore familiarità col maestro tedesco (si veda al proposito K. BEAT, “*How good Gierke is!*”. *Frederic William Maitland in seinem europäischen Kontext. Ausschnitte aus einer akademischen Korrespondenz der Jahrhundertwende*, in “*Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*”, XVII, 1995, pp. 268-282). Particolare successo hanno però riscosso gli studi gierkiani su Althusius, tradotti anche in Italia (O. VON GIERKE, *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche. Contributo alla storia della sistemática del diritto*, a cura di A. Giolitti, Torino, Einaudi, 1943); intenso è stato inoltre, in anni vicini, l’interesse verso gli aspetti giuspubblicistici del pensiero gierkiano (per l’Italia si confrontino i contributi di MEZZADRA, MASSERA e FIORAVANTI citati alle note 41 e 42). Può dare un’idea della potenziale fecondità del pensiero gierkiano la dichiarazione di SANTI ROMANO di aver proseguito ne *L’ordinamento giuridico* (Firenze, Sansoni, 1967², pp. 131-133) la “dottrina che ha trovato il suo più strenuo difensore nel Gierke” (su questo aspetto 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*”, IX, 1979, pp. 65-80).

dell'*Usus modernus*: più riscoperta di una verità pre-data che creazione originale, e del resto da allora la figura della *juristische Person* ha sempre tenuto un posto fra le 'mitologie giuridiche'. Gierke invece denuncia il carattere non necessario, storicamente determinato della teoria romanistica e lo fa con una meditata scelta di campo e con strumenti nuovi: dedicando l'opera a Georg Beseler chiarisce da subito la sua collocazione in area germanistica e fa propria l'intuizione del maestro di valorizzare le forme associative tipicamente germaniche riassunte nel concetto di *Genossenschaft*. "La nuova teoria – osserva Maitland – doveva essere filosoficamente vera, scientificamente valida, moralmente giusta, giuridicamente implicita in codici e sentenze, praticamente conveniente, storicamente predestinata, genuinamente tedesca e forse esclusivamente germanistica" (64).

Dall'olimpio romano la persona giuridica veniva riportata sul palcoscenico della storia e dei suoi conflitti. Ecco perché la confutazione diretta della teoria di Savigny arriva solo nel secondo volume del 1873: tutto il primo volume è servito a Gierke a delineare la sua complessa visuale storica, antropologica, filosofica ed etica.

Nel definire l'oggetto della sua opera egli specifica immediatamente come i giuristi abbiano avuto un ruolo cruciale nei confronti del fenomeno associativo, per aver tentato di costringerlo nella "camicia di forza" di forme non solo e non tanto romane, quanto soprattutto giustiniane, per ciò stesso viste come autoritarie e mortificanti (65). Da giurista, pertanto, egli si propone di contrapporre alla *universitas* astratta del Corpus Iuris la figura corrispondente del diritto germanico (corrispondente per generalità, non per struttura) individuata e definita da Beseler, la *Genossenschaft*: ogni corporazione tipica del diritto germanico basata sulla libera associazione e dotata di personalità (66). A questo concetto – "semplice e complesso, moderno ed arcaico" (67) – il Beseler era giunto per fasi, modellandolo gradualmente sulla base di premesse che sembrano quasi la sintesi dell'opera del suo allievo: soprattutto nel *Volksrecht und Juristenrecht* egli richiama la ricchezza associativa del medioevo germanico e la corrispondente perdita di libertà dell'età moderna in conseguenza del prevalere dello Stato (68); celebra il recente ritrovato

(64) MAITLAND, *Introduzione a O. Gierke*, cit., p. 81.

(65) GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, I, cit., p. 4.

(66) Ivi, p. 5: "Unter "Genossenschaft" im engsten und technischen Sinne wird, wie dies auch von Beseler, der diesen Ausdruck zuerst wieder als *terminus technicus* in Aufnahme gebracht hat, geschieht, jede auf freier Vereinigung beruhende deutschrechtliche Körperschaft, das heißt ein Verein mit selbständiger Rechtspersönlichkeit, verstanden".

(67) MAITLAND, *Introduzione a O. Gierke*, cit., pp. 80-81.

(68) G. BESELER, *Volksrecht und Juristenrecht*, Leipzig, Weidmann, 1843, pp. 159-160.

senso di libertà e la ricomparsa dell'entusiasmo comunitario⁽⁶⁹⁾; lamenta l'inadeguatezza delle rappresentazioni giuridiche nelle quali il fenomeno nuovo è soffocato, soprattutto la rigida distinzione romanistica fra *universitas* e *communio*⁽⁷⁰⁾. Il popolo germanico conosce invece una varietà infinita di forme intermedie, dotate di propria soggettività, che uniscono in un legame organico il diritto dei membri con il diritto della totalità, ammettendo diritti particolari dei membri sul patrimonio corporativo. Solo nel successivo *System des gemeinen deutschen Privatrechts* Beseler perfeziona le sue intuizioni attraverso una migliore delimitazione rispetto alle figure affini e alle comunità non dotate di perfetta soggettività⁽⁷¹⁾.

Al di là dello slancio nazionalistico, a volte sostenuto con argomenti grevi⁽⁷²⁾, e comunque giustificato dall'arco temporale di composizione dell'opera (gli anni immediatamente precedenti e successivi alla creazione dell'Impero e alla guerra con la Francia), Gierke individua già nell'introduzione al primo volume il problema generale di fondo a cui la creazione di *Genossenschaften* da parte del popolo tedesco dà risposta: la conciliazione dell'Unità con la Libertà⁽⁷³⁾. Il movimento della storia oscilla infatti fra questi due poli, che spingono rispettivamente verso la creazione di formazioni sociali via via più larghe e verso il riconoscimento della libertà e autonomia di ciascun organismo fino al più semplice, l'individuo. Ora, lo scontro può essere superato grazie alla maturità che i popoli acquisiscono storicamente e il popolo tedesco è di certo quello dotato della maggior propensione ad armonizzare gli estremi nelle sue *Genossenschaften*, nonostante fino al recente passato sia prevalsa l'autonomia dei singoli principati a scapito dell'unità complessiva e al loro interno sia stata soffocata la libertà delle municipalità e delle associazioni⁽⁷⁴⁾.

⁽⁶⁹⁾ Ivi, p. 160.

⁽⁷⁰⁾ Ivi, p. 163 ss.

⁽⁷¹⁾ G. BESELER, *System des gemeinen deutschen Privatrechts*, I, Leipzig, Weidmann, 1847, p. 359 distingue la *Genossenschaft* dalla *materielle Rechtsgemeinschaft* (ad esempio la comunione dei beni fra coniugi) e dalle comunioni modificate (fra cui considera le società commerciali). Le diverse fasi del pensiero di Beseler sono indagate con precisione e profondità nello studio, ricchissimo di spunti, di J. SCHRÖDER, *Zur älteren Genossenschaftstheorie. Die Begründung des modernen Körperschaftsbegriffs durch Georg Beseler*, in *Itinerari moderni della persona giuridica*, I, cit., pp. 399-459.

⁽⁷²⁾ In particolare nella *Einleitung* del secondo volume, dove appare il confronto (assai debole scientificamente) fra un'età antica (greco-romana) dallo sviluppo veloce, piano e brillante, ma tutto sommato unilaterale, superficiale e carente, e una germanica ben più ricca di contenuti, sfumature e profondità (*Das deutsche Genossenschaftsrecht*, II, cit., p.10).

⁽⁷³⁾ *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, I, cit., p. 1.

⁽⁷⁴⁾ Ivi, pp. 2-3.

Da questa dialettica evolutiva, che lascia intuire un groviglio di elementi hegeliani, romantici e patriottici, si fanno strada due caratteri fondamentali del pensiero gierkiano, veri e propri *Bausteine* della sua visione. Intanto, il senso della storia: il diritto delle corporazioni germaniche è sempre letto come qualcosa divenuto e in divenire⁽⁷⁵⁾, di modo che il presente può essere compreso solo sotto la lente del passato⁽⁷⁶⁾. Dall'altro lato, una tale analisi necessita di mezzi appropriati a spiegare le singole "ondate"⁽⁷⁷⁾ che percorrono il flusso ininterrotto degli avvenimenti. Gierke mette allora in campo strumenti euristici concepiti come polarità contrapposte, che rendono caratteristico il suo argomentare a volte schematico e spesso oscuro, ma anche ricchissimo, sfaccettato, incalzante: non di *Genossenschaften* egli sceglie di parlare, ma in generale di *Genossenschaft*⁽⁷⁸⁾, cui si contrappone *Herrschaft*, il dominio⁽⁷⁹⁾, che al di là delle sue attuazioni concrete è un 'modo' della socialità umana; e poi *Persönlichkeit* contrapposto a *Dinglichkeit*, *Individualismus* a *Gemeinsinn*; e ancora, nel campo delle idee, pensiero giuridico germanico contro pensiero "romanistico-canonistico"; pensiero politico germanico contro pensiero "antico-moderno" e così via.

⁽⁷⁵⁾ Ivi, cit., p. 5: "Das Recht der deutschen Genossenschaft innerhalb der so bezeichneten Grenzen nun aber soll vollständig, und daher ebenso als ein werdendes wie als gewordenes behandelt werden. Der gegenwärtige Rechtszustand kann nur aus einer umfassenden historischen Darlegung vollkommen begriffen und umgekehrt die Geschichte der deutschen Genossenschaft nur, wenn die heutige Bewegung als ihr letztes uns bekanntes Glied betrachtet wird, annähernd verstanden werden".

⁽⁷⁶⁾ Per questo motivo Gierke sceglie di non suddividere l'opera in due parti dedicate alla storia e al diritto vigente, ma di trattare l'intera materia, intesa come un corpo unico, da due differenti prospettive metodiche: storica e giuridica. Nel primo volume, pertanto, egli traccia una storia giuridica della *Genossenschaft* che comprende appieno anche tutte le manifestazioni del presente; mentre nel secondo analizza giuridicamente (in maniera rimasta incompleta) il concetto di *Genossenschaft* così come si è andato definendo lungo il corso della storia.

⁽⁷⁷⁾ Ivi, p. VIII, dove è detto che il movimento associativo moderno può essere compreso pienamente solo come "eine lebendige Woge in dem ununterbrochenen Strome geschichtlichen Werdens".

⁽⁷⁸⁾ Ivi, p. 5: "Wie in allen Zweigen der Geschichte, so ist auch in der Rechts- und Verfassungsgeschichte das wahrhaft Bleibende und Wesentliche die sich entfaltende Idee, während das Thatsächliche und Stoffliche nur die Symptome und die Erkenntnisquellen derselben bietet".

⁽⁷⁹⁾ Per lo spettro semantico dei significati di questa espressione e per il senso del contributo gierkiano, voce *Herrschaft*, in *Geschichtlicher Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, ed. O. Brunner, W. Conze, R. Kosellek, III, pp. 1-102.

6. *Fondamenta storiche, edificazione del futuro.*

L'evolversi dei rapporti fra *Genossenschaft* ed *Herrschaft* determina una scansione in cinque epoche della storia tedesca, che Gierke tratteggia ben oltre lo specifico oggetto delle sue ricerche: in realtà, si tratta d'una vera e propria storia costituzionale dagli inizi al presente. A questo saldo ancoraggio storico sono dirette alcune delle critiche rivolte al grande germanista, essendosi ritenuto che egli abbia finito così per proporre un modello reazionario e inadeguato, soprattutto con riguardo alle questioni sociali emergenti⁽⁸⁰⁾.

In realtà, le posizioni di Gierke, pur senza essere rivoluzionarie, sono ispirate ai valori liberali della borghesia prussiana del *Vormärz*: gli stessi condivisi dal padre Julius, membro del *Sommerministerium* nel 1848, dal Beseler, relatore nella *Nationalversammlung* alla commissione incaricata di discutere sui diritti fondamentali, e da Hermann Schulze-Delitzsch, l'ideatore della legge sulle *Genossenschaften* del 1868⁽⁸¹⁾. Comuni a questi personaggi sono la richiesta di riforme nel rispetto della tradizione nazionale, l'idea della storia come progresso verso la libertà, l'appoggio a una monarchia costituzionale che armonizzasse lo Stato con la società civile⁽⁸²⁾.

Anche la *Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft* svela inequivocabilmente le simpatie dell'autore. Dopo il primo dei cinque periodi (fino all'800), all'insegna della libertà del popolo produttiva di associazioni patriarcali, si assiste a un'alternanza fra *Herrschaft* e *Genossenschaft*. Il secondo periodo (800-1200), feudale, mostra al Gierke una cupa verticalizzazione dei rapporti sociali e la contemporanea loro patrimonializzazione. Entusiastica, ai limiti dell'apologia, è invece la descrizione del terzo periodo (1200-1525), dominato dal principio di "freie Einung": sono queste le pagine più note, che dipingono un medioevo tedesco pullulante di nuove città, di ghilde, corporazioni, fratellanze, nonché di leghe intercittadine e federazioni le più varie.

Con questo bagaglio di conoscenze il Gierke si appresta finalmente a trattare insieme il quarto periodo (fino al 1806) e il quinto, che abbraccia i

⁽⁸⁰⁾ Una rassegna di opinioni critiche da vari fronti in G. DILCHER, *Genossenschaftstheorie und Sozialrecht: ein "Juristensozialismus" Otto v. Gierkes?*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", III-IV, 1974-1975, pp. 319-365, in particolare p. 320 ss.

⁽⁸¹⁾ A. LAUFS, *Genossenschaftsdoktrin und Genossenschaftsgesetzgebung vor hundert Jahren*, in "Juristische Schulung", VIII, 1968, pp. 311-315.

⁽⁸²⁾ Notevoli spunti nella ricostruzione della vita di Gierke nel contesto del tempo da parte di PETERS, *Die Genossenschaftstheorie Otto v. Gierkes (1841-1921)*, cit., p. 24 ss.

suoi giorni. L'esposizione congiunta vuole significare la stretta connessione fra l'epoca dello Stato di polizia, non ancora del tutto chiusa, e il presente, non ancora pienamente maturo nei suoi caratteri. Proprio questo sfasamento e questa incompiutezza sono il terreno ideale per accostare alla descrizione la valutazione, per offrire un contributo tangibile fatto di critica e idee nuove. A questo punto diviene chiaro il valore del 'ritorno al passato', diretto a interpretare il presente per coglierne il segreto più riposto, in vista anche del futuro. L'aver identificato la *Genossenschaftsbildung* come carattere innato del popolo tedesco, rafforzatosi nel corso del tempo attraverso un confronto costante con l'opposto principio di *Herrschaft*, serve in ultima analisi a dare un senso unitario e coerente ai fenomeni del presente, che altrimenti apparirebbero come manifestazioni episodiche, disorganiche. Il giurista, anzi lo storico del diritto – non dovrebbe esserci separazione fra i due –, si fa in prima persona testimone dei suoi tempi, ponendosi apertamente in ascolto dei messaggi politici ed economici che la società gli invia e proponendo una possibile soluzione in base alle sue conoscenze storicamente fondate⁽⁸³⁾. In definitiva, a monte della persona giuridica gierkiana sta una sensibilità del tutto al passo con le dinamiche sociali di pieno Ottocento, per paradosso destinata alla lunga a non prevalere forse a causa di questa marcata caratterizzazione.

Il forte impegno del giurista liberale e l'interesse verso le questioni sociali contemporanee si manifestano nella critica impietosa allo Stato di età moderna e nell'esaltazione della "freie Association", ultima versione del *Genossenschaftswesen* germanico. In questo caso l'analisi degli ultimi tre secoli della storia tedesca, invece di celebrare, va alla ricerca di un modello prima di tutto ideologico da respingere, a cui finalmente si contrappone e *deve* continuare a contrapporsi il presente fino al suo completo superamento. Tanto maggiore interesse ha questa parte del primo volume dell'opera in quanto il Gierke porta allo scoperto i motivi ispiratori della dottrina romanzistica (Savigny non v'è citato, ma non è difficile rinvenire uno per uno tutti i punti della *Fiktionstheorie*), in attesa del confronto diretto nei volumi successivi.

A partire dalla Riforma si è affermato il principio di autorità assoluta (*Obrigkeit*), ultima versione della *Herrschaftsidee*: lo Stato si è scorporato dal popolo e s'è assunto in via esclusiva il compito di rappresentare

⁽⁸³⁾ *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, I, cit., p. X: "Dürfte der Verfasser darüber hinaus die Hoffnung hegen, zu der Erkenntnis des Zusammenhangs der gegenwärtigen auf Vereinigung gerichteten Bewegungen mit dem urältesten und ureigensten Besitzthum der germanischen Völker beizutragen und das Bewußtsein zu fördern, daß eine der festesten Bürgerschaften für des deutschen Volkes Zukunft in dem wiedergeborenen Genossenschaftswesen von heute liegt: so würde der Arbeit auch ein unmittelbar praktischer Nutzen nicht fehlen".

l'interesse pubblico. Se il bene pubblico diventa oggetto dello Stato, così la 'polizia' ne diventa la funzione principale: l'autorità non riconosce più limiti alla sua attività e si pone sopra e oltre il diritto; gli individui da soggetti diventano oggetto delle cure dello Stato, che pretende di entrare nella loro sfera ogniqualvolta sia in gioco un interesse collettivo, regolando come un tutore ogni aspetto delle loro vite. Rispetto alle associazioni e alle municipalità, poi, l'*Obrigkeitsstaat* cerca di privarle di ogni significato pubblico e di ricondurre quel che eventualmente rimane a una concessione dello Stato stesso. Le comunità, nella misura in cui conservano carattere pubblico, devono essere considerate come parti del territorio statale – pure circoscrizioni amministrative o istituzioni derivate; altrimenti sono associazioni autorizzate a valere come privati solo in ambiti prefissati. Ma anche nel diritto patrimoniale – il principale di questi ambiti – l'associazione resta strettamente controllata, considerata alla stregua d'un soggetto incapace⁽⁸⁴⁾.

In sintesi, i protagonisti dell'età appena conclusa (o meglio, di cui Gierke auspica la conclusione) sono lo Stato assoluto e l'individualità assoluta: le unioni intermedie sono ridotte o a manifestazioni locali dello Stato o a individui sotto tutela. Gierke riconosce che grazie all'eliminazione dei corpi intermedi s'è aperta la strada alla libertà individuale e al livellamento degli individui, fino agli estremi raggiunti in Francia con la Rivoluzione, ma denuncia anche che si tratta di una libertà e un'eguaglianza del tutto passive, i cui titolari sono meri sudditi e non soggetti attivi⁽⁸⁵⁾.

Sul piano teorico, a favorire questo stato di cose sono state le idee filosofiche del giusnaturalismo e soprattutto il diritto romano, visto come un'arma dei principi contro la libertà popolare maneggiata con astuzia da un ceto di giuristi estranei allo spirito più profondo della nazione (il tema è ovviamente beseleriano). Il diritto romano favorisce l'individualismo più assoluto e assegna alle associazioni un ruolo esclusivamente all'interno del diritto privato per perseguire scopi degli individui. I caratteri della "nuova formula" di corporazione dotata di personalità giuridica sono allora i seguenti: "Verdrängung aus dem öffentlichen Recht, Beschränkung auf eine durch staatliche Koncession verliehene und stets revokable Rechtssubjektivität für Vermögenszwecke, ewige Unmündigkeit, rein privatrechtliche Konstruktion im Innern durch Herabsetzung der Gesamteinheit zu einem von der Gesamtheit völlig gelösten Individuum"⁽⁸⁶⁾. I caratteri, cioè, della persona giuridica savigniana.

⁽⁸⁴⁾ Ivi, p. 641 ss.

⁽⁸⁵⁾ Ivi, pp. 645-646.

⁽⁸⁶⁾ Ivi, p. 648.

7. La "freie Association" tra Stato di diritto e questione sociale.

Lo Stato di polizia, come del resto confermavano gli avvenimenti del 1848, non era un destino ineluttabile. La storia dimostra al Gierke che è una virtù del popolo tedesco raggiungere gradualmente, non senza ostacoli, l'armonia fra Unità e Libertà grazie alle sue *Genossenschaften*. L'analisi del tortuoso percorso delle forme associative germaniche valorizza, interpreta, inquadra il presente nel quale da appena venti anni si vanno creando nuove associazioni con scopi sociali ed economici e si va modificando lo Stato⁽⁸⁷⁾. Nella descrizione del presente, quinto periodo di una vicenda ben più ampia, Gierke è così in grado di indicare anche possibili linee di sviluppo e proporre modelli di riferimento, in quella che rimane forse la parte più vibrante della sua opera.

Il metodo storiografico da lui utilizzato può essere accusato di finalismo, perché individua un moto che inesorabilmente tende a completarsi nel presente; vero è però che il Gierke è maestro nel differenziare, nel portare a galla l'infinita varietà di sfumature e tratti caratteristici di ogni esperienza giuridica che analizza. La "freie Association" del presente si pone come livello superiore di sviluppo degli stessi principî che animavano l'*Einungswesen* medievale: movimenti che agiscono entrambi dal basso, spesso opponendosi alle autorità superiori, e sono entrambi manifestazioni di libertà, estremamente fluidi nelle combinazioni che creano⁽⁸⁸⁾. Le associazioni del presente, tuttavia, hanno scopi più specifici (economici, morali, sociali) e sono meglio definiti gli spazi di personalità individuale che il singolo mette in comune; inoltre, la più completa libertà di aderire al maggior numero di associazioni evita la formazione di nuovi *Stände*⁽⁸⁹⁾.

La differenza fondamentale riguarda tuttavia il rapporto con lo Stato. Di contrapposizione del movimento associativo medievale allo Stato non si può parlare perché, afferma il Gierke, uno Stato nemmeno esisteva⁽⁹⁰⁾; all'inverso, le odierne *Genossenschaften* hanno trovato uno Stato anteriore alla loro nascita. Su questo punto era essenziale contrastare la teoria dei romanisti, che impostava il rapporto secondo un movimento che dallo Stato discende alle persone giuridiche da esso autorizzate e create. Gierke ribalta completamente la prospettiva, ponendosi sin dalla premessa della sua opera l'obiettivo di contribuire alla conoscenza di quelle forze che, egli dice, sono più antiche dello Stato, che anzi lo hanno creato e al suo interno

⁽⁸⁷⁾ Ivi, pp. 655-656.

⁽⁸⁸⁾ Ivi, pp. 652-653.

⁽⁸⁹⁾ Ivi, pp. 653-655.

⁽⁹⁰⁾ Ivi, p. 299.

quotidianamente continuano a svolgere la loro attività⁽⁹¹⁾. Il giovane autore giunge così a meditare una soluzione per i due problemi del presente che rappresentano il vero orizzonte cui è rivolta la sua opera, la questione nazionale e la questione sociale.

Nella *Genossenschaftsidee* sta infatti il segreto del nuovo Stato, come Gierke lo vede e prevede: uno Stato ricongiunto al popolo, organicamente formato da numerosi strati associativi tenuti insieme non dall'autorità ma dal diritto⁽⁹²⁾. Le formazioni subordinate sono collettività rispetto alle cellule inferiori e a loro volta entrano in collettività più ampie; tuttavia godono di autonomia nel loro ambito, nel quale possono liberamente amministrarsi. Emblematico è il caso dei comuni, che il Gierke immagina non come istituzioni statali derivate, ma dotati di personalità propria, originaria, che rispetto allo Stato è equivalente a quella di un privato cittadino, rispetto ai cittadini si pone come titolare di diritti e poteri pubblici, capace di auto-amministrazione e autonomia normativa⁽⁹³⁾. La situazione reale delle municipalità tedesche era ben lungi dall'effettiva libertà, beninteso, ma la rinascita dello spirito associativo popolare lasciava sperare che in futuro lo Stato avrebbe rinunciato a privare i comuni di ogni indipendenza per limitarsi solamente a esercitare un controllo dall'alto e definire il loro ambito esterno. In particolare, ai comuni dovrebbe competere in via esclusiva la loro organizzazione, composta di funzionari che non siano organi dello Stato, e dovrebbe essere riconosciuta la possibilità di regolare il proprio organismo attraverso l'autonomia normativa: il che richiederebbe – monito quanto mai eterodosso nel secolo del legalismo statale – un passo indietro da parte dello Stato e la rinuncia da parte sua “die alleinige Quelle” dice il Gierke “objektiven Rechts oder doch die alleinige Quelle des geschriebenen Rechts zu sein”⁽⁹⁴⁾.

Lo Stato di diritto, dunque, è solamente l'associazione più ampia e più elevata, non diversa qualitativamente dalle formazioni sociali inferiori che, disponendosi su livelli concentrici, ne creano la base⁽⁹⁵⁾: per quanto le limiti o le controlli, non le annette a sé e non le crea, bensì è creato da esse per effetto del moto *genossenschaftlich* che dalle collettività inferiori ascende incessantemente alle superiori. D'altronde, lo Stato neppure coincide del tutto con una pura *Genossenschaft*: esso infatti deve essere un'unità armonica in cui la

⁽⁹¹⁾ Ivi, p. X.

⁽⁹²⁾ A differenza delle originarie concezioni germaniche, in cui lo Stato è assorbito dal diritto, e a quelle di età moderna, in cui il diritto è assorbito dallo Stato, la *Genossenschaftsidee* impone di perseguire il bene pubblico entro limiti legali che tutelino il bene privato: lo Stato è diritto e ad esso obbedisce quando entra a contatto col singolo o con una comunità inferiore (ivi, p. 831).

⁽⁹³⁾ Ivi, p. 757 ss.

⁽⁹⁴⁾ Ivi, p. 762.

⁽⁹⁵⁾ Ivi, p. 832.

base consociativa si coniuga con un vertice che garantisca la tenuta dell'organizzazione complessiva. L'idea statale moderna contiene perciò la conciliazione delle idee originarie di *Genossenschaft* e *Herrschaft* in un organismo culminante nella monarchia costituzionale⁽⁹⁶⁾, la quale trovava in questo disegno la sua legittimazione storica secondo gli auspici del liberalismo organico.

Se la *Genossenschaftsidee* esplica (in maniera peraltro ancora incompleta) un effetto modificativo sullo Stato, contribuendo a risolvere la questione nazionale, non per questo aspira semplicemente ad appiattirsi su di esso: all'inverso, la "freie Association" deve continuare a creare con fantasia nuovi organismi per affrontare anche la complessa questione sociale di quegli anni. Gierke constata ammirato i progressi delle industrie, delle vie di comunicazione e della vita civile⁽⁹⁷⁾, e con orgoglio rivendica alla categoria storico-euristica '*Genossenschaft*' il merito di aver saputo adeguatamente esprimere l'essenza, altrimenti incompresa dai romanisti, del fattore giuridico principale di questo sviluppo, le società per azioni nelle quali l'impresa capitalistica si organizza⁽⁹⁸⁾. Più acuta però è in lui la consapevolezza che il processo in corso rischia di portare al dispotismo del capitale, alla prevalenza dell'egoismo sull'etica e all'annientamento delle personalità umane escluse dalla corsa al profitto⁽⁹⁹⁾: contro queste degenerazioni si ripresenta, come unica forza in grado di resistere, un particolare tipo di *Genossenschaft* che muoveva allora i suoi primi passi, la *Genossenschaft* personale con scopi economici. Diversamente dalle società per azioni, che sono *Kapitalgenossenschaften*, queste associazioni riposano sul legame di forze economiche personali; sebbene non possano vivere e operare senza un capitale, in esse la persona primeggia sul capitale, che è diviso in quote inconfondibili con le azioni perché consistenti nell'accessorio non autonomo d'un diritto altamente personale (come tale indisponibile e uguale per tutti i membri)⁽¹⁰⁰⁾.

Contro il protettorato dello Stato sull'economia, odiosa reliquia dell'*Obrigkeit*, contro il prevalere della speculazione sulla morale, una catena ininterrotta di assicurazioni, aziende di credito, associazioni distributive e soprattutto *Produktivgenossenschaften* sono chiamate a recuperare un ruolo al "Gemeinsinn" e a ingenerare una mentalità di *Selbsthilfe* nelle classi lavoratrici più svantaggiate⁽¹⁰¹⁾. Questo è il problema rispetto al quale tutta la ricognizione sulle nuove forme 'cooperative' acquista una drammatica

⁽⁹⁶⁾ Ivi, p. 833.

⁽⁹⁷⁾ Ivi, p. 1028.

⁽⁹⁸⁾ Ivi, p. 1009, con un richiamo a Beseler.

⁽⁹⁹⁾ Ivi, p. 1029.

⁽¹⁰⁰⁾ Ivi, p. 1030 ss.

⁽¹⁰¹⁾ Ivi, pp. 1034-1035.

concretezza⁽¹⁰²⁾. La concentrazione dei capitali nelle grandi industrie porta paradossalmente all'aumento della ricchezza complessiva e al corrispondente impoverimento delle "besitzlose Klassen". Irregimentati nelle fabbriche, i lavoratori non sono più membra del corpo produttivo, ma vengono degradati a oggetti, strumenti per lo svolgimento dell'attività; e poco conta che la legislazione annulli queste realtà organiche in una somma di rapporti privati fra individui, poiché l'impresa capitalistica nei fatti è un'unità configurabile come *Herrschaftsverband*. Come se si riaprisse un nuovo ciclo storico di conflitti fra *Herrschaft* e *Genossenschaft*, i rappresentanti del capitale signoreggiano sui lavoratori e sono dominati a loro volta dal proprio capitale; i lavoratori vedono la loro esistenza economica determinata da una forza esterna, finché, alla lunga, della loro personalità "nur der Name und das abstrakte Recht verbleibt"⁽¹⁰³⁾.

L'esito della lunga analisi socioeconomica, che sembrerebbe averci allontanato dal problema più squisitamente teorico della persona giuridica, mostra invece inaspettatamente come quest'ultimo fosse in realtà specchio della *Weltanschauung* del giurista. Per prima cosa, Gierke esclude che l'intervento dello Stato fosse l'elemento risolutore dei conflitti sociali e, a questo proposito, critica duramente le dottrine socialiste e comuniste – consone alle tendenze dei popoli 'romanicì' – che a suo giudizio consegnano a un'istituzione superiore la personalità che si voleva restituire al lavoratore⁽¹⁰⁴⁾. Allo Stato deve essere riservato un ruolo – necessario peraltro – di sostegno diretto o indiretto delle classi più deboli; ma le rivendicazioni di queste ultime possono essere realizzate pienamente solo attraverso il *Selbsthilfe*, attuato nella "freie, von innen gestaltende Association"⁽¹⁰⁵⁾. Rispetto all'ubiquità dello Stato assoluto Gierke teorizza in sostanza una zona autonoma, libera dall'intervento statale: è evidente che così risultava reciso – perlomeno al livello di politica del diritto – il nesso (fino allora) indiscutibile tra lo Stato e i soggetti collettivi da questo riconosciuti e controllati.

Se poi si considerano i tipi di associazioni nelle quali Gierke ripone le maggiori speranze, emergono in filigrana i nuclei tecnici ai quali il grande giurista avrebbe dovuto lavorare in prospettiva nella sua maturità. Dopo aver descritto le aggregazioni capaci di influire sulla situazione dei lavoratori indirettamente, in particolare quelle che chiama 'unioni per la rappresentanza dei lavoratori', volte a fissare regole comuni per ottenere dai datori condizioni migliori⁽¹⁰⁶⁾, egli assegna massimo rilievo al movimento, già

⁽¹⁰²⁾ La descrizione delle condizioni della classe operaia sono ivi, p. 1036 ss.

⁽¹⁰³⁾ Ivi, p. 1038.

⁽¹⁰⁴⁾ Ivi, p. 1039.

⁽¹⁰⁵⁾ Ivi, p. 1042. I corsivi sono di Gierke.

⁽¹⁰⁶⁾ *Ibidem*.

maturato in Inghilterra e attualmente in ascesa in Germania su iniziativa di Hermann Schulze-Delitzsch, orientato verso la creazione di *Produktivgenossenschaften*, grazie alle quali il lavoro è destinato ad acquisire piena cittadinanza nella comunità economica rendendosi autonomo⁽¹⁰⁷⁾. In questi organismi al singolo è lasciata la sua individualità, a differenza dei sistemi socialisti; ma l'individualità non è senza limiti e autoreferenziale, bensì apporta una parte di sé all'intero, in modo da sfuggire alla parabola solitaria inscritta nel destino degli atomi⁽¹⁰⁸⁾. Rispetto all'obiettivo ultimo di garantire la libertà degli individui attraverso la partecipazione⁽¹⁰⁹⁾, la persona giuridica avrebbe dovuto essere un'unità vivente *nei* suoi membri, non semplicemente *accanto* ad essi come postulava la teoria della finzione⁽¹¹⁰⁾.

8. Un'idea nuova di persona

Nel secondo volume del "Das deutsche Genossenschaftsrecht", pubblicato nel 1873 col titolo "Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs", Gierke si propone di portare a termine il suo compito: dopo aver tracciato la storia della *Genossenschaft* fino ai suoi giorni, era necessario intraprendere l'analisi del corrispondente concetto giuridico, sempre però dalla prospettiva della sua formazione storica. A cose fatte, manca all'appello una proposta sistematica utile per il presente (messa in cantiere solo nel successivo "Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung"): si ha invece una lunga storia del *Körperschaftsbegriff* germanico, contrapposta poi (nei volumi III e IV) alle dottrine corporative dell'antichità e del medioevo che hanno sfidato il diritto germanico sul suolo patrio dopo la Recezione. Il progettato *Lebenswerk* non si chiuderà mai: quel che rimane dopo il primo volume, l'unico realizzato secondo i programmi originari dell'autore, è una ricostruzione epica, per i toni e la mole, del conflitto fra il modello di *Stadt* tedesca medievale, prima forma compiuta di *Körperschaft*, e la *Anstalt* romano-canonica creata dalla scienza giuridica dei glossatori e commentatori.

Eppure, con il secondo volume si raggiunge già l'assetto definitivo per quanto riguarda la critica della dottrina romanistica e la sottostante visione della società. L'analisi storica del primo volume ha permesso di relativizzare

⁽¹⁰⁷⁾ Ivi, p. 1043 ss.

⁽¹⁰⁸⁾ Ivi, p. 1048.

⁽¹⁰⁹⁾ Di conciliare, cioè, *Einheit* e *Freiheit*.

⁽¹¹⁰⁾ Il che emerge anche dalla definizione secondo cui "Eine Genossenschaft ist nur vorhanden, wenn durch eine selbstgewollte Association ein in seinen Gliedern lebender Organismus mit eigener Gesamtpersönlichkeit entsteht" (ivi, p. 1030).

l'entità 'Stato', che nel pensiero savigniano era considerata un dato indiscusso, accettato in quanto tale, fino ai limiti della complice acquiescenza verso le manifestazioni concrete di tale entità. Ora viene sferrato l'attacco all'individualismo, attraverso una revisione del concetto di persona dall'osservatorio germanistico. Diviene definitivamente chiaro che la contestazione della persona giuridica savigniana e la sua sostituzione attraverso l'alternativa di diritto tedesco presuppongono due modelli di filosofia sociale radicalmente diversi: in un caso, l'individuo e lo Stato costituiscono la priorità rispetto alle associazioni e sono astrattamente pensati anche senza di esse; nell'altro caso, gli individui e i soggetti collettivi sono egualmente prioritari perché inscindibili, uniti da vincoli organici di fedeltà sempre crescenti fino alla collettività più generale che è lo Stato.

Fra individuo, *Genossenschaft*, Stato c'è continuità, compenetrazione; e *Genossenschaft*, oltre che come forza storica, si configura come "Lebenswelt"⁽¹¹¹⁾, unità di tipo morale che rafforza la personalità dei suoi membri in contrapposizione al meccanismo artificiale costruito dalla teoria della finzione. Se l'associazione non deriva dallo Stato la sua esistenza, la fonte della sua soggettività andava trovata altrove, in una "realtà" concretissima, indiscutibile: tale realtà è l'individuo, non considerato astrattamente uguale ai suoi simili e non contemplato dal diritto per soddisfarne la volontà sovrana – nel rispetto ovviamente della sfera giuridica altrui; bensì l'individuo in carne ed ossa, economicamente condizionato, bisognoso dei legami e delle relazioni più varie per realizzare, in un equilibrio di doveri e diritti, la sua personalità.

La "formula" di Savigny pertanto, secondo cui originariamente e naturalmente il soggetto di diritto coincide con l'uomo, tanto che ogni singolo uomo e solo l'uomo singolo ha la capacità giuridica, non è condivisibile né dal punto di vista storico né filosofico. Storicamente, infatti, prima ancora degli individui hanno diritti le unità collettive, ad esempio i popoli, mentre certi individui, gli stranieri e gli schiavi specialmente, non godono di capacità giuridica. Filosoficamente, poi, la personalità delle associazioni è del tutto connaturata al pensiero giuridico, come è provato dalla natura del diritto germanico⁽¹¹²⁾. A questo punto il discorso di Gierke si sviluppa in un confronto fra diritto romano, i cui assunti sono considerati precursori di quelli savigniani, e diritto germanico: si manifesta il carattere manieristico, stilizzato, con cui egli descrive l'uno e l'altro, troppo unilaterale per essere credibile⁽¹¹³⁾; e si conferma la

⁽¹¹¹⁾ Così PETERS, *Die Genossenschaftstheorie Otto v. Gierkes (1841-1921)*, cit., p. 94.

⁽¹¹²⁾ *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, II, cit., pp. 25-26.

⁽¹¹³⁾ Il tema delle persone giuridiche ha sofferto sensibilmente della proiezione

strumentalità del ricorso alla storia, necessario a offrire una modellistica cui riferirsi per il presente.

Il diritto romano parte dalla separazione fra diritto pubblico e privato: l'indipendenza del diritto privato di fronte allo Stato è infatti la grande conquista del popolo romano. Mentre nel diritto pubblico esiste un solo soggetto, lo Stato, che è l'unico individuo della sua specie, il diritto privato serve a creare una sfera di sovranità della volontà individuale. La personalità coincide con la capacità di diritto privato ed è prerogativa dell'individuo; perché qualcosa di diverso dall'individuo diventi soggetto deve trattarsi d'una creatura artificiale. In una comunità, di conseguenza, i romani vedevano due sole possibilità: o un legame, seppur stretto, comunque esterno, estrinseco, che lascia ciascun individuo perfettamente indipendente nella sua sfera (è il caso della comunione); o un soggetto terzo, rigorosamente distinto, perché se avesse legato o limitato i singoli questi avrebbero finito di essere tali. Questa persona artificiale, non potendo essere creata dai singoli, che nulla vi conferiscono della propria personalità, deve essere necessariamente creata dallo Stato. Da questi presupposti derivano i caratteri essenziali della personalità in diritto romano (e, di riflesso, nel sistema savigniano): di essere assoluta, quindi determinata solo da se stessa e insensibile al legame con altri soggetti o con gli oggetti ad essa sottoposti; indivisibile come lo è l'individualità; intrasferibile⁽¹¹⁴⁾.

I popoli germanici hanno invece un'idea unitaria del diritto, in cui fin dall'origine sono contenuti i rapporti fra la comunità e gli individui, quindi il diritto pubblico: di conseguenza è unitaria per loro anche la personalità, che include libertà e limite, egoismo e altruismo, lato individuale e lato comunitario⁽¹¹⁵⁾. Nella personalità di diritto privato il potere della volontà è non assoluto

sul passato di concezioni moderne: ne sono concordemente consapevoli le più importanti monografie novecentesche, in particolare L. SCHNORR VON CAROLSFELD, *Geschichte der juristischen Person*, I, *Universitas, corpus, collegium im klassischen römischen Recht*, Aalen, Scientia, 1969 (ed. or. München, Beck, 1933), p. 205; P. W. DUFF, *Personality in Roman Private Law*, New York, Kelley/South Hackensack, Rothman, 1971 (ed. or. London, Cambridge University Press, 1938), p. 209 ss., e B. ELIACHEVITCH, *La personnalité juridique en droit privé romain*, Paris, Sirey, 1942, p. 362. Su Gierke e il diritto germanico interessanti osservazioni in K. LUIG, "Römische und germanische Rechtsanschauung, individualistische und soziale Ordnung", in *Die deutsche Rechtsgeschichte in der NS-Zeit. Ihre Vorgeschichte und ihre Nachwirkungen*, a cura di J. Rückert, D. Willoweit, Tübingen, 1995, pp. 95-137.

⁽¹¹⁴⁾ *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, II, cit., pp. 26-30.

⁽¹¹⁵⁾ Ivi, p. 33: "Das germanische Recht konnte daher nicht, wie das römische, von der Nebeneinanderstellung einer absoluten Willensordnung des Staats und einer Summe souveräner Einzelwillen ausgehen. Sein Ausgangspunkt vielmehr mußte ein einheitlicher Willensbegriff sein, der die Merkmale der Freiheit und der Beschränkung, des Fürsichseins und des Fürandereseins, des Individuellen und des Gemeinheitlichen gleichmäßig umschloß. Es war daher der freie, aber sittlich gebundene, der

e senza limiti, ma arginato dall'ordine etico della comunità; parimenti il diritto pubblico bilancia attentamente la soggezione degli individui con la loro libertà. La personalità, dunque, non è mai assoluta: se il diritto è unitario, sistema di pretese e obblighi, diritti soggettivi e doveri, il soggetto è tale solo in quanto stia in relazione con altri soggetti⁽¹¹⁶⁾. La personalità è poi divisibile: è infatti possibile collegarne una parte a una soggettività più ampia, che a sua volta vive del senso di appartenenza dei singoli. La personalità è infine trasferibile, quanto meno nel diritto privato, dove è ammessa dal diritto germanico la cessione della ditta o delle azioni d'una società⁽¹¹⁷⁾.

Su queste caratteristiche riposa la *Genossenschaftsbildung*, che dipende appunto dal conferimento da parte dei singoli di una porzione della loro personalità a favore di una personalità collettiva più ampia. I popoli germanici hanno perciò considerato sin dall'inizio l'associazione come soggetto, prodotto dal legame organico di tante volontà particolari in una volontà collettiva superiore⁽¹¹⁸⁾. Dalla relatività della soggettività individuale discende la pensabilità d'un soggetto comunitario in cui si incarnano le relazioni delle quali i singoli necessitano per divenire persone compiute; una *Verbandsperson* i cui caratteri strutturali sono per ciò stesso differenti dalla persona giuridica romana.

Si giunge così finalmente al capovolgimento degli assunti savigniani. Intanto, la *Verbandsperson* si configura come unità individuale operativa nel diritto privato e contemporaneamente dotata anche di diritti pubblici⁽¹¹⁹⁾. Inoltre, essa non necessita di essere creata artificialmente perché la sua esistenza è iscritta nella "Natur der Dinge", nella natura cioè dei fatti sociali. Ancora, rispetto ai suoi membri essa non si pone come un terzo, ma è solo relativamente separata: sono infatti possibili diritti che spettano ai singoli solo in quanto fanno parte della corporazione, come certe facoltà di godimento del patrimonio corporativo tipiche della storia tedesca⁽¹²⁰⁾. Infine, lo

sittlich freie Wille, welcher die Seele der germanischen Persönlichkeit bildete. Und Persönlichkeit bestand in der Anerkennung eines sittlich freien Wesen als des Trägers von Recht".

⁽¹¹⁶⁾ Ivi, p. 36: "Ist aber das Recht seinem Wesen nach ein System von Befugnissen und Pflichten, so ist sein Subjekt von vornherein nur in der Beziehung zu andern Subjekten Subjekt, und es ist für seinen Begriff wesentlich, daß der in ihm verkörperte Wille in sich beschränkt und gebunden ist".

⁽¹¹⁷⁾ Ivi, pp. 36-37 ss.

⁽¹¹⁸⁾ Ivi, p. 37: "Denn von vornherein lag ja im Wesen des Rechts nicht bloß die Abgrenzung individueller Willenssphären als selbständiger Machtgebiete gegeneinander, sondern zugleich die organische Verbindung von Sonderwillen zu der höheren Willenssphäre einer Gemeinschaft".

⁽¹¹⁹⁾ Ivi, pp. 39-40.

⁽¹²⁰⁾ Ivi, pp. 40-41 e p. 905 ss. Su questo modello Gierke costruirà poi il *Sozialrecht* inteso come sfera intermedia fra diritto pubblico e diritto privato.

Stato non si pone all'esterno di questa "catena di soggetti" ("Kette von Personen") ma ne costituisce piuttosto la frontiera ultima, oltre la quale non vi sono collettività superiori: uno Stato, dunque, anch'esso eticamente determinato come tutte le altre soggettività inferiori, individuali o collettive⁽¹²¹⁾.

9. Considerazioni conclusive

Unendo suggestioni storiche e nazionalistiche, Gierke ha ripensato uno per uno i caratteri della persona giuridica alla luce d'una sensibilità acuita dalle questioni più pressanti del presente. La sua riflessione conteneva spunti di notevole modernità⁽¹²²⁾: il tema della persona giuridica e delle sottostanti forme associative incrocia trasversalmente la rigida partizione fra diritto pubblico e privato, dischiudendo nuove prospettive altrimenti impensabili dall'ottica individualistica. A lui, non a caso, si sono richiamati Hugo Sinzheimer⁽¹²³⁾ nella scoperta della dimensione collettiva del diritto del lavoro e Hugo Preuss nel "Versuch einer deutschen Staatskonstruktion auf Grundlage der Genossenschaftstheorie"⁽¹²⁴⁾. Ma, se considerata nel complesso, la sua proposta avrebbe potuto contribuire a costruire una società federalistica, stratificata, policentrica, in cui le persone giuridiche fossero articolazioni originarie naturalmente dotate di relativa autonomia, capaci di annullare la distanza fra individuo e Stato, fra diritto pubblico e privato, fra diritto e morale. Così non è stato, e forse proprio per questo la teoria gierkiana rimane sempre di costante attualità: troppo audace per essere attuata, è

⁽¹²¹⁾ Ivi, p. 41: "Aus der Kette der Personen tritt in allen diesen Beziehungen selbst die intensiv und extensiv höchste Persönlichkeit, selbst der Staat nicht heraus. Alles, was ihn von andern Personen unterscheidet, beruht darauf, daß keine Person mehr über ihm steht, daß er die einzige Person, die nur Allgemeinheit, mithin die Allgemeinheit schlechthin, ist. Allein auch der Staat ist nicht wie bei den Römern der verkörperte absolute Wille, sondern der sittlich-freie Gesamtwille ... Und endlich findet auch der Staat nicht mehr wie in der alten Welt seinen Zweck lediglich in sich selbst. Sondern er ist zwar nicht, wie man wol gefolgert hat, lediglich um der Einzelnen willen da: aber Einzelne und Staat sind für einander da".

⁽¹²²⁾ Un aspetto su cui insistono da ultimo in particolare MEZZADRA, *Il corpo dello Stato*, cit., p. 457 ss. e BLICKLE, *Otto Gierke als Referenz?*, cit., p. 261 ss.

⁽¹²³⁾ Per l'influenza di Gierke su Sinzheimer e il ruolo di quest'ultimo nella "affermazione di un'autonomia giuslavoristica distaccata dalle forme civilistiche del passato e dalle costrizioni del diritto delle obbligazioni" si veda G. CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 202 ss.

⁽¹²⁴⁾ Come suona il sottotitolo della sua opera *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften*, Berlin, Springer, 1889.

tuttavia irrinunciabile per interpretare le trasformazioni che quando Gierke scriveva erano soltanto all'inizio di uno sviluppo tumultuoso.

Ha prevalso invece, quanto meno al livello legislativo, il sistema di autorizzazioni e controlli della solida costruzione savigniana, poiché questa aveva due indiscutibili vantaggi che ne hanno decretato la fortuna: di sancire il superamento della società corporativa di antico regime e di essere funzionale al trionfante assetto individualistico e statualistico.

Certo è che la persona giuridica sin dalle origini è stata un tema controverso, discusso, lacerato. Il destino ha poi voluto che le due principali teorie finissero accomunate, quasi fossero semplicemente tra loro complementari, per essere rifiutate in blocco: o perché considerate come espressione d'una visione soggettivistica del diritto da parte delle teorie oggettivistiche e normativiste; o perché procedono in maniera piramidale, per deduzione forzata da alcune premesse generali⁽¹²⁵⁾. Tuttavia sembra chiaro che i problemi coinvolti nel *Theorienstreit*, individuati in particolare dalla appassionata analisi gierkiana, sono ancora ineludibili anche per chi nega la persona giuridica o la considera solo un prodotto delle norme, perché pur sempre le norme si dovrebbero indirizzare a risolvere quei nuclei problematici: Stato, individuo, società; libertà e potere; radici storiche ed evoluzioni sociali.

⁽¹²⁵⁾ D'obbligo rimandare *in toto* al quadro tratteggiato da ORESTANO, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, cit., in particolare p. 233 ss.

GIOVANNI TUZET

QUANTE VERITÀ?

Sosterrò in queste brevi pagine che esistono due sensi del termine “vero”: semantico ed eidetico. Negherò che ne esista un terzo, epistemico, o addirittura un quarto, normativo. Concluderò ricordando tuttavia che il vero semantico può essere detto in molti modi.

Amedeo G. Conte (2001, pp. 1003-1008) ha distinto tre sensi del termine “vero”. Il primo è il senso *semantico* secondo cui “vero” è un predicato di enunciati⁽¹⁾. Il secondo è il senso *eidetico* secondo cui “vero” si applica a ciò che corrisponde ad un concetto. Il terzo è il senso *epistemico* secondo cui “vero” si applica in relazione alle nostre conoscenze della realtà.

Un esempio del primo senso è questo: l’enunciato “la neve è bianca” è vero. Esempi del secondo sono le espressioni come “vero amico”, “vero guaio”, “vere bugie”. Come per il primo senso, vero è ciò che corrisponde a qualcosa, ma nel secondo senso non vi è una corrispondenza fra un enunciato e uno stato di cose (come nel primo), bensì fra un’entità e il suo *eidos* (concetto)⁽²⁾. Ora si può chiedere: in che modo un’entità corrisponde ad un concetto? Il testo di Conte non lo specifica. Io direi che si ha corrispondenza eidetica quando qualcosa presenta le proprietà che definiscono un concetto. Se a definire il concetto di amico sono proprietà quali la sincerità, la fedeltà e la generosità, di colui che presenti tali caratteristiche potrà dirsi che è un vero amico.

In seguito, Conte (2003, pp. 198-199, nota 7), specifica di avere distinto fra verità semantica e non semantica (ontica), e di avere distinto rispetto alla seconda fra verità eidetica e verità epistemica (due forme di verità ontica).

Quanto al terzo senso, si confrontino i seguenti enunciati:

- (a) La *causa formalis* di Aristotele non è una *vera* causa
- (b) La *vera* causa della morte di Napoleone è stata non un avvelenamento, ma un cancro.

⁽¹⁾ È il senso di Tarski (1944). Secondo Conte, Tarski presenta una concezione *semantica* della verità *semantica*, infatti della verità *semantica* ci sono anche concezioni *pragmatiche* (la verità come consenso) e concezioni *sintattiche* (la verità come coerenza). Sugli usi di “vero” cfr. Messeri (1997, cap. 1) ed Engel (1998, cap. 1).

⁽²⁾ Ciò non toglie, nota Conte, che il senso eidetico si possa applicare anche ad enunciati: “Fuoco!” ad es. non è un *vero* enunciato. Sul tema della verità, v. anche Conte (2001, pp. 669-676, 698-710, 843-879), nonché (1995, pp. 472-476).

In (a) il termine “vero” ha il senso *eidetico*, mentre in (b) ha il senso *epistemico*. Ora, Conte si chiede giustamente quale rapporto vi sia fra vero in senso epistemico e vero in senso semantico. Risponde che differiscono sotto almeno un profilo: “vero” in senso *semantico* è un predicato specifico di enunciati, mentre in senso *epistemico* non lo è.

Ciò che intendo porre in dubbio è la distinzione fra senso semantico e senso epistemico (mentre concordo in pieno con quella fra senso semantico e senso eidetico).

Si può dire che il senso epistemico – la *vera causa* in (b) – è parafrasabile in termini di vero semantico: l’enunciato “Napoleone è morto a causa di un cancro, e non di un avvelenamento” è vero. Si può dire che per ogni vero epistemico ci sia un vero semantico mentre non è vera la converso, cioè che per ogni vero semantico ci sia un vero epistemico, in quanto tale condizione sarebbe soddisfatta solo se fossimo onniscienti. Dandosi il caso che non siamo onniscienti, ci sono verità semantiche di cui non sappiamo che sono vere.

Marco Messeri (1997, pp. 6-7) chiama *predicativo* il seguente uso: la teoria di Darwin è vera. Si tratta di una forma del vero *epistemico* secondo Conte (non certo di vero eidetico). Ma anche qui vediamo che l’uso è logicamente riconducibile al vero semantico, poiché dire che la teoria di Darwin è vera non è altro che riassumere l’insieme di enunciati in cui consiste la teoria di Darwin e dire che essi sono veri.

Pertanto, si può sostenere che il vero epistemico sia riducibile al vero semantico. Certo agli occhi della teoria della conoscenza e dei rilievi pratici della conoscenza è importante distinguere le verità epistemicamente determinate da quelle che non lo sono, ma agli effetti della distinzione dei sensi di “vero” è sufficiente la distinzione fra vero semantico e vero eidetico, poiché il vero epistemico non è che una forma del vero semantico⁽³⁾.

Se il punto fosse quello di distinguere gli *usi* del termine “vero” si potrebbe comunque sostenere ragionevolmente che (b) rappresenti un uso distinto sia da (a) che dal senso semantico. A ciò si potrebbe replicare che non necessariamente un *uso* distinto corrisponde ad un *sensu* distinto (dal momento che l’obbiettivo in questione è distinguere alcuni *sensi* del termine “vero”). Ma a un esame più approfondito il vero punto sarebbe un altro: in (b) non c’è un uso o senso distinto dal senso semantico⁽⁴⁾. Per provarlo si immagini la seguente eventualità. Poniamo che si venga a scoprire che la morte di

⁽³⁾ Si potrebbe sospettare peraltro che ci sia una diversa sfumatura di senso fra “vero” in senso eidetico e “vero” nel senso di “autentico”. Si noti la differenza fra “Basilio è un vero amico” e “Questo è il vero contratto, non quello”. Cfr. Ramsey (1927-1929, p. 6), Austin (1979, pp. 117-121), Engel (1998, p. 16).

⁽⁴⁾ Mentre sembra difficilmente negabile che vi sia un senso o uso distinto dal senso eidetico espresso da (a).

Napoleone è stata prodotta da un virus tipico dell'isola di Sant'Elena. Allora (b) dovrebbe essere riformulato in

(c) La *vera* causa della morte di Napoleone è stata non un avvelenamento, né un cancro, ma il virus di Sant'Elena.

Si pretenderebbe a giusta ragione di sostituire (b) con (c). Perché? Perché "vero" in (b) e in (c) non designa le cognizioni disponibili o le conoscenze correnti, ma ciò che ha determinato di fatto la morte di Napoleone, indipendentemente dalle conoscenze che se ne abbiano. Se così non fosse, non vi sarebbe necessità di sostituire (b) con (c), ma si potrebbero continuare a credere contemporaneamente entrambi gli enunciati, come in effetti si possono credere contemporaneamente i seguenti due:

(d) Per le cognizioni in t_1 la *vera* causa della morte di Napoleone è stata non un avvelenamento, ma un cancro.

(e) Per le cognizioni in t_2 la *vera* causa della morte di Napoleone è stata non un cancro, ma il virus di Sant'Elena.

Potrebbe darsi che anche (c) sia falso. Ma non è questo il problema: il punto è che in ogni enunciato del tipo di (b) o (c) "vero" non è impiegato a designare delle proprietà epistemiche ma delle proprietà semantiche⁽⁵⁾.

Potrebbe esistere tuttavia qualche altro senso di "vero"? Magari un senso non epistemico bensì normativo? Vi è in effetti un uso che lo potrebbe far pensare: l'uso di attribuire un ruolo normativo a ciò che è vero – o direttamente alla verità più che al relativo predicato. Se ne trovano esempi in ambito religioso, come il giovanneo "Io sono la via, la verità e la vita" (Gv 14, 6). Senza addentrarmi in un'esegesi per cui non ho le competenze, direi che qui "verità" non vuol dire verità semantica né verità eidetica, ma qualcosa di più. In una prospettiva religiosa, credente è colui per il quale la verità creduta comporta di per sé delle conseguenze per la vita e la condotta, fino a ispirare e guidare l'intera esistenza di un individuo. In questo senso vi è chi parla di "verità efficace"⁽⁶⁾.

Ma non solo in ambito religioso si riscontra questo uso. In ambito filosofico vi è chi ha sostenuto che gli antichi avessero una concezione delle verità filosofiche come normative in quanto dirette a modificare la vita⁽⁷⁾. E si considerino espressioni come le seguenti, proprie della lingua parlata:

⁽⁵⁾ Una diversa terminologia è utilizzata in Conte (2006) e (2007), nel cui contesto ritengo applicabili, alla verità *idiologica*, le considerazioni svolte qui sulla verità epistemica: un enunciato come "Erik il Rosso è il vero scopritore dell'America" è ridicibile a una verità semantica.

⁽⁶⁾ Cfr. Turina (2004), che pur non utilizzando l'espressione "verità efficace" tratta del fenomeno corrispondente.

⁽⁷⁾ Cfr. Hadot (1995) e (2002).

“un’importante verità”, “una verità che fa male”, “una verità scomoda”. Si tratta di verità che avrebbero di per sé delle implicazioni per la condotta, delle conseguenze normative di qualche tipo? Bisogna sottolineare *di per sé*, poiché è normale che *in congiunzione con un’altra premessa normativa* la verità comporti delle conseguenze normative. Poniamo sia vero che *p*; poniamo di aggiungervi la premessa che *se p allora deve essere q*; ne segue che *deve essere q*. Ma la verità in questione non è normativa: è una verità di tipo semantico congiunta a una premessa normativa. In breve: una premessa vera non comporta di per sé delle conseguenze normative; le comporta se congiunta ad almeno una premessa normativa. Non ci sono verità che orientano direttamente l’azione.

Qualcuno potrebbe osservare che anche di una premessa normativa si può predicare la verità: potrebbe essere *vero* che *se p allora deve essere q*. Ma che tipo di verità sarebbe? Non saremmo in presenza di un senso normativo di “vero”, ma, ancora, del senso semantico predicato di (un enunciato che descrive) una norma⁽⁸⁾. Gli usi linguistici potrebbero indurre a pensare che esista un senso di verità normativo, ma così non è in quanto si tratta di verità semantiche congiunte ad assunzioni e premesse normative, o del senso semantico predicato di (enunciati che descrivono) norme. Nell’uso di espressioni come “una verità scomoda” sono implicite delle assunzioni normative e valutative che vanno esplicitate affinché sia chiaro non solo il senso delle espressioni utilizzate ma anche il genere di impegni normativi che il parlante assume impiegandole. Chiarirlo consente non solo di intendersi ma anche di condurre delle discussioni critiche sensate.

Qualcuno potrebbe osservare altresì, in una prospettiva inferenzialista⁽⁹⁾, che qualsiasi predicazione, inclusa quella di verità, ha un contenuto normativo; non nel senso che la verità vincoli la condotta al modo di una prescrizione, ma nel senso che predicare la verità guida il ragionamento (la condotta mentale) determinando quali impegni si assumono col fare certe asserzioni. Asserendo “Napoleone era un uomo” ci impegniamo ad accettare come veri altri enunciati come “Napoleone aveva un cuore” (non in senso metaforico ma nel senso che l’essere un uomo implica l’averne un cuore). Questo è in effetti un tratto generale del linguaggio e delle pratiche linguistiche: dire che un enunciato è vero comporta una serie di impegni discorsivi e inferenziali. Dunque “vero” ha un senso normativo distinto dagli altri?

Penso che la correttezza di queste osservazioni inferenzialiste non autorizzi tale conclusione, in base a due argomenti.

Il primo argomento consiste nel chiedersi in virtù di che cosa il fare

⁽⁸⁾ Per la rilevanza che questo ha in tema di ragionamento giuridico, cfr. Ferrajoli (1989, cap. 1).

⁽⁹⁾ Cfr. Brandom (2000). In ambito giuridico v. Canale (2003, cap. 6).

un'asserzione ci impegna o autorizza a trarne certe inferenze. In virtù della verità di p o in virtù di qualche norma per cui chi asserisce la verità di p si impegna anche alla verità di q ? Asserendo la verità di "Napoleone era un uomo" ci impegniamo a riconoscere, fra le altre cose, la verità di "Napoleone aveva un cuore". Ma in virtù di cosa assumiamo tale impegno? In virtù della verità stessa o di qualche norma linguistica o concettuale? Mi sembra che la seconda analisi sia più plausibile. La pragmatica del termine "vero" dipende da norme che ne regolano la formazione e l'uso. La sua semantica non impegna a nulla che non sia determinato da tali norme.

Il secondo argomento è il seguente. Se ci fosse un senso normativo di "vero", predicando in tal senso la verità di p vorremmo dire che p deve essere (in qualche senso del dover essere). Tuttavia, pure in un'ottica inferenzialista, chi predica la verità di p non dice che p deve essere, ma si impegna o è legittimato ad inferirne qualcos'altro, ad esempio che q è vero (in senso semantico) dato che p è vero (in senso semantico). Pertanto il senso di "vero" non cambia. In altri termini: la normatività in questione riguarda la nostra condotta, non il senso di "vero".

Resta comunque che il vero semantico non si dice in un solo modo. "Napoleone è morto a Sant'Elena"; "Un grande generale è morto in una piccola isola"; "Il padre delle moderne codificazioni non si è spento sul continente"; ecc. Questi enunciati non rappresentano in modi diversi lo stesso fatto? Ossia, non rappresentano in modi diversi uno stato di cose realizzatosi in questo mondo? Analoghi enunciati non potrebbero fare altrettanto? Esiste per ogni stato di cose, ritengo, una pluralità di modi in cui esso può trovare espressione, ossia, una pluralità di modi di dirne il vero. È la concezione che chiamo *asimmetrica* della verità (semantica), secondo cui questa consiste non in una relazione di corrispondenza fra un'entità ontologica e una linguistica (relazione uno-a-uno), ma fra *un'entità ontologica e molteplici entità linguistiche* (relazione uno-a-molti)⁽¹⁰⁾. Le esigenze pratiche ed espressive decidono quale rappresentazione è più appropriata di volta in volta. Si tratta di una concezione della verità come corrispondenza, ma senza la pretesa che ad ogni stato di cose corrisponda una e una sola rappresentazione vera⁽¹¹⁾. L'asimmetria permette di capire come una forma della nostra libertà si coniughi all'oggettività del mondo⁽¹²⁾.

⁽¹⁰⁾ Rimando a Tuzet (2005) e (2006, § 58) per una discussione dei vantaggi e delle criticità di questa concezione.

⁽¹¹⁾ Si noti che questo non esclude affatto la possibilità di rappresentazioni false: che di uno stesso fatto si diano più rappresentazioni vere non esclude che se ne diano anche rappresentazioni false; proprio questo garantisce che la pluralità non sia disgiunta dall'oggettività.

⁽¹²⁾ Per i commenti a una prima versione di questo scritto ringrazio Damiano Canale, Paolo Heritier e Giorgio Volpe.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- Austin, J.L. (1979), *Philosophical Papers*, 3rd ed. by J.O. Urmson & G.J. Warnock, Oxford University Press, Oxford.
- Brandom, R.B. (2000), *Articolare le ragioni. Un'introduzione all'inferenzialismo*, trad. di C. Nizzo, il Saggiatore, Milano, 2002.
- Canale, D. (2003), *Forme del limite nell'interpretazione giudiziale*, Cedam, Padova.
- Conte, A.G. (1995), *Filosofia del linguaggio normativo. II (studi 1982-1994)*, Giappichelli, Torino.
- (2001), *Filosofia del linguaggio normativo. III (studi 1995-2001)*, Giappichelli, Torino.
- (2003), *Oggetti falsi. Per un'ontologia del falso*, in P. Di Lucia (a cura di), "Ontologia sociale. Potere deontico e regole costitutive", Quodlibet, Macerata, pp. 197-216.
- (2006), *Filosofia del vero*, in A. Andronico e B. Montanari (a cura di), "Scienza e normatività", ScriptaWeb, Napoli, pp. 69-94.
- (2007), *Tres vidit. Verità apofantica, verità eidologica, verità ideologica*, in F. Cavalla (a cura di), "Retorica processo verità", Franco Angeli, Milano, pp. 298-316.
- Engel, P. (1998), *Verità*, trad. di G. Tuzet, De Ferrari, Genova, 2004.
- Ferrajoli, L. (1989), *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari.
- Hadot, P. (1995), *Che cos'è la filosofia antica*, trad. di E. Giovanelli, Einaudi, Torino, 1998.
- (2002), *La filosofia come modo di vivere*, trad. di A.C. Peduzzi, Einaudi, Torino, 2008.
- Messori, M. (1997), *Verità*, La Nuova Italia, Scandicci (Firenze).
- Ramsey, F.P. (1927-1929), *On Truth*, ed. by N. Rescher & U. Majer, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1991.
- Tarski, A. (1944), *The Semantic Conception of Truth and The Foundations of Semantics*, Philosophy and Phenomenological Research, vol. 4 (3), pp. 341-376.
- Turina, I. (2004), *La conoscenza dell'eremita. Un esercizio di sociologia riflessiva*, in Associazione Italiana di Sociologia (a cura di), "Giovani sociologi 2003", Franco Angeli, Milano, pp. 171-184.
- Tuzet, G. (2005), *Il valore della verità*, Diritto e Questioni Pubbliche, n. 5, pp. 157-162.
- (2006), *La prima inferenza. L'abduzione di C.S. Peirce fra scienza e diritto*, Giappichelli, Torino.

ABSTRACT

The paper claims that "true" has two meanings: semantic and eidetic. It is denied that it has a third, epistemic meaning. It is also denied it has a fourth, normative meaning. However, it is reminded in the conclusion that what is semantically true can be said in many ways.

L'articolo sostiene che esistano due sensi del termine "vero": semantico ed eidetico. Nega che ne esista un terzo, epistemico, o addirittura un quarto, normativo. Conclude ricordando tuttavia che il vero semantico può essere detto in molti modi.

ENRICO MAESTRI

IL DIRITTO ALLA VITA IN QUESTIONE

– *Brevi note di filosofia biogiuridica* –

1. – La ragione e lo scopo di questa riflessione risiedono nella necessità di approfondire le problematiche non solo giuridiche ma anche bioetico normative legate ai mutamenti circa la definizione, le modalità deontiche, il riconoscimento e la protezione del diritto alla vita, in relazione alle più recenti scoperte scientifiche in materia biotecnologica: quali la procreazione assistita, la terapia genica, la diagnosi prenatale, la clonazione, l'eugenetica positiva (cioè la modifica dei difetti genetici a livello embrionale), l'eugenetica negativa (cioè lo scarto di embrioni, prodotti *in vitro*, che presentano malattie genetiche), il controllo selettivo delle nascite, l'uso tecnologico degli embrioni, l'eutanasia, la sospensione delle terapie di sopravvivenza, ecc. Le nuove potenzialità biotecnologiche aprono, dunque, la strada a forme di intervento sulla persona umana, sollevando così seri quesiti di ordine etico-normativo relativi alle forme di tutela della vita, della *privacy*, dell'identità e dei processi culturali di identificazione degli individui in quanto titolari di diritti fondamentali bioetici. Infatti, i dilemmi in bioetica mostrano che, spesso, è in discussione il riconoscimento di un qualche diritto morale che la pratica sociale ha fatto emergere nel campo della nascita, della morte, della vita e della cura.

La vita umana, nell'epoca della sua riproducibilità tecnica, diventa materia malleabile, plastica e manipolabile fino ad un punto di non ritorno.

Le riflessioni profetiche di Hans Jonas⁽¹⁾ sull'euristica della paura, riprese dall'ultimo Habermas⁽²⁾ con l'affermazione della non disponibilità dei fondamenti biologici della persona, colgono esattamente nel segno ed anticipano quella che oggi è appunto la "questione bioetica".

⁽¹⁾ Cfr. H. JONAS, *Il principio responsabilità*, Einaudi, Torino, 1990.

⁽²⁾ J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Einaudi, Torino, 2002.

La vita umana, infatti, con l'avvento delle nuove tecnoscienze smarrisce sia la sua dimensione teoretica sia la sua dimensione ontologica e diviene il mero oggetto di un fare⁽³⁾.

Il progresso scientifico, con le nuove metodologie elaborate dalla biologia e dalla medicina, consente all'uomo di ridisegnare artificialmente i confini e il corso della propria esistenza. Le biotecnologie applicate agli esseri umani cambiano radicalmente il modo di concepire la vita umana fino al punto da stravolgere le questioni relative alla soggettività e alla identità umana. Quali sono i soggetti della vita umana e quali sono i poteri, invece, che trasformano e dissolvono la vita umana in frammenti di materiali biologici e genetici⁽⁴⁾?

Le capacità tecniche bio-mediche scardinano una vecchia concezione statica della natura umana ed impongono la elaborazione di un nuovo paradigma antropologico centrato sulla figura dell'*homo creator*, che si instaura a spese di quello incardinato sul concetto di *homo faber*, elaborato da Hannah Arendt nel suo saggio *Vita Activa* e, in parte ed in modo diverso, dalla antropologia negativa del '900⁽⁵⁾. È, soprattutto, Gunther Anders a profetizzare, in alcune lucidissime pagine de *L'uomo è antiquato*, questo passaggio epocale, questa ultima rivoluzione scientifica: nell'*homo creator* si indica la capacità dell'uomo di generare prodotti dalla natura, che non fanno parte della categoria dei prodotti culturali (ad esempio, costruire una casa tutta di legno), ma della natura stessa. L'uomo cioè non si limita più a *trasformare* la natura – come il paradigma dell'*homo faber* indicava – ma *crea* la natura, introducendo sulla scena del mondo vivente processi naturali completamente nuovi⁽⁶⁾. Non si tratta più di modificare tecnicamente la natura, come da sempre l'uomo aveva fatto, essendo un essere biologicamente carente⁽⁷⁾, ma si tratta di mettere in atto una sorta di perversione prometeica in cui i mutamenti da quantitativi diventano qualitativi.

Tutto questo non può non suscitare alcuni interrogativi rispetto al modo normale (cioè al senso comune e alla cultura giuridica sedimentata) di pensare al diritto alla vita.

⁽³⁾ E. AGAZZI, *Per una riconduzione della razionalità tecnologica entro l'ambito della razionalità pratica*, in S. GALVAN (a cura di), *Forme di razionalità pratica*, FrancoAngeli, Milano, 1992.

⁽⁴⁾ M. TALLACCHINI, *Paradigma dell'informazione e smaterializzazione giuridica del corpo*, in F. RUFO (a cura di), *La terza rivoluzione scientifica. Bioscienze e coesione sociale*, Ediesse, Roma, 2003, pp. 123-149.

⁽⁵⁾ Cfr. E. PULCINI, *L'«homo creator» e la perdita del mondo*, in M. FIMIANI, V. GESSA KUROTSCHKA, E. PULCINI (a cura di), *Umano, post-umano. Potere, sapere, etica nell'età globale*, Editori Riuniti, Roma, 2004, pp. 11-42.

⁽⁶⁾ G. ANDERS, *L'uomo è antiquato. 2. Sulla distruzione della vita nell'epoca della terza rivoluzione industriale*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003.

⁽⁷⁾ A. GEHLEN, *Prospettive antropologiche*, Il Mulino, Bologna, 1987.

Che cosa esprime, attualmente, nell'ambito dell'etica normativa, l'espressione "diritto alla vita"?

Il diritto alla vita è, ancora, tra i diritti, il diritto *umano-soggettivo-universale-fondamentale* per eccellenza? Lo sconvolgimento biotecnologico ci permette ancora di affermare che il diritto alla vita rappresenta uno dei paradigmi, insieme alla libertà e al benessere, dei diritti umani?

Oppure la profonda trasformazione del modo di intendere il concetto di vita umana e il bene della vita umana rendono ormai pleonastico e retorico appellarsi al diritto alla vita?

Può darsi che, alla luce dello sconvolgimento biotecnologico in atto, il diritto alla vita, così come la modernità e la tradizione giuridico-filosofica occidentale ce lo hanno consegnato, debba considerarsi una sorta di diritto crudele, di diritto antichissimo, di diritto dogmatico: non più *il* diritto umano *par excellence*, ma *un* diritto genuinamente *dis*-umano!

2. – Nel rapporto tra bioetica e diritti, le questioni bioetiche possono essere configurate come questioni di "bio-etica pubblica", se si dà importanza alla discussione pro o contro il riconoscimento di uno specifico diritto. Per bioetica pubblica s'intende la possibilità di domandarci se è bene o se è giusto che le istituzioni pubbliche prevedano norme o favoriscano pratiche che consentano, ad esempio, il ricorso all'eutanasia, al suicidio assistito, alla fecondazione artificiale, ecc. In termini generali, la plausibilità di un versante pubblico bioetico (oltre a quello morale individuale) deriva dalla ineludibilità della definizione degli spazi appropriati per un intervento "regolatore" da parte delle istituzioni pubbliche nelle (presunte) scelte individuali⁽⁸⁾: ad esempio, per quel che riguarda la fine della vita umana, accettare o meno la legittimità morale (prima ancora che giuridica) di un diritto a morire; oppure, per quel che riguarda l'area della nascita, ricostruire i modi di formulazione e legittimazione di un diritto morale alla libertà procreativa; oppure, per quel che riguarda l'ambito di sperimentazione sugli embrioni umani, riavviare una discussione sul diritto morale ad esistere delle generazioni future, sul diritto individuale all'integrità del patrimonio genetico o sul diritto a nascere casualmente, cioè non in modo etero-determinato e programmato geneticamente (c.d. *Designing Babies*)⁽⁹⁾. Questi esempi dimostrano, in tutta la loro intrinseca complessità, come sia difficile rintracciare le modalità attraverso le quali si possono garantire siffatti (e presunti) diritti,

⁽⁸⁾ D. CALLAHAN, *Autonomy: A Moral Good, not a Moral Obsession*, in *The Hastings Center Report*, 5, 1984, pp. 40-42.

⁽⁹⁾ Cfr. M. PARKER, *The best possible child*, in *Journal of Medical Ethics*, 33, 2007, pp. 279-283; N. AGAR, *Liberal Eugenics. In Defence of Human Enhancement*, Blackwell, Oxford, 2004; M. J. SANDEL, *Contro la perfezione. L'etica nell'età dell'ingegneria genetica*, Vita e Pensiero, Milano, 2007.

nonché i criteri più giusti di distribuzione delle risorse per le cure biomediche.

Occorre, inoltre, chiarire qual è la collocazione dei diritti nella riflessione etica e, in particolare, bioetica. L'idea dell'esistenza di diritti assoluti, fondamentali ed universali, indipendentemente da una vera e propria codificazione giuridica, pone il problema di definire esattamente l'area deontica di questi diritti e di risolvere le situazioni in cui persone con diversi diritti (e principi) possono entrare in conflitto. I dilemmi e le vicende della bioetica mostrano che spesso quello che è in discussione è il riconoscimento di un qualche diritto morale che la prassi sociale ha fatto emergere nella sfera della nascita, della morte, dell'esistenza e della cura. Ma è proprio attorno a questi nodi tematici, sul terreno scivoloso della bioetica, che è stata messa in discussione la saldezza deontica e teleologica del diritto alla vita: oggi – scrive Roberto Esposito – nessun diritto è meno garantito di quello alla vita⁽¹⁰⁾. Eppure, la storia, la semantica e l'antropologia dei diritti umani sembravano suggerirci esattamente il contrario.

Occorre, dunque, ricostruire la vastità semantica e normativa dell'espressione "diritto alla vita" per comprendere quali sono i fattori e i valori che hanno determinato una sua generale e profonda rideclinazione, nell'epoca in cui la vita (umana e non) è riproducibile e programmabile tecnologicamente.

3. – Nel linguaggio dei (e nella retorica sui) diritti umani, il diritto alla vita è considerato unanimemente la fonte di tutti i diritti, il *Diritto* tra i diritti. Oltre ad essere un *prius* deontico e paradigmatico, in quanto include in sé tutte le caratteristiche essenziali proprie dei diritti umani, il diritto alla vita costituisce anche una sorta di *prius* antropologico, cioè di diritto *ontico*, la cui funzione è quella di essere un presupposto condizionale (non strumentale) che rende possibile ogni susseguente diritto⁽¹¹⁾.

La *cosa naturale* – si afferma – è avere titolarità del diritto alla vita, nel senso che il diritto alla vita, oltre ad appartenere deonticamente alla categoria dei diritti soggettivi (fondamentali), è soprattutto la *ragion d'essere* di tutti gli altri diritti. Nell'espressione aristotelica "*vivere viventibus esse*" è palese il rapporto di biunivocità che si costituisce tra vita biologica e diritto individuale: l'essere degli esseri umani (delle persone) è la vita, prima ancora del pensiero: essere è vivere e viceversa. Il rapporto biunivoco tra vivere ed essere,

⁽¹⁰⁾ R. ESPOSITO, *Terza persona. Politica della vita e filosofia dell'impersonale*, Einaudi, Torino, 2007, p. 7.

⁽¹¹⁾ M. D. VILA-CORO, *I diritti umani e il diritto alla vita*, in J. DE DIOS VIAL CORREA, E. SGRECCIA (a cura di), *Natura e dignità della persona umana a fondamento del diritto alla vita. Le sfide del contesto contemporaneo*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2003, testo elettronico reperibile on-line, senza numerazione delle pagine (s. p.).

a cui l'espressione "diritto alla vita" rinvia implicitamente, è fondato sul fatto incontrovertibile che la vita è la sola realtà indubitabile e, sotto il profilo assiologico, è la sola pretesa fondamentale, giacché senza vita non si dà alcun valore.

In forza di questa innata autoevidenza, il diritto alla vita viene usualmente considerato un diritto *basico e universale* (*basic and universal right*)⁽¹²⁾, nel senso che esso, oltre ad essere riconosciuto a tutti gli esseri umani, non ha alcun bisogno di essere giustificato da ulteriori principi assiologici esterni al principio implicito che il diritto alla vita incarna e protegge⁽¹³⁾.

4. – Il diritto alla vita si presenta come un diritto contenitore (Joel Feinberg, Judith Thomson e Carl Wellman parlano di un diritto "cluster" di altri diritti⁽¹⁴⁾), come una sorta di "ombrello term", sia sotto il profilo semantico ("che cosa si vuole denotare esattamente quando si parla di diritto alla vita?") sia sotto il profilo casistico ("quali sono esattamente le situazioni protette eticamente e giuridicamente appellandosi al diritto alla vita?").

Che cosa significa asserire che tutti gli esseri umani hanno il diritto alla vita? Se già di per sé il concetto di "diritto soggettivo" è controverso, è indubitabile che esso lo diviene ancora di più quando viene connesso con la parola "vita". L'espressione "diritto alla vita" esprime realmente pretese (diritti in senso stretto *à la* Hohfeld), libertà, poteri, aspettative ed immunità eticamente intelligibili e normativamente descrivibili? Oppure esprime una vaghissima ed imprecisa espressione etica che il linguaggio dei diritti ha elaborato a detrimento, semmai, del più tradizionale "rispetto per la vita delle persone"?

Si potrebbe, peraltro, sostenere che l'espressione "diritto alla vita" non è affatto vaga e indeterminata (come se fosse una sorta di diritto soggettivo *mite*), poiché proclama divieti e garanzie incisivamente performativi sia sulle scelte delle persone sia sulla configurazione normativa degli ordinamenti giuridici. In questo senso, l'affermazione della inalienabilità del diritto alla vita, secondo alcuni studiosi, fa di questo diritto una sorta di diritto soggettivo *intollerante e chiuso* rispetto alla volontà e alla autodeterminazione di coloro che ne sono titolari.

⁽¹²⁾ J. HOSTLER, *The right to life*, in *Journal of Medical Ethics*, 3, 1977, p. 144.

⁽¹³⁾ In questo senso, l'aggettivo "basico" indica che il diritto in questione non ha alcun bisogno di essere etero-fondato; diversamente, dunque, dal significato odierno dell'aggettivo "fondamentale", che indica la posizione gerarchica apicale acquisita dal diritto soggettivo a seguito del suo inserimento all'interno di una carta costituzionale.

⁽¹⁴⁾ C. WELLMAN, *The Theory of Rights*, Rowman and Allenheld, Totowa (NJ), 1985, p. 83; J. FEINBERG, *Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life*, in *Philosophy and Public Affairs*, 2, 1978, spec. pp. 93-113; H. J. MCCLOSKEY, *The Right to Life*, in *Mind*, 335, 1975, spec. pp. 420-425.

L'analisi dell'evoluzione storico-filosofica di questo diritto dimostra chiaramente che da un nocciolo relativamente chiaro di significato – identificabile nel precetto morale negativo *Non uccidere* ovvero nella pretesa-diritto a non essere uccisi – si è passati, nel corso di alcuni secoli, ad un allargamento dell'*ombrello semantico* riferibile a questa espressione; ulteriori e complesse fattispecie normative sono state inferite dalla primitiva pretesa di non essere uccisi: si pensi, ad esempio, al diritto alla sopravvivenza e al diritto alla salute.

Se il nucleo originario di significato implicava ed implica tuttora il divieto della pena capitale e il diritto alla pace, oggi i diritti fondamentali inferibili, a cascata, dal diritto alla vita sono molti ed eterogenei.

Il diritto alla sopravvivenza è uno di questi ed indica l'implementazione di politiche sociali volte a garantire la possibilità di vivere materialmente, cioè il diritto ad accedere a servizi e a beni di cui si abbia bisogno per vivere⁽¹⁵⁾. Il criterio di giustificazione risiede in una ontologia della vita basata sul valore della solidarietà sociale che tra Ottocento e Novecento si concretizzò nel *Welfare State* e nella legislazione sociale⁽¹⁶⁾. Questa tesi implica, inoltre, che il diritto alla vita stia a fondamento di una plausibile teoria dei diritti di proprietà⁽¹⁷⁾.

Il diritto allo sviluppo dei paesi del terzo mondo è un altro di questi diritti, come il diritto alla salute che può essere considerato in due modi: uno sociale e solidaristico, connesso con il diritto alla sopravvivenza; l'altro individualistico, connesso con lo sviluppo del biopotere medico.

Il diritto alla salute implica anche la possibilità di godere di una certa qualità di vita: non conta tanto vivere biologicamente, quanto vivere bene e secondo i propri piani di vita. Questo diritto esprime un cambiamento di paradigma rispetto a quello solidaristico sotteso alle forme di riconoscimento del diritto sociale alla sopravvivenza. L'ontologia della vita implicata nel diritto alla cura e alla salute e, più in generale, nel diritto ad una certa qualità di vita è quella individualistica, in forza della quale il principio di autodeterminazione individuale è assolutamente primario, rispetto ad altri principi basilari la cui titolarità spetta a tutti gli individui⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁵⁾ G. PONTARA, *Diritto alla vita e diritto alla sopravvivenza*, in Id., *Filosofia pratica*, Il Saggiatore, Milano, 1988, pp. 181-212.

⁽¹⁶⁾ G. LE BLANC, *Le droit à la vie*, in *Raisons politiques*, 25, 2007, pp. 57-71.

⁽¹⁷⁾ In contrapposizione alla tesi della derivazione dei diritti di proprietà dal diritto alla vita, Robert Nozick afferma che "al massimo, un diritto alla vita sarebbe un diritto ad avere, o a lottare per avere, ciò di cui si ha bisogno per vivere, purché possederlo non violi i diritti di qualcun altro [...], occorre una teoria dei diritti di proprietà *prima* di poter applicare un supposto diritto alla vita"; cfr. R. NOZICK, *Anarchia, stato e utopia. Quanto stato ci serve?*, Net, Milano, 2005, p. 191.

⁽¹⁸⁾ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, il Mulino, Bologna, 1982.

Oltre ad un allargamento dei suoi confini eticamente rilevanti, il diritto alla vita ha subito anche una sorta di relativizzazione semantica, che ha reso porose a diversi significati le zone di confine – quelle che Hart chiamerebbe le *zone di penombra* – che costituiscono la trama periferica dell'*umbrella term*.

Questa relativizzazione è stata causata da una ridefinizione della nozione di vita: la tesi dualistica cartesiana (*res extensa* e *res cogitans*), la tesi dicotomica kantiana (*noumenon* e *phenomenon*) ed, infine, la tesi dualistica kelseniana (*Sein* e *Sollen*) hanno prodotto un ripudio del dato biologico (il corpo umano in quanto nuda carne), hanno posto nel dimenticatoio, come scrive Robert Spaemann⁽¹⁹⁾, il concetto di vita (considerato eticamente irrilevante alla stregua della *Legge di Hume*), facendo riferimento ad un quadro narrativo e biografico, all'interno del quale l'essere umano sviluppa la sua esistenza e la sua concezione di vita buona in qualità di persona morale, e non di membro della specie *Homo Sapiens sapiens*.

5. – Proprio per la difficoltà di definire esattamente i confini semantici e deontici dei contenuti di questo diritto, sarebbe opportuno periodizzare storicamente i mutamenti relativi al contenuto di questa figura etica, attraverso l'analisi di tre concezioni storicamente e antropologicamente determinate. La prima concezione, classica, attribuibile al giusnaturalismo di Hobbes e Locke, la seconda concezione, moderna, attribuibile al giusrazionalismo di Kant e, in generale, all'illuminismo giuridico ed, infine, la terza concezione, contemporanea, attribuibile al costituzionalismo del Novecento.

In questa sintesi, si ritiene opportuno soffermarsi sulla terza concezione del diritto alla vita. Il diritto alla vita di ogni persona è oggi un diritto fondamentale riconosciuto in numerosi documenti normativi di tipo *higher law*: esso può essere reperito in e statuito da numerose Costituzioni nazionali, da Convenzioni internazionali e da Carte dei diritti fondamentali:

esso viene esplicitamente riconosciuto dall'art. 3 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948, dall'art. 6 dei Patti internazionali civili e politici del 1966, dall'art. 2 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo del 1950 e dall'art. 2 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 2000⁽²⁰⁾.

⁽¹⁹⁾ R. SPAEMANN, *Persone. Sulla differenza tra «qualcosa» e «qualcuno»*, Laterza, Roma-Bari, 2005.

⁽²⁰⁾ L'art. 3 della Dichiarazione ONU proclama che "Ogni individuo ha diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza della propria persona"; l'art. 2 della CEDU afferma che "Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge. Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita, salvo che in esecuzione di una sentenza capitale pronunciata da un tribunale, nei casi in cui il delitto sia punito dalla legge con tale pena"; l'art. 6 dei Patti sancisce che "Il diritto alla vita è inerente alla persona umana. Questo diritto deve essere protetto dalla legge. Nessuno può essere arbitra-

La Costituzione italiana riconosce il diritto alla vita; ciò avviene non tanto attraverso la generale affermazione dell'art. 2, cui dottrina e giurisprudenza si riferiscono per legittimare i "nuovi diritti", quanto piuttosto in virtù delle disposizioni ex art. 32 Cost. che riconosce il diritto alla salute ed ex art. 27, IV co., che vieta la pena di morte.

Secondo una definizione estensionale, strutturale e formale dei diritti fondamentali soggettivi, come quella elaborata da Luigi Ferrajoli, il diritto alla vita è un diritto fondamentale in quanto la sua imputazione è *universale* nel senso logico di appartenere ad una classe di soggetti titolari di quel diritto ed è un diritto umano *primario* in quanto spetta a tutti gli esseri umani indistintamente (non solo ai cittadini e ai capaci d'agire). Il diritto alla vita, in quanto diritto fondamentale universale, è *indisponibile* (non è espropriabile da altri e non può essere scambiato, venduto, acquistato), è *inalienabile* (non può essere ceduto o essere oggetto di rinuncia volontaria da parte del titolare del diritto), è inviolabile (non può essere aggredito da terzi), *intransigibile* e *personalissimo* (esso cioè è un modo di essere dell'individuo che ne è titolare)⁽²¹⁾.

Peraltro, Ferrajoli aveva già messo in evidenza nel suo *Diritto e ragione* l'esistenza di principi irrinunciabili e meritevoli di tutela penale che segnalavano "l'esistenza di diritti fondamentali per così dire *assoluti*, perché gerarchicamente sopraordinati a tutti gli altri e non limitabili per nessuna ragione, neppure a tutela di altri diritti fondamentali: "si pensi al diritto alla vita, di cui nessun delitto e men che mai nessuna ragion di stato giustifica la privazione"⁽²²⁾.

Nel suo recentissimo saggio, *Principia iuris*, Ferrajoli dedica un paragrafo al diritto alla vita. Ferrajoli colloca il diritto alla vita nella categoria delle "libertà da" o come le chiama con linguaggio *à la* Hohfeld delle "immunità fondamentali". Un esempio tipico di immunità fondamentale è la libertà di coscienza intesa come la non invadenza del diritto nella sfera intima delle persone. Questa sfera deve essere immune sia da pratiche impeditive esterne sia da pratiche impeditive interne, tali cioè da ledere l'autodeterminazione verso tale libertà.

Il principale diritto di immunità, scrive Ferrajoli, è chiaramente il diritto alla vita, la cui garanzia fu concepita da Hobbes come la prima giustificazione razionale e la principale ragione sociale del diritto e dello Stato. È, infatti, il diritto alla vita quale diritto di tutti – figura paradigmatica di tutti gli

riamente privato della vita"; l'art. 2 della Carta di Nizza afferma che "Ogni individuo ha diritto alla vita. Nessuno può essere condannato alla pena di morte, né giustiziato".

⁽²¹⁾ L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico* (a cura di E. Vitale), Laterza, Roma-Bari, 2001, spec. pp. 5-18.

⁽²²⁾ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 2004, p. 959.

altri diritti fondamentali – ad essere assunto da Hobbes in quanto espressione della legge naturale dell'autoconservazione e fondamento dell'intero diritto positivo. Al diritto alla vita sono state affidate la prima elementare garanzia di immunità e la dimensione sostanziale della democrazia⁽²³⁾.

La prima implicazione normativa del diritto alla vita è il diritto penale dell'omicidio. Ciò impose al legislatore di apprestare le relative garanzie primarie negative: cioè i divieti della sua violazione. La seconda implicazione normativa del diritto alla vita sono le pene: cioè il divieto della pena di morte, logicamente incompatibile con il diritto alla vita⁽²⁴⁾.

Lo Stato non può infliggere la morte se il diritto alla vita è il fondamento assiologico dello Stato stesso. Il diritto alla vita è il fondamento razionale del diritto moderno. La forza di questo argomento, il cui contrario romperebbe alla radice il patto stipulato dell'artificio giuridico, si trova eticamente nel comandamento di *Non uccidere* e nella concezione kantiana della persona come fine in sé. Dunque, conclude Ferrajoli, il diritto alla sopravvivenza – in base al paradigma hobbesiano – è la principale fonte di legittimazione del diritto e delle istituzioni politiche⁽²⁵⁾.

6. – In questi termini, sembra che rimanga intatta l'affermazione assiologica secondo la quale il diritto alla vita è un diritto non questionabile e che lo sconvolgimento biotecnologico non abbia di fatto intaccato questo postulato.

La realtà è però alquanto diversa, perché ciò che sta avvenendo è la fabbricazione e la modificazione della vita umana⁽²⁶⁾. Il progresso inarrestabile delle biotecnologie avanzate (quelle che usano le tecniche del DNA ricombinante) nell'ambito bio-medico ha provocato un impatto devastante sul nostro modo di concepire il bene della vita e correlativamente il diritto alla vita.

La possibilità di utilizzare tecniche di diagnosi e di intervento genetico in campo medico consentono una intrusione nel campo della riproduzione umana e dei processi di individuazione dell'identità che sovvertono l'idea di una intangibilità assoluta della vita. Tecniche di fecondazione artificiale, di procreazione assistita, di interruzione della gravidanza a scopi eugenetici

⁽²³⁾ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2007, pp. 321-325.

⁽²⁴⁾ Si noti che, a differenza della Convenzione di Roma (CEDU) dove si ammette la possibilità della pena di morte, la Carta di Nizza proclama il divieto esplicito ed inderogabile della pena capitale.

⁽²⁵⁾ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, op. cit., p. 323.

⁽²⁶⁾ M. MONETI CODIGNOLA, *Produrre uomini. La rivoluzione delle tecnologie riproduttive*, in A. BUCELLI (a cura di), *Produrre uomini*, Firenze University Press, Firenze, 2005, pp. 13-46.

sono finalizzati a prendere decisioni sulla vita o sulla morte del nascituro, a rendere programmabile la vita.

Le biotecnologie ci obbligano a riformulare i parametri relativi alla rete delle relazioni affettive e di parentela, al ruolo della sessualità, alla coscienza della propria identità personale, all'ambito delle scelte personali in materia di nascita, di maternità, di paternità, di esistenza e di morte, in una parola in materia di vita umana. È cresciuto così a dismisura l'ambito delle scelte di vita da rendere forse pleonastico il diritto *alla* vita e invece effettiva una pluralità di diritti soggettivi *sulla* vita.

Le biotecnologie, dunque, hanno imposto una rottura epistemologica rispetto a quello che prima ritenevamo naturale e, quindi, intangibile, immune dall'essere scalfito dalle scelte operate dall'uomo. I confini si sono via via fatti sempre più opachi tra naturalità e artificialità, cioè tra un agire clinico di aiuto e di cura verso i soggetti malati ed un agire ingegneristico volto a modificare il patrimonio genetico di un individuo in modo da eliminare la presenza di malattie ereditarie o a sopprimere direttamente l'individuo che ne sarebbe il portatore⁽²⁷⁾. Sempre più spesso si cerca di giustificare l'idea che, nei confronti dei neonati "grandi prematuri", è un bene per loro morire perché gli evita un futuro di infelicità⁽²⁸⁾.

Quella che Habermas chiama "eugenetica liberale" ha in realtà reso disponibile il bene della vita umana all'arbitrio dei singoli: si tratta di questioni relative a scelte personali. Non c'è proprio nulla di intoccabile, tranne forse la vita dei soggetti forti. Così i progressi della medicina, ad esempio, nell'ambito delle terapie della sopravvivenza, hanno provocato conseguenze impensabili sulla procrastinazione della durata della vita umana. La vita umana assume connotazioni nuove e forse insperate: non ci si limita più a richiedere mezzi che impediscano una aggressione esterna alla vita; è lo stesso beneficiario ad accettare o ad affrettare l'esito finale naturale della vita. È in questo nuovo contesto che si sono acuiti i dibattiti attorno al diritto di morire, all'eutanasia, al suicidio medicalmente assistito, al testamento biologico. Come aveva bene intuito Michel Foucault "al vecchio diritto di far morire o di lasciar vivere si è sostituito un potere di far vivere o di respingere nella morte"⁽²⁹⁾.

7. – Si sta avverando una messa in discussione radicale della intangibilità e della inviolabilità del diritto alla vita, così come la teoria e la retorica dei diritti ce lo hanno proposto.

⁽²⁷⁾ M. GALLETI, *Le trasformazioni della natura umana: Jürgen Habermas su eugenetica positiva e clonazione*, in *Kykéion*, 11, 2004, spec. p. 90.

⁽²⁸⁾ H. KUHSE, P. SINGER, *Should the Baby Live? The Problem of Handicapped Infants*, OUP, New York, 1985, pp. 98-117.

⁽²⁹⁾ M. FOUCAULT, "Bisogna difendere la società", Feltrinelli, Milano, 1998, p. 207.

Il diritto alla vita rimane sicuramente tra le posizioni essenziali dell'individuo, ma è ormai impossibile, scrive Paolo Cendon, parlare di un'entità assoluta e senza limiti. La vita non è prospettabile in assoluto come un bene dal lignaggio diverso o più elevato rispetto ai principi di autodeterminazione dell'individuo: "sono quest'ultimi piuttosto a occupare il centro della zona di incomprimibilità individuale rispetto alle possibili ingerenze dello Stato. E ciò pur nel caso dovesse andare incontro forzatamente la vita umana" ⁽³⁰⁾.

La vita umana in sé e per sé non ci dice alcunché sul piano normativo: è la qualità della vita ad avere un senso sia in termini di massimo piacere e di minimo dolore sia in termini di bilanciamento dei costi e dei benefici. Non è sufficiente che chi ha il diritto alla vita sia un'unità sostanziale, corporea, carnale, ma è necessario che la persona sia individuabile come un insieme di funzioni, di capacità e di qualità (capacità di provare piacere, razionalità, autocoscienza, rappresentazione di un piano di vita, ecc.). Il diritto alla vita allora non appartiene a tutti gli individui secondo una visione sostanzialistica, ma appartiene solo a coloro che posseggono determinate qualità secondo una visione funzionalistica.

8. – Queste brevi riflessioni ci portano ad accennare ad alcune questioni che sorgono dal cambiamento del modo di valutare il diritto alla vita.

Si enunciano alcune di queste nuove questioni che impongono una rimediazione profonda del modo in cui il diritto positivo riassume il rapporto tra diritti ed etica.

Il problema dell'indice di questionabilità, cioè il diritto alla vita è un diritto inquestionabile sulla carta e un diritto opinabile in azione? Un diritto irrinunciabile sulla carta e un diritto condizionale nell'agire pratico? Cosa implica dire che il diritto alla vita è un diritto inalienabile?

Se si considera il diritto alla vita un diritto inalienabile, come è comunemente ammesso, essendo un diritto fondamentale universale primario, allora è impossibile, da un punto di vista logico, ammettere l'eutanasia, poiché il consenso dell'avente diritto alla vita non è una condizione sufficiente affinché la rinuncia al diritto sia valida. Se il mio diritto alla vita non è alienabile, allora io non ho il potere di rinunciare al mio diritto a non essere ucciso.

Joel Feinberg in un saggio sulla relazione tra eutanasia e diritto alla vita ⁽³¹⁾, ha tentato di argomentare a favore dell'eutanasia, pur mantenendo ferma l'opzione per il carattere inalienabile del diritto alla vita.

⁽³⁰⁾ P. CENDON, *Prima della morte. I diritti civili dei malati terminali*. Sezione VI: *L'eutanasia*, in *Politica del diritto*, 3, 2002, p. 504.

⁽³¹⁾ J. FEINBERG, *Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life*, op. cit., pp. 93-123.

Secondo Feinberg, nelle discussioni sull'eutanasia o sul suicidio assistito si verifica spesso una confusione circa l'ipotesi se sia la vita ad essere alienabile oppure se sia il diritto alla vita ad essere alienabile.

Se la mia vita è alienabile, significa che ho la libertà di rinunciare alla vita, ma non ho il potere di rinunciare al mio diritto a non essere ucciso. Per dimostrare che la vita come bene è rinunciabile, quindi alienabile, senza con ciò violare il mio diritto *inalienabile* alla vita, Feinberg ricorre ad alcuni esempi che riguardano il diritto di libertà. È interessante rinvenire nella tesi di Feinberg, che si rivelerà tuttavia fallace, l'indiretta dimostrazione dello *status* morale speciale di cui la vita gode, rispetto a qualsiasi altro bene fondamentale. Vediamo gli argomenti a sostegno di questa tesi. L'esempio: una persona che si rinchiude volontariamente in una stanza buttando via la chiave; in questo caso la persona rinuncia alla sua libertà ma non per questo ha alienato il suo diritto di libertà. È, infatti, logicamente possibile affermare che, se si viola il bene oggetto del diritto, non si aliena di conseguenza il diritto corrispondente.

Continuando l'esempio, si potrebbe invece dire che se un uomo si rende schiavo, aliena il suo diritto di libertà.

Secondo Feinberg, questa distinzione può essere applicata anche al caso di eutanasia volontaria, richiesta attraverso un testamento biologico. Ma è del tutto evidente che vi è una asimmetria tra diritto di libertà e diritto alla vita: posso perdere temporaneamente la libertà e non il diritto; non posso perdere la vita temporaneamente, perché, se mi viene tolta, perdo definitivamente con essa anche il suo diritto inalienabile. Si verifica quello che in filosofia morale viene considerato un paradosso: tutti i beni oggetto dei diritti fondamentali inalienabili possono essere ceduti o subire una violazione, e non per questo viene meno il diritto corrispondente. Questa conclusione però non vale per il bene della vita: se la vita dovesse essere alienata, verrebbe meno anche il diritto corrispondente⁽³²⁾. Da un punto di vista filosofico, vi sono molti modi per giustificare l'inalienabilità di un diritto, uno di questi è appunto quello di constatare la specialità intrinseca al bene della vita, perché se violo il diritto alla vita, diversamente dagli altri diritti (integrità fisica, *privacy*, libertà, ecc.), tolgo definitivamente il bene della vita.

Una nuova questione è quella della titolarità, cioè se la persona e/o l'essere umano siano titolari del diritto alla vita.

È interessante notare che nella letteratura giuridica ha attecchito l'affermazione secondo la quale l'uomo è una categoria a formazione progressiva, che si perfeziona solo con la nascita: secondo un diagramma a campana alla condizione pre-embrionale, embrionale e fetale corrisponde una non-perso-

⁽³²⁾ Cfr. T. McCONNELL, *The Nature and Basis of Inalienable Rights*, in *Law and Philosophy*, 3, 1984, spec. pp. 33-39.

na; e, a seconda delle opinioni, questa non-persona potrebbe rimanere tale fino ai primi anni di vita, oppure diventare una volta che sia nata una pre-persona; oppure diventare una quasi-persona (Mazzoni propone questa categoria per tutelare il feto⁽³³⁾); oppure, finalmente, essere pienamente una persona (ma il passaggio del canale vaginale da parte del feto è rilevante moralmente?), la quale durante l'arco della sua vita degrada in quasi-persona, in non-persona, cioè in un simulacro o in una carcassa di carne (è il caso dei pazienti in in coma irreversibile o in stato vegetativo persistente). In realtà il momento giuridico all'accadere del quale si attribuisce lo *status* di persona è meramente convenzionale: potremmo decidere *ad absurdum* che è persona chi è in grado ad una certa età di risolvere problemi di algebra superiore; potremmo ampliare il periodo pre-personale emendando la legge sull'aborto o l'art. 1 del Codice Civile. Da un punto di vista filosofico, il problema è invece sostanziale, non nominale o sortale di fase⁽³⁴⁾. Si possono, infatti, dare varie versioni del concetto filosofico (morale e religioso) di persona: un concetto di persona in senso ontologico (coestensione tra persona e essere umano, personalismo ontologico); un concetto di persona in senso religioso (persona come *imago Dei* da cui deriva la nostra dignità); un concetto di persona in senso kantiano (persona come fine in sé); un concetto di persona come fascio di qualità psicologiche (concezione dualistica della persona, che eviterebbe la presunta fallacia specista in cui cadrebbe il concetto di persona in senso bio-ontologico: quest'ultima definizione è, però, la più foriera di problemi soprattutto perché produce discriminazioni ed esclusioni relevantissime, eppure oggi è assunta a modello tanto dal libertarismo di destra quanto da quello di sinistra); infine, un concetto di persona in senso sostanziale, cioè biologico: nel senso che persona è ogni individuo che appartiene alla specie *Homo Sapiens sapiens*.

Un'altra nuova questione che richiamo in senso problematico, è quella dei limiti contenutistici o sostanziali, cioè se il diritto alla vita implica anche il diritto di morire, il diritto di abortire, il diritto di nascere, il diritto di non essere perfetto, il diritto di sopravvivere, il diritto alla salute, il diritto di vendere corpi o pezzi di corpi propri ed altrui (i feti, i corpi in stato vegetativo persistente).

(33) C. M. MAZZONI, *La tutela reale dell'embrione*, in *Bioetica*, 1, 2004, pp. 10-24.

(34) Scrive Giovanni Boniolo, epistemologo e filosofo, che "possedere certe caratteristiche psicologiche non è né necessario né sufficiente per l'identità umana [...]. Non si possono avere coscienza, autocoscienza, memoria e in generale le funzioni mentali superiori senza possedere la corrispondente giusta attualizzazione della plasticità cerebrale"; cfr. G. BONIOLO, *Dalla persona all'individuo: una soluzione filosofica a partire dal fondamento biologico*, in G. BONIOLO, G. DE ANNA, U. VINCENTI, *Individuo e persona. Tre saggi su chi siamo*, Bompiani, Milano, 2007, p. 49.

Forse la categoria normativa più interessante e più problematica rimane quella del diritto di morire: si tratta di una categoria normativa molto complessa anche da un punto di vista semantico. Hans Jonas afferma che il risvolto normativo del diritto alla vita è il diritto di morire⁽³⁵⁾. Ma cosa si suole indicare con questa espressione? Il diritto all'eutanasia volontaria attiva cioè il diritto ad essere uccisi o il diritto al suicidio assistito medicalmente? Oppure il diritto all'eutanasia volontaria passiva, cioè la richiesta di morire attraverso l'interruzione di cure ancora necessarie (vitali) per mantenere in vita il paziente? Oppure il diritto di porre fine all'accanimento terapeutico, cioè a cure inutili e futili rispetto ad un decorso che è ormai definitivamente avviato verso la morte? In questi ultimi due casi, il diritto di rifiutare i trattamenti sanitari cosa implica? Oppure che cosa s'intende per diritto a morire con dignità? Chi è il titolare del diritto di morire, inteso nel senso di *lasciar morire*? È un diritto il poter scegliere il tempo e il modo di morire? Ma quale categoria di paziente può esercitare uno di questi diritti: il paziente ordinario, il paziente incurabile cosciente o il paziente in coma irreversibile? Come si può evincere, si tratta di questioni etico-giuridiche molto complesse e delicate.

Un'altra nuova questione è quella della *invenzione della vita*, cioè se è lecito eticamente e giuridicamente procreare, figliare, fabbricare, programmare, temporizzare vite umane (gli ovuli fecondati umani sono esseri umani nella loro fase di sviluppo, come ciascuno di noi lo è nella propria). È questa la tematica che Habermas ha chiamato "eugenetica liberale o di mercato".

Infine, un'altra questione riguarda la constatazione che la vita umana è diventata per eccellenza il *luogo della dissociazione*, vale a dire la vita umana diventa concetto oppositivo a concetti e a prassi umane, come mai prima era accaduto: vita biografica *versus* vita biologica, vita umana *versus* dignità umana, vita *versus* libertà, vita *versus* autonomia, vita *versus* persona. La vita appare oggi il luogo dove si consumano continue dissociazioni, continue sconessioni. Il filosofo Giorgio Agamben afferma che la vita è il *luogo della sconessione* tra anima e corpo⁽³⁶⁾. Ritorna qui e ancora una volta la forza del pensiero dicotomico, per cui la vita nuda è vista come l'inciampo ontologico verso forme di libertà e di dignità altrimenti possibili. La vita nuda è la nostra nuda libertà; noi sentiamo il bisogno di rivestirla, di darle forma, di renderla maschera, *persona* appunto, perché solo in questo modo possiamo illuderci di vivere nel mondo del *noumeno*, cioè della libertà razionale e dell'autonomia individuale.

(35) H. JONAS, *Il diritto di morire*, il melangolo, Genova, 1991.

(36) G. AGAMBEN, *L'aperto. L'uomo e l'animale*, Bollati Boringhieri, Torino, 2002, p. 21.

La dignità, la libertà e l'autonomia sono *oltre la vita*. I diritti corrispondenti a questi beni sono considerati inderogabili, mentre quello corrispondente alla *nuda vita* può subire limitazioni: non la vita in sé vale, ma la sua dignità come modalità. Il caso *Soering* è in questo senso un esempio emblematico⁽³⁷⁾. È il caso di un giovane tedesco presente sul territorio inglese e in attesa di essere estradato negli Stati Uniti dove aveva commesso un duplice omicidio. Ora, per gli Stati europei, che hanno ratificato la Convenzione Europea sui diritti dell'uomo (CEDU), esiste un controllo di garanzia ex art. 3 in forza del quale nessuno può essere sottoposto a trattamenti inumani o degradanti (mentre l'art. 2 riconosce il diritto alla vita ad ogni persona, facendo salva l'esecuzione della pena capitale là dove legalmente ammessa); il signor Soering ricorse alla Corte di Strasburgo eccependo che l'estradizione lo avrebbe sottoposto ad un trattamento inumano, cioè lesivo della sua dignità. Ma, si badi, non la pena di morte era da considerare lesiva della sua dignità, l'essere uccisi non era infatti l'oggetto del ricorso, ma era da considerare lesiva l'attesa prolungata, anche di anni, prima di essere sottoposto all'esecuzione capitale: il diritto di Soering non è alla vita, ma è alla dignità che viene lesa dovendo attendere la propria sorte nel corridoio della morte⁽³⁸⁾.

La dignità allora non riguarda più un bene, la vita, ma una modalità che si flette in mille declinazioni: non l'essere uccisi su una sedia elettrica è la violazione della dignità cioè di un bene come la vita, ma l'attesa prolungata di quel momento.

ABSTRACT

For much of human history, the idea of the right to life of every human individual has seemed self-evident. In our times, however, advances in biotechnology oblige us to reformulate parameters relating to our network of emotional connection and of familial relationship, to the role of sexuality, to our awareness of personal identity, to personal choices in matters of birth, motherhood and fatherhood, to life and to death: in short, in matters regarding human existence. The range of life choices at our disposal has increased exponentially in such a way that it renders the right to life pleonastic, instead rendering a plurality of subjective rights *over* life.

Per buona parte della storia dell'umanità, l'idea di un diritto alla vita spettante ad ogni essere umano è apparsa auto-evidente. Eppure, ora, le biotecnologie ci obbligano

⁽³⁷⁾ Caso *Soering c/Royaume Uni*, no. 1/1989/161/217, arrêt du 7.7.1989, série A, vol. 161.

⁽³⁸⁾ Sul Caso *Soering* si rinvia a M. C. LIPARI, *La dignità dello straniero*, in *Politica del diritto*, 2, 2006, spec. pp. 305-310; A. TANCREDI, *La tutela dei diritti fondamentali «assoluti» in Europa: «it's all balancing»*, in *Ragion pratica*, 29, 2007, pp. 393-394.

a riformulare i parametri relativi alla rete delle relazioni affettive e di parentela, al ruolo della sessualità, alla coscienza della propria identità personale, all'ambito delle scelte personali in materia di nascita, di maternità, di paternità, di esistenza e di morte, in una parola in materia di vita umana. È cresciuto così a dismisura l'ambito delle scelte di vita da rendere pleonastico il diritto *alla* vita e invece effettiva una pluralità di diritti soggettivi *sulla* vita.

NICOLA LUCCHI

LE CONSEGUENZE LOCALI DELLA GLOBALIZZAZIONE: IL PARADIGMA DELL'AGRICOLTURA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le conseguenze locali della globalizzazione. – 3. I paradossi della globalizzazione. – 4. Il particolarismo locale delle politiche agricole. – 5. Prospettive globali e realtà locali. – 6. Nuove opportunità e sfide per il governo dell'agricoltura. – 7. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Il mondo dell'agricoltura, sotto l'azione di istituzioni internazionali e comunitarie, società multinazionali e *global company*, è stato uno dei settori economici che, nell'ultimo ventennio ha visto, più di altri, mutare i propri riferimenti.⁽¹⁾ Ai processi di riforma incentrati sulla liberalizzazione degli scambi, sull'apertura dei mercati e la diminuzione dei livelli di protezione hanno spesso corrisposto spinte diversamente antagoniste. Infatti, se è vero che l'influenza della globalizzazione nel processo di riorganizzazione dell'agricoltura è stata significativa, sia in termini di pianificazione generale della produzione, sia in termini di sviluppo della finanza internazionale⁽²⁾, è stato altresì messo in evidenza che la globalizzazione non tende solamente a sottolineare o a sincronizzare l'omoge-

⁽¹⁾ L. CHESHIRE, G. LAWRENCE, *Re-shaping the state*, in V. Higgins e G. Lawrence, *Agricultural governance: globalization and the new politics of regulation*, London, 2005, p. 35.

⁽²⁾ Cfr. M. HENNIS, *Globalization and European integration: the changing role of farmers in the common agricultural policy*, Lanham, 2005, p. 22 (“...the global organization of production and global finance have had a considerable impact on the structure of agricultural production”).

neizzazione delle strutture agrarie. In realtà, la forza omologante del processo di globalizzazione non è assoluta, ma si può presentare in maniera molto diversificata⁽³⁾. In questo contesto la messa a punto e la concretizzazione di un nuovo modello di sviluppo agricolo sembra sempre più passare attraverso misure adottate soprattutto a livello locale o comunque attraverso articolate reti istituzionali o associative intimamente integrate con una comunità di riferimento⁽⁴⁾.

In queste pagine cercheremo pertanto di affrontare, da un punto di vista apparentemente inconsueto, il tema della globalizzazione e l'analisi delle sue conseguenze sui processi di regolazione giuridico-istituzionale. In particolare, osserveremo come, di fronte alle sfide imposte dalla globalizzazione e dalle trasformazioni dell'economia, sempre più frequentemente proposte come chiave di lettura della società e dell'efficacia del funzionamento delle istituzioni, si stia al contrario assistendo ad un processo opposto, legato alla rinascita dei localismi.

È stato osservato che il costante progresso tecnologico, congiuntamente ai processi di globalizzazione e liberalizzazione in atto negli scambi economici, incide in maniera rilevante anche sugli assetti istituzionali, "imponendo e determinando profondi mutamenti agli standard tradizionali dello Stato di diritto e sociale, a partire dall'esercizio della stessa sovranità nazionale"⁽⁵⁾.

È ormai innegabile il fatto che ci troviamo di fronte ad una crisi dei tradizionali modelli giuridici chiusi ed organizzati verticalmente. I sistemi fondati su norme rigidamente gerarchizzate e dotate di un'efficacia confinata al territorio dello Stato sono in profonda crisi. Parallelamente si assiste ad un fenomeno contrario, caratterizzato dalla progressiva sostituzione con modelli orizzontali e aperti dove convivono insieme, in

⁽³⁾ In questi termini si esprime M. Hennis, *Globalization and European integration...n*, cit. p. 15. ("In reference to the impact of globalization, it is argued on the one hand that globalization tends to reinforce or synchronize the homogenization of agrarian structures to a considerable degree. On the other hand, it is maintained that the homogenizing force of the globalization process is not absolute and that a trend toward greater differentiation can be shown").

⁽⁴⁾ Sul punto si veda A. Amin, N. Thrift, *Holding down the global*, in A. Amin e N. Thrift (a cura di), *Globalization, Institutions and regional development in Europe*, Oxford, 1994, p. 257 e ss; L. Cheshire, G. Lawrence, *Re-shaping the state*, cit., p. 35 e ss.

⁽⁵⁾ Così F. ADORNATO, *Politiche agricole comunitarie e nuovi profili giuridico-istituzionali*, in *Agriregionieuropa*, 2006, alla URL <http://agriregionieuropa.univpm.it>. Sul punto anche R. BIN, *Lo Stato di diritto*, Bologna, 2004, p. 103 e ss., il quale osserva come si stia formando "un diritto transnazionale privo di appartenenze territoriali e di sovrani, fatto di accordi, prassi, usi commerciali e scelte operate nei grandi contratti internazionali, che poi si propongono come modelli generali per gli altri operatori.

un schema reticolare, diversi sistemi giuridici paralleli⁽⁶⁾ e istituzioni sovra-nazionali⁽⁷⁾.

La progressiva deterritorializzazione degli spazi, la destatalizzazione degli ordinamenti giuridici e la dematerializzazione dei beni (e persino dei fatti giuridicamente rilevanti)⁽⁸⁾ si traduce in “un’asimmetria tra mercato globale e Stato, in conseguenza della quale quest’ultimo viene progressivamente messo fuori gioco nel controllo delle dinamiche sociali e nella conseguente formulazione degli imperativi volti a governare o ad orientare la vita collettiva”⁽⁹⁾. Mano a mano che le scelte fondamentali sfuggono alla competenza diretta dello Stato, collocandosi a livelli gerarchicamente superiori, tanto più sembra crescere il ruolo di istituzioni territoriali più vicine e sensibili alle esigenze dei cittadini, anche in ossequio al principio di sussidiarietà⁽¹⁰⁾. Per effetto di tali processi si sono profondamente trasformati anche i rapporti tra stato e mercato: “la globalizzazione dell’economia; la deregolazione quasi totale dei movimenti dei capitali; lo spropositato predominio degli scambi esclusivamente finanziari sugli scambi dell’economia reale; l’avvento delle nuove tecnologie dell’informazione e della telecomunicazione, e non da ultimo il radicale ridisegno delle imprese, hanno reso fluidi, obiettivamente non identificabili, e perciò nei fatti incontrollabili, i confini delle rispettive economie nazionali”⁽¹¹⁾.

Il settore che ci apprestiamo ad utilizzare come modello per verificare le

⁽⁶⁾ Per una articolata discussione sui paradigmi giuridici della piramide e della rete ed in generale sulla ricostruzione di nuovi modi di produzione giuridica si veda il dibattito pubblicato nel numero speciale della *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* n. 49 del 2002 dove sono stati raccolti una serie di saggi riguardanti *Le droit en perspective interculturelle. Images réfléchies de la pyramide et du réseau*.

⁽⁷⁾ Ovvero quelle istituzioni internazionali che “operano in supplenza delle (mancanti) istituzioni globali”. Cfr. A. BALDASSARRE, *op. cit.* p. 85.

⁽⁸⁾ Sul punto si veda e.g. G. PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale: tecnologie informatiche e regole privatistiche*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 185 ss.

⁽⁹⁾ Così A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Bari, 2002, p. 64. Sul nuovo capitalismo immateriale si veda diffusamente A. GORZ, *L'immateriale: conoscenza, valore e capitale*, Torino, 2003.

⁽¹⁰⁾ Il principio di sussidiarietà legislativa, di origine comunitaria, impone che le funzioni amministrative siano esercitate dall'ente che si trova in posizione di più stretta vicinanza con i soggetti nei confronti dei quali quella stessa attività amministrativa si svolge, ovvero che gli enti più distanti possano intervenire in caso di necessità o impedimento da parte dell'ente più vicino. Cfr. S. BARTOLE, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale*, in *Le Regioni 2004*, p. 578; P. CARETTI, *Principio di sussidiarietà e funzione legislativa*, in AA.VV., *Le Regioni tra riforma amministrativa e revisione costituzionale*, Rimini, 2002, pp. 83-84; L. VIOLINI, *I confini della sussidiarietà: potestà legislativa «concorrente», leale collaborazione e strict scrutiny*, in *Le Regioni 2004*, p. 587.

⁽¹¹⁾ Così L. GALLINO, *Globalizzazione e disuguaglianze*, III ed., Bari, 2007, p. 31.

conseguenze di tali processi è, come accennato in precedenza, quello dell'agricoltura. In tale ambito la rivoluzione istituzionale e tecnologica in corso, ha un enorme potenziale nella produzione di strumenti e nella scelta di nuovi principi e regole giuridiche utili allo sviluppo economico⁽¹²⁾. Proprio il diritto dell'agricoltura, all'interno di un mercato aperto ed interdipendente, è più che mai al centro di complesse trasformazioni che ben rispecchiano l'insieme delle tensioni di fondo legate ai profondi mutamenti in atto nell'odierna economia⁽¹³⁾.

Il settore dell'agricoltura si presta in modo particolare a quest'indagine per una serie di considerazioni. Prima di tutto, le politiche agricole (più di altre politiche pubbliche ed economiche) sono sempre state elaborate e gestite in base ad una cooperazione specifica fra lo stato ed interlocutori fortemente istituzionalizzati⁽¹⁴⁾. Secondariamente, nessun'altra attività produttiva ha relazioni così intense con il territorio come l'agricoltura⁽¹⁵⁾. Inoltre, l'agricoltura rappresenta il settore economico in cui più forte ed articolato è l'intervento pubblico⁽¹⁶⁾. Infine, le attuali politiche agricole sono espressione di un complesso ed organizzato processo di europeizzazione, elemento che rende l'oggetto della nostra indagine ancora più completo⁽¹⁷⁾.

Per questi motivi l'osservazione di quel che sta accadendo nel governo dell'agricoltura può rappresentare paradigmaticamente le tensioni di fondo legate ai mutamenti in atto nell'attuale quadro giuridico, sociale, istituzionale ed economico dei mercati. Da questo punto di vista la vicenda storica dell'amministrazione dell'agricoltura è esemplare. Attraverso questo spettro potremo riscontrare come la globalizzazione economica abbia prodotto o stia tuttora determinando conseguenze sull'assetto della regolamentazione dei rapporti economici e sulla costituzione di poteri, ovvero come l'attuale globalizzazione economica abbia l'effetto mediato di stimolare una globalizzazione giuridica.

Nelle pagine che seguono, cercheremo di illustrare quale sia stato l'impatto sul governo dell'agricoltura dei recenti processi economici e giuridico-

⁽¹²⁾ Cfr. D. FORAY, *L'economia della conoscenza*, Bologna, 2006, p. 143-144.

⁽¹³⁾ A. JANNARELLI, *Il diritto dell'agricoltura nell'era della globalizzazione*, Bari, 2001.

⁽¹⁴⁾ Cfr. P. SETTEMBRI, *La nuova rappresentanza agricola: europeizzata e neutralizzata?*, Soveria Mannelli, 2008, p. 13.

⁽¹⁵⁾ Cfr. F. ADORNATO, *op. cit.*

⁽¹⁶⁾ Cfr. C. SERVOLIN, *L'agricolture moderne*, Paris, 1989, p. 14.

⁽¹⁷⁾ Nel settore dell'agricoltura, più che in altri settori, il quadro normativo comunitario riveste un ruolo fondamentale. V. L. COSTATO, *Trattato breve di diritto agrario italiano e comunitario*, Padova, 2003.

istituzionali sia internazionali che nazionali. Lo sfondo nel quale procederemo sarà quello della mutazione del modo di produrre, del cosiddetto nuovo capitalismo immateriale e dei nuovi processi economici che indirettamente influenzano i meccanismi istituzionali e gli assetti normativi⁽¹⁸⁾.

Per delineare l'erosione della capacità di regolamentazione da parte dello stato sovrano ci muoveremo su un doppio binario. Da un lato prenderemo in considerazione l'acceso dibattito, tutto nazionale, sui profili istituzionali del sistema agricoltura conseguente al nuovo Titolo V della Costituzione italiana. In particolare, osserveremo come le modifiche relative all'organizzazione territoriale dello stato abbiano riaperto la questione relativa al rapporto tra amministrazione centrale e periferica, rivelando come le sorti del governo dell'agricoltura siano sempre più connesse a quelle dei territori in cui il settore è dinamicamente legato.

Da un altro lato, accenneremo ai nuovi assetti dell'intervento pubblico in agricoltura alla luce dei processi economici internazionali, utilizzando come chiave di lettura il fenomeno, quasi tutto europeo, del rafforzamento strategico del rapporto tra prodotti agricoli e territorio.

2. Le conseguenze locali della globalizzazione.

Se da una parte, per effetto della deterritorializzazione delle relazioni economiche, giuridiche e sociali globalizzate, si assiste al progressivo scavalcamento del potere e del ruolo dello Stato con un trasferimento delle sue funzioni a livello sovranazionale, dall'altra parte è possibile riscontrare una tendenza opposta al rafforzamento delle stesse funzioni in ambito subnazionale o regionale⁽¹⁹⁾. Questo processo bidirezionale, nel quale si contrappongono tendenze di segno opposto, è stato sintetizzato con il termine globalizzazione⁽²⁰⁾.

Per comprendere come accanto all'effetto espropriativo prodotto dalla globalizzazione nei confronti della sovranità degli Stati⁽²¹⁾ cresca invece il

⁽¹⁸⁾ Sul punto si veda diffusamente A. GORZ, *L'immateriale: conoscenza, valore e capitale*, Torino, 2003.

⁽¹⁹⁾ Cfr. A.J. SCOTT, *Le regioni nell'economia mondiale*, Bologna, 2001.

⁽²⁰⁾ Il termine, traduzione della parola giapponese *dochakuka* che significa "localizzazione globale", è stato utilizzato per la prima volta dal sociologo Robert Robertson, si riferisce alla combinazione ed alla sintesi tra il globale ed il locale, ovvero alla necessità di considerare in modo dialettico la globalizzazione e la sua dimensione opposta. R. ROBERTSON, *Globalizzazione. Teoria sociale e cultura globale*, Trieste, 1999, p. 235.

⁽²¹⁾ Sul punto si veda e.g. A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Bari, 2002, p. 63 ss.

peso e la centralità di una nuova geografia decentrata, può essere utile riprendere riflessioni e contributi di alcuni tra i maggiori studiosi europei ed americani della teoria sociale.

Manuel Castells, uno dei più autorevoli esperti della società della comunicazione e della rete, ci offre un importante contributo teorico ed analitico sulla cd. "età dell'informazione", ovvero sull'attuale periodo storico caratterizzato da una nuova forma di capitalismo (cosiddetto informazionale o immateriale)⁽²²⁾. Tali definizioni indicano un nuovo assetto del sistema economico, dove la conoscenza è diventata la principale forza produttiva, dove "il valore di scambio delle merci, materiali o no, non è più determinato in ultima analisi dalla quantità di lavoro sociale generale che contengono ma, principalmente, dal loro contenuto di conoscenze, d'informazioni, d'intelligenza generali"⁽²³⁾. In questo senso il termine capitalismo immateriale o cognitivo traccia un nuovo paradigma teorico capace di modificare i modelli produttivi sempre più incentrati sull'innovazione e sulla centralità della conoscenza nell'economia⁽²⁴⁾. Da questa trasformazione della conoscenza in capitale immateriale nasce un nuovo mercato delle conoscenze, un mercato dove il valore di scambio dei prodotti è essenzialmente "legato alla capacità pratica di limitare la libera diffusione, cioè di limitare con mezzi giuridici (brevetti, marchi, diritti d'autore, licenze, contratti) o monopolistici la possibilità di copiare, imitare, di reinventare, di apprendere le conoscenze altrui"⁽²⁵⁾. In altre parole, il valore della conoscenza non proviene dalla sua scarsità naturale, bensì dai limiti stabiliti, istituzionalmente o di fatto, per l'accesso alla conoscenza stessa.

La combinazione tra questa nuova forza produttiva e la mondializzazione, stravolge i parametri spazio-temporali dell'organizzazione sociale, alterando il modello dello Stato nazione: "i livelli amministrativi che si erano lentamente edificati sulla decomposizione del Medioevo (le Città stato, lo Stato moderno, la Nazione e, più recentemente, le Organizzazioni interna-

⁽²²⁾ M. CASTELLS, *L'età dell'informazione: economia, società, cultura*, Milano, 2003.

⁽²³⁾ Così A. GORZ, *op. cit.*, p. 24. La rivoluzione in atto nelle tecnologie dell'informazione trasforma non solo le informazioni e le modalità di fruizione, ma anche, e soprattutto, la gestione e lo sviluppo della conoscenza. La conoscenza è ora visto come un elemento di base, un risultato finale, o un aspetto del capitale. L'economia della conoscenza è una sub-disciplina dell'economia che sta rapidamente emergendo. Cfr. D. FORAY, *L'economia della conoscenza*, *op. cit.*

⁽²⁴⁾ Il termine capitalismo cognitivo è stato per la prima volta utilizzata da Enzo Rullani. Si veda E. RULLANI, L. ROMANO, *Il postfordismo. Idee per il capitalismo prossimo venturo*, Milano, 1998.

⁽²⁵⁾ E. RULLANI, *Le capitalisme cognitif: du déjà vu?*, in *Multitudes*, n. 2, 2000, pp. 87-94.

zionali) perdono sostanza e pertinenza per affrontare i problemi e prendere decisioni in modo autonomo e coerente”⁽²⁶⁾.

In questo nuovo ambiente – scrive Allen J. Scott – le regioni, intese come aree geografiche che si estendono all’interno di una nazione, si stanno evolvendo come centri vitali della regolamentazione economica e dell’autorità politica e stanno divenendo, come corollario, il quadro di riferimento per i nuovi tipi di comunità sociale e per nuovi approcci a questioni pratiche legate alla cittadinanza e alla democrazia⁽²⁷⁾. Nell’era della globalizzazione senza confini e del libero mercato, sembra quindi crescere, paradossalmente, l’importanza dei “localismi” di cui le regioni costituiscono le fondamenta o i motori. In particolare, “i governi locali e regionali compensano la mancanza di potere e risorse con la flessibilità e reticolarità”, rappresentando un essenziale contrappeso “al dinamismo delle reti globali di ricchezza e informazione”⁽²⁸⁾.

Il sociologo Zygmunt Bauman sintetizza le caratteristiche di questo processo osservando come globalizzazione e territorializzazione siano in realtà momenti reciprocamente complementari, ovvero “due lati dello stesso processo; quello della redistribuzione su scala mondiale della sovranità, del potere e della libertà di agire”⁽²⁹⁾. Proprio per questo motivo Bauman suggerisce di utilizzare il termine glocalizzazione piuttosto che il termine globalizzazione per indicare il “processo all’interno del quale il coincidere e l’intrecciarsi di sintesi e dispersione, d’integrazione e di scomposizione, sono qualsiasi cosa tranne che accidentali, ed ancor meno modificabili”⁽³⁰⁾.

La nuova geografia economica ed istituzionale potrebbe quindi giocare su scale diverse rispetto a quelle tradizionalmente prese in considerazione. Il modello europeo del futuro potrebbe dunque vertere, per dirla con Castells, “sull’articolazione tra internazionalizzazione economica e decentramento culturale”, dove i governi regionali e locali potrebbero “giocare un ruolo importante nella rivitalizzazione della democrazia”⁽³¹⁾.

⁽²⁶⁾ Y.M. BOUTANG, *Una mutazione dell’economia politica tout court*, in Y.M. Boutang (a cura di), *L’età del capitalismo cognitivo: innovazione, proprietà e cooperazione delle moltitudini*, Verona, 2002, p. 59.

⁽²⁷⁾ Così A.J. SCOTT, *Le regioni nell’economia mondiale*, Bologna, 2001, p. 19.

⁽²⁸⁾ M. CASTELLS, *L’età dell’informazione*, vol. III, *Volgere di un millennio*, Milano, 2002, p. 427.

⁽²⁹⁾ Z. BAUMAN, *Globalizzazione e glocalizzazione*, Roma, 2005, p. 342. L’A. continua osservando come la glocalizzazione “è innanzi tutto e soprattutto una redistribuzione di privilegi e privazioni, di ricchezza e povertà, di capacità e incapacità, di potere e impotenza, di libertà e costrizione”.

⁽³⁰⁾ ID.

⁽³¹⁾ M. CASTELLS, *op. ult. cit.*, p. 396.

La struttura globale del nuovo capitalismo non significa però “tendenza ad una società uguale in tutti i suoi punti fisici”⁽³²⁾. Al contrario, nei mutamenti che investono oggi l’economia, la società e le istituzioni, viene invece evidenziato come la globalizzazione sia in grado di incorporare “un processo di nuova regionalizzazione”, ovvero un nuovo panorama connesso “ad un ridimensionamento delle funzioni e della capacità di azione degli Stati nazionali”⁽³³⁾ con un nuovo slancio ed una nuova attenzione per il locale. In questo nuovo quadro, le regioni acquistano “importanza come ambiti di strutturazione e organizzazione della società e come attori in certa misura unitari e visibili nel contesto nazionale ed internazionale”⁽³⁴⁾.

È da queste osservazioni che si evince “quanto sia importante un quadro di governi locali forti e capaci di orientare in termini nuovi lo sviluppo delle proprie comunità; quanto sia essenziale dotarli di funzioni e poteri reali; quanto questo sia espressione di un modo attivo e non subalterno di stare nella modernità”⁽³⁵⁾. Infatti, tanto più le scelte fondamentali sfuggono alla competenza diretta dello Stato collocandosi nelle mani di istituzioni sovra-nazionali, tanto più cresce il ruolo degli enti di rango inferiore⁽³⁶⁾. Dall’erosione della capacità di regolamentazione dello Stato sovrano si apre uno spazio per iniziative amministrative e attività politiche locali da parte delle regioni.

Tale stretta e simbiotica relazione tra influenze globali e locali può essere utilizzata per interpretare alcuni complessi processi giuridico-istituzionali. In questo senso pensiamo che la prospettiva del governo dell’agricoltura, disciplina che si colloca a cavallo tra attività economica in senso stretto e spazio culturale in senso lato, possa costituire un punto di osservazione privilegiato.

⁽³²⁾ Così A. BAGNASCO, *Società fuori squadra*, Bologna, 2003, p. 16. Globalizzazione non significa unificazione culturale. V. Z. BAUMAN, *Globalizzazione e glocalizzazione*, op. cit., p. 343.

⁽³³⁾ A. BAGNASCO, *Società fuori squadra*, op. cit. p. 16.

⁽³⁴⁾ *Ibidem*.

⁽³⁵⁾ Così G. NAPPI, *Il paradigma mezzogiorno: economia e società alla prova della modernizzazione*, Napoli, 2005, p. 18.

⁽³⁶⁾ In proposito è stato osservato che “se una delle caratteristiche della formazione degli Stati dal XV al XIX secolo è stata la progressiva concentrazione dei diritti negli Stati, questo processo di assorbimento nello Stato è terminato ed è cominciato il processo opposto, di dispersione dei diritti su altre entità”. Cfr. S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Bari, 2002.

3. I paradossi della globalizzazione

Nel contesto internazionale, l'incremento di diversi organi giurisdizionali, nonché delle competenze delle istituzioni sovranazionali, come quelle attribuite all'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC), è un segno dei profondi cambiamenti in atto che mettono in crisi persino lo stesso concetto di sovranità⁽³⁷⁾.

Mentre l'OMC e le sue regole conquistano sempre più il centro della scena, le strutture burocratiche e l'atteggiamento dei governi nazionali si stanno sempre più internazionalizzando. È dunque lecito chiedersi se tale graduale ed inesorabile mutamento nel processo decisionale democratico che si sposta dalle mani di governi nazionali regolarmente eletti verso quelle di funzionari esperti di commercio internazionale non eletti dal popolo, implichi anche una diminuzione di sovranità per gli Stati nazionali. È stato, infatti, osservato che la stessa politica comunitaria, volta ad appianare le diversità di regime giuridico, comporti necessariamente, nel superamento della diversità, un certo grado di perdita di sovranità⁽³⁸⁾.

La letteratura sull'argomento rivela come, tutti gli accordi internazionali, siano essi a carattere economico, ambientale, militare o umanitario, vengano percepiti come strumenti che in qualche misura arginano la piena espressione dell'autonomia decisionale nazionale⁽³⁹⁾. Ciò implica che qualsiasi impegno assunto in sede di un accordo internazionale abbia come effetto quello di trasferire una percentuale di potere dagli Stati nazionali alle stesse organizzazioni internazionali, lasciando quindi spazio ad una esogena collocazione di parametri sulla stessa politica interna degli Stati. Questo nuovo diritto transnazionale, privo di appartenenze territoriali e di "sovranità", finisce, direttamente o indirettamente, per condizionare il comportamento degli Stati, sicché gli accordi commerciali internazionali risultano limitativi della sovranità nazionale e dell'autonomia locale⁽⁴⁰⁾. In particolare, ciò accade in relazione alle disposizioni legislative e regolamentari in materia di prodotti alimentari, di agricoltura, ambiente, salute e sviluppo economico.

L'attuale crescita del commercio e lo sviluppo dei mercati internazionali ha fornito un impulso ai vari paesi a negoziare accordi commerciali multi-

⁽³⁷⁾ A. MCGREW, *Governing without Government: Towards Genuine Global Governance*, in *Making Globalisation Work for the Poor, The Need for Coherence*, Ministry of Foreign Affairs, Stockholm, 2001.

⁽³⁸⁾ Così R. BIN, *Lo Stato di Diritto*, Bologna, 2004, p. 108.

⁽³⁹⁾ OECD, *Open Markets Matter: The Benefits of Trade and Investment Liberalisation*, OECD Policy Brief, 1998, alla URL www.oecd.org/dataoecd/18/51/1948792.pdf

⁽⁴⁰⁾ Cfr. R. BIN, *Lo Stato di diritto*, cit. p. 107.

laterali. Tali accordi sono solitamente negoziati da parte dei governi centrali e ratificati dai parlamenti dei singoli stati. Questi, di fatto, sono contratti che garantiscono ai paesi membri una serie d'importanti diritti commerciali, ma, allo stesso tempo, sono anche vincoli a mantenere determinate politiche commerciali all'interno degli impegni concordati⁽⁴¹⁾. In un sistema di governo federale le zone di competenza tra il governo centrale e locale sono normalmente ben delimitate. Nel governo del commercio multilaterale, i governi centrali si assumono impegni che avranno effetti vincolanti anche negli ordinamenti sub-nazionali. Gli impegni assunti possono così avere diverse implicazioni pratiche a livello di governo locale o decentrato.

4. *Il particolarismo locale delle politiche agricole*

È stato osservato come la politica agricola abbia spesso rappresentato una sorta di "affare di Stato". Così, per assicurare l'autosufficienza alimentare di una popolazione, essa presuppone un territorio e richiede che questo sia difeso e tutelato; inoltre, per decidere chi ha diritto alla terra e sotto quali condizioni, tale politica ha spesso la necessità di chiamare in causa i poteri pubblici, necessitando di una amministrazione dedicata; infine, il frutto di tale "affare", ovvero la produzione agricola, è destinata ad un pubblico la cui domanda è rigida, risultando ancora una volta necessario l'intervento pubblico per l'organizzazione del mercato⁽⁴²⁾.

Il ruolo primario dei governi, da entrambe le sponde dell'atlantico, è stato, per lungo tempo, quello di garantire dei mercati sufficienti per la produzione agricola; per fare ciò ci si è serviti di strumenti di *policy* come la protezione alle frontiere, l'acquisto delle eccedenze, l'imposizione di quote per la produzione, il sostegno dei prezzi e la previsione di restituzioni alle esportazioni⁽⁴³⁾.

⁽⁴¹⁾ Sul punto v. M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000.

⁽⁴²⁾ Così P. SETTEMBRI, *op. cit.* p. 91, con riferimento all'opera di P. COULOMB, H. DELORME, B. HERVIEU, M. JOLLIVET e P. LACOMBE, *Les agriculteurs et la politique*, Paris, 1990, p. 20. Il tema relativo al governo dell'agricoltura è stato per molto tempo affrontato in un clima culturale e politico orientato a favore dell'intervento pubblico. Così A. JANNARELLI, *Il diritto dell'agricoltura nell'era della globalizzazione*, Bari, 2003, p. 149.

⁽⁴³⁾ Cfr. P. SETTEMBRI, *op. cit.* p. 95. Per una più dettagliata ricostruzione dei modelli di sostegno si veda e.g. M. HENNIS, *Globalization and European integration: the changing role of farmers in the Common Agricultural Policy*, Lanham, 2005; R. LIZZI, *La politica agricola*, Bologna, 2002, p. 74 ss.; W. MOYER, e T. JOSLING, *Agricultural Policy Reform: Politics and Process in the EU and U.S. in the 1990s*, Aldershot, 2002.

Durante gli anni dell'industrializzazione e sino al secondo novecento, si è assistito ad un protezionismo generalizzato dei mercati e così è stato anche per il settore agricolo⁽⁴⁴⁾. In particolare, l'agricoltura ha per lungo tempo goduto di un sistema protezionistico, sostenuto attraverso "una significativa quanto esplicita compressione del libero mercato dei prodotti a favore di prezzi amministrati"⁽⁴⁵⁾.

In verità, "l'intervento pubblico in agricoltura è un fenomeno risalente e pressoché universale" perché da sempre "i governi hanno preso iniziative su larga scala e di lungo periodo a favore del settore agricolo"⁽⁴⁶⁾. Sin dai tempi dei Faraoni egiziani si promuoveva la realizzazione di grandi opere d'irrigazione, canalizzazione e arginatura delle sponde del Nilo per ampliare la superficie coltivabile; i re di Cnosso (la moderna Creta), invece, acquistavano grosse quantità di cereali, olio e spezie per conservarli nel proprio palazzo e reintrodurli nel mercato quando necessario⁽⁴⁷⁾. Come si è constatato, le ragioni economiche di questo interessamento pubblico alle vicende dell'agricoltura sono diverse anche se prevalentemente imputabili a tre motivi: in primo luogo, perché l'auto-sufficienza alimentare è un obiettivo strategico degli Stati; in secondo luogo, perché l'agricoltura, più di ogni altro settore, è esposta ai mutamenti climatici, alle intemperie ed alle catastrofi naturali; in terzo luogo, perché i prezzi dei prodotti agricoli sono soggetti a fluttuazioni di mercato, soprattutto a livello mondiale, in virtù dell'assenza di una regolamentazione globale⁽⁴⁸⁾. Ciò vale a dire che le sole forze del mercato non potrebbero garantire la soddisfazione di tali esigenze e, se lasciate libere di agire in modo incontrollato, farebbero emergere gli squilibri descritti, rendendo l'attività agricola eccessivamente rischiosa e poco remunerativa⁽⁴⁹⁾. A riprova di quanto appena sostenuto, va osservato che, ancor oggi, gli Stati assistono con aiuti molto ingenti l'attività degli agricoltori.

Il fenomeno della globalizzazione economica ha tuttavia introdotto nuovi paradigmi che hanno profondamente modificato tali tradizionali assetti.

Dal 1995, anno in cui è stata fondata l'Organizzazione Mondiale del

⁽⁴⁴⁾ A. JANNARELLI, *Il diritto dell'agricoltura nell'era della globalizzazione*, Bari, 2001, p. 3.

⁽⁴⁵⁾ A. JANNARELLI, *Il diritto dell'agricoltura nell'era della globalizzazione*, Bari, 2003, p. 150.

⁽⁴⁶⁾ Così P. SETTEMBRI, *op. cit.* p. 90.

⁽⁴⁷⁾ *Ibidem.*

⁽⁴⁸⁾ *Ibidem.*

⁽⁴⁹⁾ *Ibidem.*

Commercio⁽⁵⁰⁾, l'obiettivo generale a livello internazionale è stato quello di abolire e di ridurre le barriere tariffarie nel settore del commercio e, a differenza di quanto avveniva in ambito GATT, oggetto della normativa non sono più solo i beni commerciali, ma anche i servizi e le proprietà intellettuali. La globalizzazione, pertanto, riguarda ormai tutti i settori e da questo inesorabile processo discendono numerosi effetti. Questa crescente interdipendenza, guidata dall'Organizzazione Mondiale del Commercio, ha favorito legami economici forti tra paesi⁽⁵¹⁾. Tale forma di organizzazione economica e la sua conseguente regolamentazione hanno l'effetto di modificare persino i concetti di sovranità degli Stati nazionali⁽⁵²⁾. Nell'attuale quadro delle attività economiche, il problema di fondo, che confligge con il concetto di federalismo, nasce dalla responsabilità dei singoli governi in relazione alle regole imposte dalla stessa Organizzazione Mondiale del Commercio ed agli accordi collaterali⁽⁵³⁾.

Se, da una parte, questo nuovo mercato può offrire maggiori possibilità come mezzi e come guadagni "verso tutti", dall'altra, a causa del "suo utilizzo poco trasparente da parte di alcuni", determina una minore attenzione alle questioni locali, con il pericolo che vengano travolte tradizioni centenarie⁽⁵⁴⁾. Allo stesso tempo, cresce il pericolo che paesi e popolazioni con meno poteri o ridotte risorse o interessi rilevanti a livello internazionale possano essere ulteriormente pregiudicati.

Tra le più significative conseguenze di tale deriva va senz'altro considerata una progressiva contrazione dell'intervento pubblico in agricoltura⁽⁵⁵⁾. Di fronte a tale nuova tendenza, gli organi comunitari hanno risposto sostituendo alla vecchia politica protezionistica, caratterizzata da interventi di carattere economico, una nuova politica del diritto mirante a "rinsaldare le convergenze degli interessi nel sistema agro-alimentare europeo in modo che

⁽⁵⁰⁾ Marrakech Agreement Establishing the World Trade Organization, April 15, 1994, Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations [WTO Agreement], Legal Instruments – Results of the Uruguay Round; 33 I.L.M. 1140, (1994). Per un background storico della creazione dell'OMC, si veda, J. M. Griesgraber e B. G. Gunter (a cura di), *World Trade: Toward Fair and Free Trade in the Twenty First Century*, London, 1997.

⁽⁵¹⁾ Cfr. R. KEOHANE, J. NYE, *Governance in a globalizing world*, Washington DC, 2000.

⁽⁵²⁾ R. KEOHANE, *International institutions: can interdependence work?*, in 110 *Foreign Policy*, 1998, p. 83-95.

⁽⁵³⁾ Così M. GODON, *Democracy's new challenge: globalization, governance, and the future of american federalism*, New York, 2001, p. 32.

⁽⁵⁴⁾ Sul punto si veda V. SHIVA, *Il mondo sotto brevetto*, Milano, 2002.

⁽⁵⁵⁾ In Italia, per esempio, l'avvio del c.d. federalismo fiscale attraverso la legge 28 dicembre 1995, n. 549, recante "Misure di razionalizzazione della finanza pubblica" ha fortemente inciso nelle modalità dell'intervento pubblico in agricoltura.

questo possa meglio competere sui mercati internazionali” con i paesi terzi⁽⁵⁶⁾. In particolare, nell’ambito del territorio dell’Unione europea, ciò è stato realizzato anche attraverso l’introduzione e la protezione di segni distintivi atti a certificare e preservare le tradizioni agro-alimentari e quindi le tecnologie ed i mezzi di produzione specifici di determinati territori e propri di culture risalenti⁽⁵⁷⁾.

Come anticipato in premessa, di fronte ai processi di mondializzazione ed alla crescente omologazione dei comportamenti e dei modelli sociali, si è assistito ad un progressivo rafforzamento di processi opposti di difesa delle diversità, delle tipicità, delle identità culturali, ovvero si è assistito ad una rivendicazione dell’autonomia degli spazi “locali” contro l’invadente contaminazione del “globale”⁽⁵⁸⁾. In tale contesto, mentre globalizzazione e libero mercato vengono sempre più frequentemente proposte come chiavi di lettura delle società e dei mercati contemporanei, rinascono i localismi⁽⁵⁹⁾ ed i processi di regionalizzazione nell’organizzazione dell’economia⁽⁶⁰⁾. Le espressioni di una recuperata sensibilità “per la celebrazione di valori radicati nella storia dei luoghi” o nella loro geografia sono costituiti dagli effetti “*made in*”, dai prodotti tipici e dal richiamo all’autenticità.⁽⁶¹⁾ È anche per questa via che il rafforzamento della dimensione locale o regionale è diventato uno strumento rilevante per la valorizzazione delle specificità, delle vocazioni territoriali o per l’utilizzazione del territorio come valore economico e fattore produttivo.⁽⁶²⁾

⁽⁵⁶⁾ A. JANNARELLI, *Il diritto dell’agricoltura nell’era della globalizzazione*, Bari, 2003, p. 19-20.

⁽⁵⁷⁾ Sul rapporto tra origine del prodotto agroalimentare, percezione e valutazione della qualità si veda e.g. M. GOLDONI, *Denominazioni d’origine*, in *IV Digesto delle Disc. Priv.*, Sez. civ., V, Torino, 1989, p. 137 e ss.; E. ROOK BASILE, *Marchi e certificazioni dei prodotti agricoli ed agro-alimentari*, in *Riv. dir. agr.*, 1993, p. 325 e ss.; L. SORDELLI, *L’identificazione dei prodotti agricoli sul mercato*, in *Riv. Dir. ind.*, 1994, p. 470 e ss.; L. COSTATO, *La protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni di origine e le attestazioni di specificità*, in *Riv. dir. agr.* 1995, I, p. 488 e ss.; F. ALBISINNI, *L’origine dei prodotti agro-alimentari e la qualità territoriale*, in *Riv. dir. agr.*, 2000, I, 23 e ss.; L. COSTATO, *Compendio di diritto alimentare*, IV^o ed., Padova, 2006, p. 188 e ss.

⁽⁵⁸⁾ Così S. FARIELLO, *Globalizzazione, frammentazione, conflitti: la dimensione globale dei processi di decentramento*, in *Riv. It. di Conflittologia*, 2007.

⁽⁵⁹⁾ L.M. VISCONTI, “*Made in Med*”: una via mediterranea nel marketing postmoderno, alla URL <http://www.stranieriinitalia.it/news/visconti20giu2006.doc>

⁽⁶⁰⁾ Cfr. A. BAGNASCO, *Distretti e città in società fuori squadra* in L. CAFAGNA e N. CREPAX, *Atti di intelligenza e sviluppo economico. Saggi per il bicentenario della nascita di Carlo Cattaneo*, Bologna, Il Mulino, 2001.

⁽⁶¹⁾ L.M. VISCONTI, *op. cit.*

⁽⁶²⁾ A questo riguardo, è eloquente quanto sta avvedendo a proposito della disciplina destinata a valorizzare la qualità dei prodotti con specifico riferimento

5. Globalizzazione e realtà locale

Già Max Weber aveva osservato come le realtà territoriali siano capaci di guadagnare maggiore autonomia e capacità di iniziativa politica proprio in occasione dell'affievolimento e della disorganizzazione dei poteri superiori⁽⁶³⁾. Del resto l'avvento degli Stati nazionali in Europa si deve proprio alla perdita di autonomia dei liberi comuni, a loro volta nati in seguito alla crisi del feudalesimo⁽⁶⁴⁾. È in quest'ottica che può dunque essere letto l'effetto disgregante della globalizzazione e, nel nostro caso, anche il processo, ad essa interconnesso, di progressivo decentramento istituzionale che porta con sé una maggiore capacità di azione politica da parte delle regioni ed una maggiore autonomia dei loro governi⁽⁶⁵⁾.

Di fronte ai più volte citati processi di erosione della sovranità nazionale, provenienti sia dall'interno che dall'esterno, lo Stato non sembra più in grado di affrontare i problemi globali generati dai processi di integrazione. Al contempo, "le istanze di comunità territoriali che cercano una propria affermazione per meglio realizzare determinate aspirazioni di tipo politico, economico e sociale, inducono gli Stati a riconsiderare le proprie articola-

alle caratteristiche differenziatrici fondate sul riconoscimento dell'origine territoriale. In particolare, ci riferiamo a due provvedimenti che hanno inciso profondamente in questo settore. Il primo è rappresentato dall'*Accordo generale sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio*, costituente l'allegato 1C del trattato di Marrakech, che interessa il settore agricolo in quanto concerne i segni distintivi collettivi ed in specie le indicazioni geografiche. Il secondo è costituito dai regolamenti che hanno interessato il territorio dell'unione europea introducendo una specifica tutela proprio per le indicazioni geografiche. Cfr. Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Apr. 15, 1994, Marrakech Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1C, Legal Instruments-Results of the Uruguay Round vol. 31, art. 3.1, 33 I.L.M 81, 86 (1994) (in seguito: Accordo TRIPS). I riferimenti normativi in quest'area sono costituiti dall'Accordo Wto in materia di proprietà intellettuale (Trips, artt. 22-23), dall'art. IX Gatt (marchi di origine), dal Regolamento CE 2081/92, così come modificato dal Regolamento 510/2006/CE, nell'UE e, negli Usa, dall'US Certification Registration Mark No. 571.798. Per una rassegna del regime di protezione adottato in sede internazionale, v. F. Capelli, B. Klaus, *La tutela delle indicazioni geografiche nell'ordinamento comunitario ed in quello internazionale*, in *Dir. com. Scambi int.*, 2004, p. 192.

⁽⁶³⁾ M. WEBER, *La città*, Milano, 1950, p. 75 e 174. L'A. nel delineare la storia dell'evoluzione delle città, quale prima forma di aggregazione politica, sottolinea come lo sviluppo tali realtà territoriali fosse essenzialmente appoggiato dai sovrani solo a causa di una mancanza di organizzazione burocratica e dalle necessità finanziarie dei poteri superiori. Infatti, "non appena i mezzi di governo, politici e finanziari, dei potentati patrimoniali, regali o territoriali, consentivano di creare un'organizzazione burocratica adatta, i sovrani tentavano subito di annientare l'autonomia della città". Id. p. 175.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. A. BAGNASCO *et al.*, *Corso di sociologia*, Bologna, 1997, p. 698-99.

⁽⁶⁵⁾ Id. p. 699.

zioni istituzionali attraverso la valorizzazione delle proprie componenti interne”⁽⁶⁶⁾. Per dirla con le parole del sociologo americano Daniel Bell, “lo Stato nazionale è diventato troppo piccolo per certe cose, e troppo grande per altre”⁽⁶⁷⁾, ovvero gli Stati hanno visto diminuire la loro capacità organizzativa mentre “il raggio di strutturazione dei fenomeni sociali per certi aspetti è diventato più grande e per certi altri più piccolo”⁽⁶⁸⁾. Da una parte c’è quindi l’evoluzione di un processo di globalizzazione, dall’altra quello opposto di regionalizzazione.

Tali fenomeni hanno avuto un riflesso diretto sugli equilibri costituzionali e negli assetti istituzionali di molti paesi europei che hanno provveduto ad una vera propria riorganizzazione dei loro territori e delle competenze dei loro organi⁽⁶⁹⁾. Come è stato osservato, mentre nell’Europa degli anni cinquanta “solo la Germania era a struttura federale, l’Europa di oggi è ormai costituita prevalentemente da Stati a struttura regionale”⁽⁷⁰⁾.

In Italia, la riforma del titolo V della Costituzione ha ridefinito gli equilibri tra Stato ed autonomie locali concedendo alle Regioni non più un mero potere a emanare «norme legislative», ma una vera e propria funzione legislativa, al pari dello Stato, sicché l’una e l’altro possono legiferare negli spazi loro assegnati dalla Costituzione.

La nostra indagine, come anticipato nell’introduzione, si vuole soffermare in particolare sul nuovo riparto delle competenze che si riferiscono alla materia agricoltura, cercando di delineare se essa sia da considerarsi come ambito di disciplina unitario o se, piuttosto, il nuovo art. 117 conduca verso uno sgretolamento della materia, disperdendola nei vari titoli di competenza statali⁽⁷¹⁾.

La recente riforma del titolo V della Costituzione italiana, infatti, ha dato vita ad una vera e propria stagione di trasformazioni istituzionali per gli enti territoriali. Tale provvedimento ha aperto nuovi scenari anche in materia di politiche agricole e rurali. Di fatto, la modifica costituzionale ha disegnato un nuovo riparto di competenze legislative tra Stato e regioni.

Schematizzando, possiamo dire che allo Stato viene riconosciuta la potestà legislativa esclusiva in alcune materie espressamente elencate (art.

⁽⁶⁶⁾ Così S. FARELLO, *Globalizzazione, frammentazione, conflitti: la dimensione globale dei processi di decentramento*, in *Riv. It. di Conflittologia*, 2007.

⁽⁶⁷⁾ D. BELL, *Labour in the post-industrial society*, in *Dissent*, 19, 1972, p. 166.

⁽⁶⁸⁾ A. BAGNASCO et AL., *op. cit.*, p. 695.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. S. FARELLO, *op. cit.*

⁽⁷⁰⁾ L. ANTONINI, *Art. 117, 2°, 3° e 4° co.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, III, Utet, Torino 2006, p. 2256.

⁽⁷¹⁾ Sul punto si veda diffusamente S. CARMIGNANI, *Agricoltura e competenza regionale*, Milano, 2006, p. 238.

117, c. 2), nonché il potere di determinare i principi fondamentali nell'esercizio della potestà legislativa concorrente (art. 117, c. 3). Alla regione, invece, viene affidata la potestà legislativa generale in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata allo Stato (art. 117, c. 4).

In tale quadro di distribuzione delle competenze, il settore dell'agricoltura, come molte altre attività produttive, è riconducibile all'alveo della potestà regionale con la possibilità, quindi, di poter predisporre proprie regole.

È tuttavia stato osservato che l'assetto delle competenze regionali relative all'agricoltura risulta caratterizzato da non pochi elementi di ambiguità. Infatti, persistono incertezze circa l'individuazione dei confini delle singole materie⁽⁷²⁾. Tali perplessità potranno essere superate solo attraverso la mediazione della giurisprudenza costituzionale. Nei fatti accade che alcune materie connesse all'agricoltura seguitano ad essere di competenza legislativa concorrente (come le materie connesse al governo del territorio) oppure di competenza esclusiva dello Stato (come nel caso della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema).

6. Nuove opportunità e sfide per il governo dell'agricoltura

Il quesito cui tenteremo qui di dare una risposta è se sia possibile individuare nelle regioni un succedaneo o un surrogato dello Stato nazione, ovvero se la rivitalizzazione della legge regionale e della sua pretesa capacità di poter meglio manifestare le diverse identità delle popolazioni locali in una sorta di "neoregionalismo localizzante" possa, in qualche modo, rappresentare una nuova forma di nazionalismo o piuttosto un regionalismo economico, con tutte le conseguenze che questo comporta.

Come già riscontrato, la riforma del titolo V si inserisce a pieno titolo nel fenomeno ormai ricorrente anche in Europa di un generalizzato rinnovamento dei regionalismi accompagnato, da una ripolitizzazione del territorio⁽⁷³⁾. Da questo punto di vista, quella introdotta dal nuovo art. 117 della Costituzione è una piccola rivoluzione rispetto agli assetti dell'ordinamento locale presenti nel testo ante riforma. Mentre il testo originario attribuiva alle regioni ordinarie il potere di emanare norme di legge in uno specifico e definito ambito di materie espressamente elencate attenendosi a principi sostanziali stabiliti dalle leggi dello Stato (ovvero

⁽⁷²⁾ Nella nota sentenza n. 303/2003 la Consulta ha, infatti, avuto modo di precisare come la mancata inclusione di una specifica materia nell'elencazione prevista dall'art. 117 in implica una necessaria attribuzione della stessa alla competenza legislativa residuale delle regioni.

⁽⁷³⁾ M. CACIAGLI, *Regioni d'Europa. Devoluzioni, regionalismi, integrazione europea*, Bologna, 2006, p. 162.

concorrendo con tali fonti a dare un ordine alle materie oggetto di regolamentazione)⁽⁷⁴⁾. Il nuovo testo ribalta la situazione ed attribuisce alle Regioni un'autonoma potestà legislativa per ogni materia non espressamente riservata allo Stato.

Il nuovo articolo 117, infatti, prevede tre livelli di potestà legislativa: esclusiva dello Stato, limitatamente ad una ben definita lista di materie; concorrente delle Regioni, per una serie di materie ove le Regioni possono legiferare nell'ambito segnato da leggi quadro statali; esclusiva delle Regioni, in relazione a tutte le materie non assegnate allo Stato o alla legislazione concorrente⁽⁷⁵⁾.

La materia agricoltura, non essendo espressamente indicata tra le materie statali né in quelle a legislazione concorrente, dovrebbe far parte, salvo il profilo di tutela ambientale, nonché quello relativo ad altre materie riservate alla competenza statale con rilevanti implicazioni agricole, di quelle a legislazione residuale regionale⁽⁷⁶⁾.

Questa specifica competenza legislativa primaria delle Regioni, da una parte, e la limitazione all'intervento dello Stato, in caso di competenza concorrente, alla sola organizzazione di principi generali dall'altra, "implicano [...] una significativa revisione della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato tradizionalmente invocata per delimitare la competenza legislativa delle Regioni"⁽⁷⁷⁾. In particolare, è stato rilevato che, per quanto riguarda il settore dell'agricoltura, tale nuovo assetto si è tradotto in un accrescimento delle competenze regionali, portando a compimento "la divaricazione tra una disciplina di origine transnazionale relativa ai mercati e quella sempre più territorialmente circoscritta avente ad oggetto le relazioni economiche legate ai processi produttivi di base"⁽⁷⁸⁾.

Tale dislocazione territoriale delle competenze legislative sembra pertanto qualificare la Regione come vero e proprio soggetto di regolazione

⁽⁷⁴⁾ A. ANSELMO et al., *Neoregionalismo e riforma federale dello Stato. Le sfide del nuovo ordinamento locale in Italia*, Milano, 2006, p. 42.

⁽⁷⁵⁾ Sui tre ambiti di potestà legislativa si veda diffusamente B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del titolo V. Stato, Regioni e autonomie fra Repubblica e Unione Europea*, Torino, 2002, p. 71 e ss. Si veda anche S. BARTOLE et al., *Diritto regionale*, Bologna, 2003, p. 138; P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *Diritto regionale*, Torino, 2007, p. 58 ss.

⁽⁷⁶⁾ Sul punto si veda il ricco dibattito riportato in A. GERMANÒ (a cura di), *Il governo dell'agricoltura nel nuovo Titolo V della Costituzione*, Milano, 2003. Ma anche F. ADORNATO, *La difficile transizione della (materia) agricoltura*, in *Dir. giur. agr. amb.*, 2002, p. 9.

⁽⁷⁷⁾ A. JANNARELLI, *Il diritto dell'agricoltura*, 2001 op. cit. p. 138.

⁽⁷⁸⁾ Id.

dello sviluppo rurale e di regolazione economica dell'agricoltura⁽⁷⁹⁾, sperimentando una politica flessibile, articolata e integrata direttamente sul territorio⁽⁸⁰⁾. Nella sostanza, il nuovo riparto delle competenze legislative rispetto alla materia "agricoltura e foreste", contenuta nell'originaria versione dell'art. 117 della Costituzione ed assente nella nuova formulazione, parrebbe lasciare spazio ad una piena competenza regionale in quanto materia innominata. Il condizionale è tuttavia d'obbligo in quanto, così come concepita dal legislatore costituzionale, la potestà legislativa residuale "si presenta senza un oggetto determinato e non facilmente determinabile"⁽⁸¹⁾. In effetti, la materia agricoltura ha sempre rappresentato un ambito storicamente assegnato alle Regioni. Ciò sembrerebbe riconfermato dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 12/2004 ove, incidentalmente, viene chiarito che la produzione di vegetali ed animali destinati all'alimentazione rappresenta "il nocciolo duro della materia agricoltura" che come tale, non essendo enumerata in alcun elenco è da ritenersi "di competenza legislativa affidata in via residuale alle Regioni e sottratta alla competenza legislativa statale".

In questo senso, è stato osservato come la materia costituirebbe "la più rappresentativa delle materie innominate di esclusiva competenza regionale, ossia di quelle materie che, dal punto di vista della specificità territoriale, sono legate strettamente alla realtà delle singole Regioni"⁽⁸²⁾. Tuttavia, sul piano strettamente funzionale, l'area dell'agricoltura può essere compresa da interventi legislativi statali sia "nei limiti in cui questi rispondano ad una delle materie di competenza esclusiva dello Stato fissate nello stesso art. 117 Cost.", sia nel caso di "materie ricadenti nella competenza concorrente dello Stato e delle Regioni"⁽⁸³⁾. Tale nuovo spazio attribuito alla potestà regolamentare regionale potrebbe contribuire a far crescere un nuovo rapporto tra istituzioni e territori, ovvero stimolare una differenziazione nei criteri di

⁽⁷⁹⁾ Cfr. Camera dei Deputati, Osservatorio sulla legislazione, *Rapporto 2004-2005 sullo stato della legislazione*, 2005, p.183 e ss.

⁽⁸⁰⁾ Tale ultima questione è avvalorata da quanto contenuto nella recente firma della politica agricola comune con il Regolamento (CE) n. 1782/2003 del Consiglio del 29 settembre 2003 che stabilisce norme comuni relative ai regimi di sostegno diretto nell'ambito della politica agricola comune e istituisce taluni regimi di sostegno a favore degli agricoltori e che modifica i regolamenti (CEE) n. 2019/93, (CE) n. 1452/2001, (CE) n. 1453/2001, (CE) n. 1454/2001, (CE) n. 1868/94, (CE) n. 1251/1999, (CE) n. 1254/1999, (CE) n. 1673/2000, (CEE) n. 2358/71 e (CE) n. 2529/2001 ed il Regolamento (CE) n. 1698/2005 del Consiglio sul sostegno allo sviluppo rurale da parte del Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale.

⁽⁸¹⁾ Così P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *Diritto regionale*, cit, p. 81.

⁽⁸²⁾ Così A. JANNARELLI, *Il diritto dell'agricoltura nell'era della globalizzazione*, Bari, 2003, p. 215.

⁽⁸³⁾ *Ibidem*.

disciplina della materia agricoltura “con altrettante differenti scelte normative” capaci di stimolare “la competizione tra sistemi territoriali locali, oltre che tra quelli giuridico istituzionali”⁽⁸⁴⁾. In questo senso può essere letta la riscontrata tendenza verso lo sviluppo di una legislazione regionale di regolazione e orientamento della produzione con lo scopo di incrementare e valorizzare anche la qualità dei prodotti alimentari⁽⁸⁵⁾.

Tuttavia, mentre l'appartenenza della materia agricoltura alla competenza regionale di tipo residuale sembra essere ampiamente riconosciuta⁽⁸⁶⁾, appaiono ancora alquanto incerti i confini con le competenze statali⁽⁸⁷⁾, nonché con quelle che sono state definite *materie-non materie*⁽⁸⁸⁾, ovvero quelle formule riferite non a settori materiali in senso stretto, ma piuttosto a valori costituzionali che unificano la legislazione dello Stato e delle Regioni⁽⁸⁹⁾. Infatti, questa riconosciuta competenza esclusiva regionale tende di fatto a sovrapporsi con altri livelli di competenze che incidono indirettamente con il governo della materia

⁽⁸⁴⁾ Cfr. F. ADORNATO, Politiche agricole comunitarie e nuovi profili giuridico-istituzionali, cit.

⁽⁸⁵⁾ V. Camera dei Deputati, Osservatorio sulla legislazione, *Rapporto 2004-2005 sullo stato della legislazione*, cit., p. 183.

⁽⁸⁶⁾ Si veda e.g. la già citata sentenza della Corte n. 12/2004 dove, intervenendo sulla disciplina sanzionatoria per l'impianto abusivo di vigneti, si afferma che la produzione di vegetali ed animali destinati all'alimentazione rappresenta “il nocciolo duro della materia agricoltura” e come tale “si tratta, dunque, di competenza legislativa affidata in via residuale alle Regioni e sottratta alla competenza legislativa statale”.

⁽⁸⁷⁾ È stato notato come vi siano in effetti “vari titoli di competenza esclusiva dello Stato o di tipo concorrente che affiancano, attraversano e comunque incidono sulla materia agricoltura”. Camera dei Deputati, Osservatorio sulla legislazione, *Rapporto 2004-2005 sullo stato della legislazione*, cit., p.186.

⁽⁸⁸⁾ Tale espressione si deve a A. D'ATENA, Materie legislative e tipologia delle competenze, in *Quad. cost.* 2003, p. 21.

⁽⁸⁹⁾ L'esempio più eloquente, ai fini della nostra indagine, è senz'altro rappresentato dalla tutela dell'ambiente (sentt. nn. 407/2002, 536/2002, 96/2003, 222/2003, 226/2003, 307/2003, 311/2003, 331/2003, 378/2003, 259/2004, 62/2005, 247/2006 etc.) anche se si tratta, di un fenomeno qualitativamente e quantitativamente rilevante, come dimostra l'ampia giurisprudenza costituzionale che ha riclassificato in questa categoria buona parte delle materie statali esclusive e concorrenti. In particolare, in riferimento alla tutela dell'ambiente, nella sent. n. 407/2002 la Corte precisa che non “tutti gli ambiti materiali specificati nel secondo comma dell'art 117 possono, in quanto tali, configurarsi come “materie” in senso stretto, poiché (...) si tratta più esattamente di competenze del legislatore statale idonee ad investire una pluralità di materie”. Sul punto F. BENELLI, *L'ambiente tra «smaterializzazione» della materia e sussidiarietà legislativa*, in *Le Regioni* 2004, p. 181; ID., *La “smaterializzazione” delle materie. Problemi teorici ed applicativi del nuovo titolo V della Costituzione*, Milano, 2007, p. 87 ss.

agricoltura⁽⁹⁰⁾. Così, per esempio, la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema è attribuibile alla competenza esclusiva statale⁽⁹¹⁾; l'alimentazione ricade nella competenza esclusiva concorrente intrecciandosi addirittura con competenze esclusive comunitarie⁽⁹²⁾. Lo stesso dicasi per il governo del territorio o, ancora, per la competenza esclusiva statale in materia di concorrenza, che limita, in grandissima parte, le competenze esclusive delle regioni, dato che la loro regolamentazione in materia agraria è spesso volta proprio ad erogazioni di sostegni ad imprenditori agricoli⁽⁹³⁾. In particolare, le interferenze con altre materie si complicano proprio per il fatto che la materia agricoltura risulta sempre più caratterizzata da una tendenziale espansione verso il diritto agro-alimentare e agro-ambientale.

Tali tensioni sembrano destinate a perdurare. Una conferma verrebbe dai numerosi ricorsi dello Stato alla Corte Costituzionale⁽⁹⁴⁾. In sostanza, per ritornare alla domanda iniziale, pur non dubitando che la giurisprudenza troverà il modo per colmare lacune e sovrapposizioni di poteri, l'impressione è che le competenze esclusive dello Stato tendano talvolta a marginalizzare le competenze residuali delle regioni. Anzi, la trasversalità della materia agricoltura fa sì che la disciplina conseguente sia il prodotto della composizione di interessi diversi, nazionali e locali, che segnano l'area di intervento a volte del legislatore statale e a volte di quello regionale⁽⁹⁵⁾. Sembra quindi doversi

⁽⁹⁰⁾ Sull'argomento si veda e.g. S. MASINI, *Agricoltura e regioni: appunti sulla riforma costituzionale*, Roma, 2002; A. GERMANÒ, *La «materia» agricoltura nel sistema definito dall'art. 117 Cost.*, in *Le Regioni* 2003, pp. 131-132.

⁽⁹¹⁾ V. F. BENELLI, *L'ambiente tra "materializzazione" della materia e sussidiarietà legislative*, cit., p. 176. È stato inoltre notato che i rapporti tra agricoltura e ambiente sono strettissimi poiché l'agricoltura, oltre ad essere di fatto immersa nell'ambiente, è da questo condizionata e condizionabile. Così L. COSTATO, *L'agricoltura secondo il nuovo art. 117 Cost.*, in A. GERMANÒ (a cura di), *Il governo dell'agricoltura nel nuovo Titolo V della Costituzione*, Milano, 2003, p. 139.

⁽⁹²⁾ Cfr. L. COSTATO, *L'agricoltura secondo il nuovo art. 117 Cost.*, op. cit., p. 139-140.

⁽⁹³⁾ L. COSTATO, *L'agricoltura secondo il nuovo art. 117 Cost.*, cit, p. 137.

⁽⁹⁴⁾ Camera dei Deputati, Osservatorio sulla legislazione, *Rapporto 2004-2005 sullo stato della legislazione*, op. cit., p. 187-188. Anche se il riparto per materia è rimasto il criterio principale per la distribuzione delle competenze, il revisore costituzionale sembra averlo affiancato con un meccanismo dinamico basato sul perseguimento degli interessi. Sul punto si veda diffusamente F. BENELLI, *La "smaterializzazione" delle materie. Problemi teorici ed applicativi del nuovo titolo V della Costituzione*, cit. In tema di superamento dei limiti all'operato delle Regioni si vedano e.g. le pronunce della Corte n. 282/2002 e n. 407/2002 dove, per prime, si possono rinvenire alcune indicazioni sull'interpretazione del nuovo dettato costituzionale.

⁽⁹⁵⁾ S. CARMIGNANI, op. cit., p. 591.

ammettere che un vero regionalismo sarà possibile quando “più che promettere devoluzioni di materie e competenze dal centro alla periferia, solo in parte concretamente realizzabili, si riuscirà a portare la periferia nel centro”⁽⁹⁶⁾. Pertanto, in tale nuovo regionalismo a geografia variabile⁽⁹⁷⁾ e a materie de-materializzate⁽⁹⁸⁾, mentre alle Regioni viene senz’altro attribuita una posizione di attore principale essendo chiamate a sopportare quasi tutto il peso dei nuovi strumenti giuridici, l’agricoltura diviene anch’essa sul piano oggettivo un attore senza nome. In altre parole siano al cospetto di una *non materia* nel senso che, pur non essendo materia in senso tecnico, costituisce titolo legittimante per l’esercizio del potere legislativo, almeno fino a quando o gli statuti regionali o la giurisprudenza “non interverranno a precisarne” con esattezza “i lineamenti ed a offrire una aggiornata riflessione logica ed ermeneutica con l’obiettivo di rimuovere le incertezze nei punti di contrasto con altre materie”⁽⁹⁹⁾.

7. Conclusioni

Abbiamo avuto modo di osservare come le sorti del governo dell’agricoltura siano, sotto diversi punti di vista, ormai intrinsecamente connesse a quelle più ampie dei territori in cui il settore è dinamicamente legato. Da tali riflessioni siamo passati all’osservazione di come tale processo sia direttamente connesso a quanto ormai avviene in campo economico, sociale e giuridico, nel contesto del fenomeno che viene designato con il termine globalizzazione, ovvero “l’aumento delle interdipendenze tra sistemi economici e sociali di Paesi diversi”⁽¹⁰⁰⁾. I fenomeni di globalizzazione, infatti, fanno risaltare la centralità dei sistemi territoriali che, a loro volta, esprimono una connotazione unitaria e coesa proprio del settore agricolo⁽¹⁰¹⁾.

⁽⁹⁶⁾ A. RUGGERI, *Neoregionalismo e tecniche di regolazione dei diritti sociali*, in *Dir. Soc.*, n. 2/2000, p. 217.

⁽⁹⁷⁾ Così S. CARMIGNANI, *op. cit.*, p. 594. L’A. osserva in particolare come la competenza regionale in agricoltura sia “competenza destinata a non essere monade isalata, ma ad esplicarsi in un sistema nomrativa policentrico nel quale Stato e Regioni, ciascuno secondo i propri titoli di legittimazione, concorrono a disegnare il mosaico della disciplina”.

⁽⁹⁸⁾ Cfr. F. BENELLI, *La “smaterializzazione” delle materie*, cit.

⁽⁹⁹⁾ Così S. MASINI, *Agricoltura e regioni: appunti sulla riforma costituzionale*, cit., p. 106.

⁽¹⁰⁰⁾ Istituto Nazionale di Economia Agraria, *Rapporto sullo stato dell’agricoltura*, 2003.

⁽¹⁰¹⁾ Così, F. ADORNATO, *La difficile transizione della (materia) agricoltura*, in *Dir. Giur. Agr. Amb.*, 2002, p. 484;

Da questo processo, per certi versi unificante e per certi altri disgregante, “non è rimasta esclusa l’agricoltura che, negli ultimi venti anni, è passata da una dimensione quasi esclusivamente settoriale, con politiche ed obiettivi propri, ad una dimensione globale, dove le politiche di settore hanno assunto un ruolo chiaramente e necessariamente subordinato rispetto alle politiche economiche generali”⁽¹⁰²⁾.

La prospettiva del governo dell’agricoltura, osservata nello specchio della globalizzazione, costituisce un punto di osservazione privilegiato per percepire il grado di problematicità posseduto dalle riforme istituzionali e dalle trasformazioni sul piano politico, socioculturale ed economico nelle nazioni tecnologicamente avanzate. In quest’ottica abbiamo potuto osservare come la specificità locale sia stata utilizzata per acquisire vantaggi in diverse tipologie di concorrenza globale⁽¹⁰³⁾ e come alla tendenziale uniformità imposta dall’apertura dei mercati si opponga un processo opposto che incoraggia la valorizzazione delle differenze.

Sono inoltre emersi punti di criticità circa l’effettiva capacità di rispondere ai processi di riorganizzazione territoriale dello stato, ovvero di controllare l’efficienza del sistema di articolazione di poteri delocalizzato anche quando tali poteri siano eventualmente esercitati o esercitabili a livelli più vicini al *demos*.

Infine, abbiamo tentato di delineare come, nel contesto internazionale, l’incremento di diversi organi giurisdizionali unito all’aumento delle competenze di istituzioni sovranazionali, come quelle attribuite all’OMC, sia un segno tangibile dei profondi cambiamenti in atto, cambiamenti così profondi da mettere in crisi persino lo stesso concetto di sovranità. Così, mentre l’OMC e le sue regole conquistano sempre più il centro della scena, le strutture burocratiche e l’atteggiamento dei governi nazionali si stanno sempre più internazionalizzando.

Proprio alla luce di tali differenti processi, emerge la consapevolezza di come il nuovo mercato globalizzato, che non tollera incertezze e limitazioni territoriali, abbisogni di regole trasparenti ed omogenee per il suo funzionamento. In certe circostanze, per venire incontro alle diverse culture e sensibilità, il mercato può trovare dei validi alleati proprio nelle istituzioni locali che meglio possono riuscire a disciplinare i rapporti economici ed i soggetti che vi operano⁽¹⁰⁴⁾.

⁽¹⁰²⁾ S. VIERI, *Politica agraria comunitaria, nazionale, regionale*, Bologna, 2001.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. E. RULLANI, *La fabbrica dell’immateriale: produrre valore con la conoscenza*, Roma, 2005, p. 198.

⁽¹⁰⁴⁾ Cfr. A. IRACE, *Agricoltura e artigianato nella riforma del titolo V*, in L. AMMANNATI, T. GROPPPI, *La potestà legislativa tra Stato e Regioni*, Milano, 2003, p. 141.

ABSTRACT

In recent decades, the establishment of multilateral trade agreements and other supranational regulatory regimes has influenced economic and institutional developments. In particular, this new regulatory framework have altered conventional notion of the sovereignty of the nation-state. At the same time, one of the consequences of this globalization process is the growing importance of locality as opposed to territoriality in general. In this article we try to examine the dual process of globalization and state restructuring using the regionalized agricultural sector as a model able to provide evidence that supports this re-shaping theory.

Negli ultimi decenni, la creazione di accordi commerciali internazionali e ad altri regimi di regolamentazione sovranazionale hanno profondamente influenzato lo sviluppo economico ed istituzionale. In particolare, tale nuovo assetto normativo ha modificato il tradizionale concetto di sovranità dello Stato-nazione. Allo stesso tempo, una delle conseguenze di questo processo di globalizzazione è la crescente importanza dei localismi in contrapposizione alla territorialità in generale. In questo articolo cerchiamo di esaminare il duplice processo di globalizzazione e di ristrutturazione dello Stato utilizzando come paradigma il settore agricolo in quanto modello in grado di fornire esempi che supportano questa sorta di ridefinizione istituzionale.

DANIELE RUGGIU

LA TEORIA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DI LUIGI FERRAJOLI

1. *Carattere neutrale, avalutativo e formale di una teoria formalizzata dei diritti.*

Quella di Luigi Ferrajoli intorno ai diritti fondamentali rappresenta il cuore di un'elaborazione teorica che ha assunto in questi ultimi anni i contorni di una complessità e articolazione con pochi precedenti nella filosofia del diritto. Tratto caratteristico di questa elaborazione consiste nell'individuare «le strutture formali degli ordinamenti giuridici indipendentemente dai valori che li informano»⁽¹⁾ e nel riportare il neocostituzionalismo entro l'orizzonte culturale del positivismo giuridico, dando così vita, intorno alla democrazia costituzionale, ad un quadro teorico scevro dalle contaminazioni giusnaturaliste, o, come l'ha chiamato lo stesso Ferrajoli, al "giuscostituzionalismo". In esso i diritti fondamentali non rappresentano soltanto i paradigmi costitutivi del diritto, che una teoria descrittiva è in grado di cogliere, ma anche i presupposti normativi per una sua completa ricostruzione. Metodo assiomatizzato, descrizione e prescrizione sono dunque i tre assi cardinali di questa teoria.

Scopo dichiarato della "teoria dei diritti fondamentali" è elaborare una solida riflessione sui diritti umani perché fondata su una rigorosa formalizzazione teorica del concetto di "diritto fondamentale", su una formalizzazione, cioè, che possa dirsi rigorosa in quanto *neutrale, avalutativa* e concentrata unicamente sulla sola struttura formale del proprio oggetto, e quindi *formale* a tutti gli effetti. Il modello di razionalità da cui prende le mosse per costruire l'universalità dei diritti umani è offerto, infatti, dalla logica ed è esplicitamente diretto a interrompere il rapporto di contingenza che viene dalla storicità.

⁽¹⁾ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. 1, Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 3.

Si possono distinguere diversi piani del discorso sui diritti fondamentali a seconda delle differenti questioni che s'intende affrontare. La scienza giuridica positiva che si occupa di quali siano i diritti fondamentali dal punto di vista empirico. La filosofia politica o della giustizia che si occupa di quali diritti devono essere, cioè, di formulare una dottrina normativa intorno a quali valori etico-politici debbano essere tutelati come diritti fondamentali. La teoria del diritto, appunto, che serve a formulare i concetti idonei a denotare e ad esplicitare le forme e le strutture del diritto positivo. Infine, vi sono la sociologia del diritto e la storiografia del diritto che si occupano di quali diritti siano stati positivamente accolti in un dato ordinamento, di quali ragioni li sostengano, di quali processi abbiano consentito loro di affermarsi e, soprattutto, di quale grado di effettività abbiano.

La "teoria dei diritti fondamentali" intende, dunque, fornire una definizione del concetto di "diritto fondamentale" che sia *stipulativa* e, come tale, né vera né falsa, ma solo più o meno utile dal punto di vista teorico, indipendentemente sia dai diritti fondamentali, sia dagli ordinamenti considerati⁽²⁾. È, poi, *formale*, cioè, idonea ad identificare le caratteristiche strutturali dei diritti fondamentali, indipendentemente dai loro argomenti, ovvero dai loro contenuti. In questo senso, la "teoria dei diritti fondamentali" andrebbe ascritta *in toto* al piano della teoria del diritto quale sistema di concetti. Ma, appunto, solo sapendo cosa s'intende con il concetto "diritti fondamentali" si potrà, poi, riconoscere quali sono i diritti fondamentali stabiliti in ciascun ordinamento; proporre i criteri assiologici in base a cui giustificare quali dovrebbero esserlo o non esserlo; riconoscere i processi storici e culturali attraverso cui taluni di essi sono stati teorizzati, rivendicati e poi sanzionati nei diversi ordinamenti positivi; indagarne le condizioni ed il grado di effettiva tutela e progettare le politiche e le tecniche di garanzia più idonee a realizzarli⁽³⁾. Insomma, questo modello di teoria del diritto denota fin dall'inizio una propensione e un'ambizione che vanno ben oltre gli angusti confini teorici di partenza.

2. La definizione di "diritto fondamentale".

Ferrajoli ci fornisce la seguente definizione di "diritti fondamentali": sono diritti fondamentali tutti quei diritti soggettivi che spettano universalmente a "tutti" gli esseri umani in quanto dotati dello status di persone, e/

⁽²⁾ L. FERRAJOLI, *I fondamenti dei diritti fondamentali*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, Laterza, Roma-Bari, 2001, p. 281.

⁽³⁾ Ivi, p. 282.

o di cittadini e/o di capaci di agire⁽⁴⁾. Laddove per diritto soggettivo bisogna intendere ogni aspettativa positiva (a prestazioni) o negativa (a non lesioni) ascritta ad un soggetto, che sia prevista da una norma giuridica positiva quale presupposto della sua idoneità ad essere titolare di situazioni giuridiche e/o autore di atti che ne sono l'esercizio. Adottando una formalizzazione logica, strutturalmente una norma che ascrive un diritto fondamentale può essere così esemplificata: (x) (Se Sx, allora Dx)⁽⁵⁾. Dove S sta per status e D per il diritto corrispondente. Quindi, la nostra norma attributiva di un diritto dovrà essere letta: per ogni x, se x è dotato dello status di "persona" e/o "cittadino" e/o "capace di agire", allora x è titolare del diritto D. Questa articolazione logica rappresenta la struttura che caratterizza ogni diritto fondamentale.

Si tratta, dunque, di una definizione a tutti gli effetti *teorica*. In questo senso, una teoria formalizzata sarà altrettanto formale dei termini che compaiono nel suo *definiens* come "diritto soggettivo", "universale", "persona", "cittadino", "capace d'agire". Si tratta, infatti, di concetti teorici, al pari di altri concetti come quelli di "norma", "sanzione", "validità", "atto giuridico" ecc., costruiti sulla base di definizioni convenzionali, per i quali non avrebbe senso ricercarne il significato negli usi che ne fa il legislatore, e per questo motivo ben diversi dai concetti dogmatici che sono definizioni lessicali vincolate agli usi propri di un singolo ordinamento⁽⁶⁾. Ecco perché questa teoria può dirsi una teoria formalizzata valida a prescindere tanto da un concreto ordinamento quanto dai suoi contenuti, a prescindere, cioè, dalla storicità.

Si tratta, poi, di una definizione *formale* o *strutturale* in quanto prescinde dalla natura degli interessi e dei bisogni tutelati come fondamentali. Essa si basa esclusivamente sul «carattere universale dell'imputazione di tali diritti: inteso "universale" nel senso logico e avalutativo [...] della quantificazione universale della classe, comunque determinata, dei soggetti che ne sono

(4) L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. 1, cit., p. 726 e 728; cfr. anche L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 5.

(5) Si tratta di una formalizzazione logica suggerita, a suo tempo, da R. GUASTINI, *Tre problemi di definizione*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 46. La formalizzazione ora adottata in L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. 1, cit., p. 727 appare un po' più complessa di quella qui seguita in quanto dà ragione della distinzione tra persone naturali e persone giuridiche (che non sono titolari di diritti fondamentali) e delle due diverse titolarità dei diritti potestativi che possono essere riconosciuti alle persone naturali in quanto capaci d'agire o ai cittadini in quanto capaci d'agire. Qui per ragioni di spazio e per esigenze esplicative si è inteso seguire un tipo di formalizzazione logica il più possibile semplificata sul modello di quella suggerita da Guastini.

(6) Cfr. L. FERRAJOLI, *I diritti fondamentali nella teoria del diritto*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., pp. 124-125.

titolari»⁽⁷⁾. Di fatto, ci dice Ferrajoli, sono tutelati come universali, e quindi fondamentali, la libertà personale, la libertà di pensiero ecc.⁽⁸⁾, ma «ove tali diritti fossero alienabili e quindi virtualmente non universali, come avverrebbe ad esempio in una società schiavista o interamente mercantile, essi non sarebbero universali né quindi fondamentali»⁽⁹⁾. D'altro canto, se, invece, si decidesse di riconoscere come fondamentale un diritto assolutamente futile, come il diritto di fumare o il diritto ad essere salutati per strada, esso sarebbe, legittimamente, un diritto fondamentale. Tant'è che negli Stati Uniti d'America il diritto di portare armi è riconosciuto nel II emendamento ed è quindi a pieno titolo un diritto fondamentale. Il carattere formale di questa definizione permette di mantenere valido il concetto di diritto fondamentale qualunque sia l'ordinamento considerato. «In questo senso, almeno in Occidente, diritti fondamentali sono sempre esistiti, fin dal diritto romano, pur se per la maggior parte limitati a classi assai ristrette di soggetti»⁽¹⁰⁾. Le tre identità di "persona", "cittadino" e "capace d'agire" pur nella infinita varietà delle discriminazioni di sesso, di etnia, di religione, di censo, di classe, di istruzione e di nazionalità, con cui sono state di volta in volta definite, hanno sempre rappresentato i parametri dell'inclusione e dell'esclusione degli esseri umani dalla titolarità dei diritti⁽¹¹⁾. Così, è potuto accadere che nell'antichità si sia negata la stessa identità di persona agli schiavi, concepiti come cose, o si sia negata la capacità di agire o la cittadinanza alle donne, agli eretici, agli apostati, agli ebrei⁽¹²⁾. Per questa semplice ragione è possibile, allora, definire un ordinamento totalitario proprio per la mancanza di diritti fondamentali. Ciò che è sostanzialmente cambiato nel diritto non sono i criteri della personalità, cittadinanza, capacità d'agire, ma unicamente il loro significato dato dalla loro maggiore o minore estensione.

Non solo. Il carattere formale di questa definizione permette di non legare i diritti fondamentali dalla previsione o meno in un testo costituzionale. Questo consente di comprendere nella nostra definizione anche gli ordinamenti di *common law*. Infatti, in Inghilterra, dove non esiste una costituzione, i diritti fondamentali vengono fatti risalire alla *Magna Charta* del 1215 e al *Bill of Rights* del 1689, che hanno però il rango di leggi ordinarie⁽¹³⁾. In altre

⁽⁷⁾ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. 1, cit., p. 728.

⁽⁸⁾ Ivi, p. 730.

⁽⁹⁾ L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 6.

⁽¹⁰⁾ Ivi, pp. 8-9.

⁽¹¹⁾ Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. 1, cit., p. 736.

⁽¹²⁾ *Ibidem*.

⁽¹³⁾ L. FERRAJOLI, *I fondamenti dei diritti fondamentali*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 303.

parole, i diritti fondamentali individuano una categoria formale in grado di valere al di là dei limiti di tempo (si può parlare di diritti fondamentali anche nell'antica Roma) e di spazio (si può parlare di diritti fondamentali anche in un ordinamento a noi contemporaneo ma privo di costituzione). Riprendendo, infatti, la tesi bobbiana della "lotta per i diritti", Ferrajoli ricorda come i diritti siano l'esito di tutta una serie di rotture istituzionali che vanno dalle grandi rivoluzioni americana e francese, ai moti ottocenteschi per gli statuti, alle lotte operaie, femministe, pacifiste ed ecologiste del Novecento⁽¹⁴⁾. Insomma, la storia dei diritti appare la fedele immagine di una categoria in grado di coprire un arco temporale di svariati secoli. Si tratta di una categoria metastorica che in questa sua capacità di attraversare immutata tutte le epoche, tutte le ere, risulta assai vicina a quella di diritti naturali.

Il ricorso ad un tipo di definizione che faccia leva sul concetto logico di universale, inteso in senso analitico come quantificatore universale, permette alcuni vantaggi. Innanzitutto, rompere i ponti con la storicità; cioè, consente di prescindere totalmente dalle circostanze di fatto, per cui essa è valida per qualunque ordinamento, nazionale o internazionale, indipendentemente dai diritti fondamentali in esso riconosciuti, compresi, come abbiamo visto, gli ordinamenti totalitari o premoderni. Facendo leva su una forma di razionalità astratta è in grado di non subire né limiti di tempo, né limiti di spazio. Inoltre, astraendo dagli argomenti dei diritti fondamentali, dai loro contenuti, le permette di prescindere dai valori e dalle esigenze da essi tutelate, e, quindi, di definirsi come ideologicamente neutrale. È in grado di valere, allora, qualunque sia la filosofia seguita, giusnaturalistica, liberale o socialista, democratica o antidemocratica, che sia. Persino anche nel caso di una teoria illiberale essa non perderebbe la propria validità. Si tratta, da questo punto di vista, di un modello per definizione universale.

3. *Le quattro tesi della teoria della democrazia costituzionale.*

Il carattere formale di questa definizione permette subito un importante risultato: è infatti già «sufficiente a identificare nei diritti fondamentali la base dell'uguaglianza giuridica»⁽¹⁵⁾. Grazie, infatti, all'uguaglianza giuridica, l'universalità espressa dal quantificatore universale dei tipi di soggetto che possono divenire parimenti titolari di tali diritti assume carattere strutturale, il che comporta il carattere aggiuntivo dell'inalienabilità e dell'indisponibilità

⁽¹⁴⁾ L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 22.

⁽¹⁵⁾ Ivi, p. 6. L'uguaglianza giuridica viene così ridefinita alla luce della forma universale dei diritti fondamentali come la titolarità in capo alle persone naturali dei medesimi diritti universali. Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. 1, cit., p. 787.

degli interessi sostanziali tutelati dai diritti fondamentali. I diritti fondamentali, infatti, «se sono di “tutti” (i membri di una data classe di soggetti), [...] non sono alienabili o negoziabili ma corrispondono, per così dire, a prerogative non contingenti e inalterabili dei loro titolari»⁽¹⁶⁾. A partire da questo primo presupposto assiologico è possibile affrontare tutta una serie di questioni cruciali per i diritti fondamentali.

Permette, cioè, «di fondare quattro tesi, tutte [...] essenziali ad una teoria della democrazia costituzionale»⁽¹⁷⁾. 1) La strutturale differenza tra diritti fondamentali e diritti patrimoniali. 2) L'emergere di una “dimensione sostanziale della democrazia” contrapposta alla democrazia formale. 3) Il carattere contingente e superabile della cittadinanza. 4) Infine, la tesi forse più importante, e, cioè, che laddove ai diritti non segua la predisposizione legislativa delle loro garanzie debba parlarsi non della loro inesistenza, ma di un’“indebita lacuna” che deve essere colmata.

4. *Diritti fondamentali vs. diritti patrimoniali.*

Prima tesi. Saldandosi ad una autorevole tradizione critica nei confronti dell'istituto proprietario, Ferrajoli intende ora rilanciarla su salde basi teoriche⁽¹⁸⁾. John Locke, ad esempio, riteneva che fosse fine di ogni associazione umana difendere i diritti naturali e imprescrittibili dell'uomo, cioè, la libertà, la proprietà e la resistenza all'oppressione, incidendo, poi, sulla stessa definizione dell'articolo 2 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino dell'89, che riconosceva gli stessi diritti lockiani, e sull'articolo 17,

⁽¹⁶⁾ L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 7. Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. 1, cit., p. 730.

⁽¹⁷⁾ L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 9. Successivamente Ferrajoli ritornerà sull'idea di questa “fondazione” delle quattro tesi. L. FERRAJOLI, *I diritti fondamentali nella teoria del diritto*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., pp. 130-131: «Quel “fondare” è indubbiamente un'espressione troppo forte, dato che può far pesare ad un qualche nesso logico tra la mia definizione e una teoria politica normativa della democrazia costituzionale, mentre a rigore una tesi può fondare, logicamente, soltanto se stessa. In realtà ... quella definizione è in grado di fondare solo le quattro tesi, anch'esse di teoria del diritto, che ho elencato».

⁽¹⁸⁾ Si tratta di un filone critico che risale al '700 e all'illuminismo e alla reazione alla Rivoluzione francese. Rousseau riconosceva che la proprietà era origine della disuguaglianza tra gli uomini. Famosa è l'affermazione perentoria di Proudhon secondo cui la proprietà è un furto. Marx, che pure non aveva mai sostenuto l'abolizione dell'istituto, aveva criticato fortemente la proprietà privata dei mezzi di produzione perché generava una illimitata capacità di possedere, illimitata perché non più proporzionata alla limitata capacità di consumo. Ferrajoli ritiene che questa critica possa essere fondata su basi strutturali. Tradizionalmente libertà e proprietà sono sempre state confuse benché radicalmente eterogenee.

che affermava il carattere “sacro e inviolabile” della proprietà. Questa commistione di diritti radicalmente eterogenei come libertà e proprietà è dovuta ad una giustapposizione di teorie giusnaturalistiche e tradizione civilistica romana che il liberalismo ha contribuito a compiere. Alla sua base vi sarebbe un’ambiguità dovuta essenzialmente al carattere polisenso del diritto di proprietà che indica ad un tempo tanto il diritto di divenire proprietario e il diritto di disporre, che ha carattere universale, quanto il diritto reale sul singolo bene che ha, invece, carattere esclusivo ed è quindi singolare⁽¹⁹⁾. Di qui un equivoco teorico, perché la proprietà e, in generale, tutti i diritti patrimoniali denotano quattro differenze strutturali rispetto ai diritti fondamentali che impediscono di annoverarli tra di essi.

Mentre i diritti fondamentali, infatti, sono universali (*omnium*), nel senso logico della quantificazione universale della classe dei soggetti che ne sono titolari, i diritti patrimoniali sono singolari (*singuli*), nel senso logico che per ciascuno di essi esiste solo *un* titolare o più titolari (come nella comproprietà), con esclusione di tutti gli altri. Sono *excludendi alios* e, quindi, riprendendo una terminologia civilistica, esclusivi. Il che significa che i primi sono riconosciuti in egual misura e forma, i secondi appartengono a ciascuno in maniera diversa sia per qualità che per quantità. Sono, cioè, alla base della disuguaglianza giuridica⁽²⁰⁾.

La seconda differenza è che i diritti patrimoniali sono disponibili, mentre i diritti fondamentali sono indisponibili per definizione. E qui possiamo distinguere un’*indisponibilità attiva*, in forza della quale questi non sono alienabili dal loro titolare (io non posso vendere la mia libertà personale o il mio diritto di voto, né la mia autonomia contrattuale). Mentre vi è, poi, un’*indisponibilità passiva*, in forza della quale questi non sono espropriabili da altri soggetti e, innanzitutto, dallo Stato. I diritti patrimoniali, invece, sono singolari in quanto possono essere oggetto di scambio nella sfera del mercato, oltre che di espropriazione per pubblica utilità.

Terza differenza legata alla precedente: mentre i diritti fondamentali sono immediatamente disposti dalle norme che li prevedono e si identificano con esse, i diritti patrimoniali possono essere costituiti, modificati ed estinti in forza di norme che attribuiscono determinati effetti a particolari atti di disposizione. Il primo tipo di norme sono *norme tetiche* che dispongono immediatamente le situazioni in esse previste, come l’articolo 21 della Costituzione che, appunto, istituisce la libertà di pensiero senza bisogno di alcun atto perfezionativo. Il secondo tipo, invece, sono *norme ipotetiche* che predispongono situazioni giuridiche quali effetti degli atti da esse previsti

⁽¹⁹⁾ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, 1, cit., pp. 759 ss.; cfr. anche L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 13.

⁽²⁰⁾ Ivi, p. 14.

come le norme del codice civile che predispongono diritti patrimoniali, o quelle che predispongono obbligazioni civili quali effetti di atti negoziali o contrattuali. Le norme ipotetiche, dunque, esprimono, riprendendo una terminologia kelseniana, la dimensione nomodinamica dell'ordinamento, le norme tetiche, invece, la dimensione nomostatica.

L'ultima differenza è che i diritti fondamentali esprimono una tensione verticale di tipo pubblicistico, un rapporto verticale dell'individuo nei confronti (anche) dello Stato, i diritti patrimoniali esprimono, invece, una relazione orizzontale di tipo civilistico (contrattuale, successorio e simili) del titolare con altri soggetti. Di qui anche, nel primo caso, derivano tutta una serie di divieti e obblighi a carico dello Stato la cui violazione è causa di invalidità delle leggi e degli altri atti pubblici, nel secondo, corrisponde o un generico divieto di non lesione, quando si tratta di diritti reali, o un'obbligazione debitoria, quando si tratta di diritti personali o di credito.

5. *La dimensione sostanziale della democrazia costituzionale.*

La seconda tesi che deriva dalla definizione di "diritto fondamentale" è l'affermazione del carattere "sostanziale" della democrazia⁽²¹⁾. In altri termini, è lo stesso paradigma della democrazia che deve ora essere conseguentemente riformulato. I diritti fondamentali non rappresentano, quindi, una autolimitazione sempre revocabile del sovrano, ma un sistema di vincoli e di limiti ad esso sovraordinato. Essi sono entrati nel panorama delle nostre democrazie come un vincolo contenutistico nei confronti della stessa maggioranza. Questo comporta un superamento dell'idea tradizionale che fa coincidere la democrazia con un insieme di regole e di procedure in grado di assicurare l'onnipotenza della maggioranza. Da questo punto di vista, se le regole sulla rappresentanza e sulla maggioranza segnano i confini di ciò che è *decidibile*, i diritti fondamentali aprono nel cuore della maggioranza la *sfera dell'indecidibile*⁽²²⁾. Il che comporta una conseguenza teorica, cioè, la dissociazione tra mero vigore e validità delle leggi, nel senso che una legge può ben essere in vigore, ma non essere valida perché incostituzionale⁽²³⁾.

(21) Ferrajoli intende riabilitare, così, l'idea di "democrazia sostanziale", che può essere fatta risalire a Joseph Schumpeter, e caduta in disgrazia in seguito ai molteplici usi ideologici che se ne è fatta. Si tratta di una riabilitazione che vuole avere un taglio dichiaratamente provocatorio.

(22) L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, 1, cit., p. 822; L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., pp. 19-20.

(23) Sulla divaricazione tra validità e vigore cfr. L. GIANFORMAGGIO, *Diritto e ragione tra essere e dover essere*, in L. GIANFORMAGGIO (a cura di), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli, Giapichelli*, Torino, 1993, pp. 25 ss.

Il costituzionalismo affermatosi nel XX secolo ha fatto emergere, allora, l'urgenza di una trasformazione del "paleopositivismo" incentrato sul *principio di legalità formale*, e di una piena assunzione del *principio di legalità sostanziale*. Il *principio di legalità formale* o, se si vuole, il principio di mera legalità, afferma che una norma giuridica esiste ed è valida, indipendentemente dal suo contenuto, in virtù delle sole norme di produzione. Ora questo non basta più. Avendo il diritto positivo incorporato gran parte dei contenuti e dei valori del giusnaturalismo razionalistico (principio di uguaglianza, il valore della persona umana, i diritti civili e politici ecc.) si può dire affermato anche il *principio di legalità sostanziale*, cioè, la sottomissione della legge non più soltanto a vincoli formali, ma anche a criteri di tipo sostanziale⁽²⁴⁾. «Il divario tra essere e dover essere *del* diritto espresso dalla vecchia dicotomia legge positiva/legge naturale, si è infatti in buona parte tramutato in un divario tra essere e dover essere *nel* diritto»⁽²⁵⁾.

Da questo punto di vista, dovremo mutare tanto la nostra idea della cultura giuridica, quanto ruolo e funzione della giurisdizione. La scienza giuridica, infatti, non può più essere mera descrizione del diritto positivo, ma dovrà divenire anche critica e progettazione del diritto positivo⁽²⁶⁾. Abbandonato il dogma dell'apoliticità e dell'avalutatività del proprio approccio scientifico che viene a trattare come un fatto naturale ciò che naturale non è ma pienamente artificiale, il diritto positivo, la cultura giuridica e politologica di giuristi e filosofi dovrebbe ora assumere *in toto* il proprio ruolo politico. Ma anche la stessa attività giurisdizionale non può più rimanere la stessa. «La giurisdizione non è più semplice soggezione del giudice alla legge, ma è anche analisi critica del suo significato onde controllarne la legittimità costituzionale»⁽²⁷⁾. Si infrange, cioè, lo stesso dogma giuspositivistico e insieme democratico dell'onnipotenza del legislatore e della sovranità del parlamento con la subordinazione del potere legislativo della maggioranza alla legge costituzionale e ai diritti fondamentali⁽²⁸⁾. Una volta abbandonata

⁽²⁴⁾ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1998, pp. 349-350.

⁽²⁵⁾ Ivi, p. 351. Cfr. L. GIANFORMAGGIO, *Diritto e ragione tra essere e dover essere*, in L. GIANFORMAGGIO (a cura di), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, cit., pp. 27 ss.

⁽²⁶⁾ L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica italiana nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999, p. 74. Su cui cfr. L. GIANFORMAGGIO, *Diritto e ragione tra essere e dover essere*, in L. GIANFORMAGGIO (a cura di), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, cit., pp. 34 ss.

⁽²⁷⁾ L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 36.

⁽²⁸⁾ L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, Laterza, Roma-Bari, 1997, p. 34.

la concezione ideologica dell'applicazione giudiziale improntata alla stretta avalutatività suggerita da una "cattiva teoria delle fonti", non si può non riconoscere la lezione kelseniana «e della filosofia analitica sul carattere inevitabilmente discrezionale delle scelte interpretative e quindi delle opzioni etico-politiche da esse richieste»⁽²⁹⁾. Da questo punto di vista, solo un'opzione garantista a favore del costituzionalismo che richiami i principi costituzionali è in grado reinterpretare il nuovo ruolo che la giurisdizione deve assumere con l'avvento dei diritti fondamentali.

6. *Il superamento della cittadinanza.*

La terza tesi ci riporta nel pieno del fenomeno d'internazionalizzazione dei diritti, ricavando dalla struttura logica dei diritti la loro vocazione universalista. Infatti, dopo la nascita dell'Onu e il fiorire di carte e convenzioni aventi ad oggetto i diritti dell'uomo, i diritti fondamentali non sono più una figura interna alle nostre democrazie, ma «sono diritti sovrastatali cui gli Stati sono vincolati e subordinati anche al livello del diritto internazionale; non più diritti del cittadino, ma diritti delle persone indipendentemente dalle loro diverse cittadinanze»⁽³⁰⁾. Ma si tratta di un processo ancora incompleto in quanto, sulla base della teoria di Marshall, l'intero catalogo dei diritti fondamentali è stato sostanzialmente appiattito sulla cittadinanza⁽³¹⁾. «Oggi la "cittadinanza" e la "capacità d'agire" sono rimaste le uniche differenze di status che ancora delimitano l'uguaglianza nei diritti degli esseri umani, riconosciuti tutti come "persone"»⁽³²⁾.

La cittadinanza, infatti, non è un semplice *status* soggettivo al pari della personalità, ma il presupposto per il godimento di tutti i diritti fondamentali, a partire dai diritti civili, che spettano di solito, a dispetto del nome, alle persone, sino ai diritti sociali. La cittadinanza viene, così, a sostituire l'uguaglianza. Il fatto è che quando si è deciso di prendere sul serio i diritti fondamentali, ne è stata negata l'universalità, ignorando che «quasi tutti, eccettuati i diritti politici e taluni diritti sociali, sono attribuiti dal diritto positivo – sia statale sia internazionale – non già ai soli cittadini ma a tutte le persone»⁽³³⁾. Va detto, invece, che «di fronte alla parallela crisi dello

⁽²⁹⁾ L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica italiana nell'Italia del Novecento*, cit., p. 74.

⁽³⁰⁾ L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., pp. 22-23.

⁽³¹⁾ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. 2, cit., pp. 587 ss.

⁽³²⁾ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. 1, cit., p. 731.

⁽³³⁾ L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 23.

Stato nazionale e della sovranità, cui la cittadinanza è connessa, sembra oggi ancor meno legittimo declinare i diritti fondamentali in termini statalistici»⁽³⁴⁾.

A fronte di questi repentini cambiamenti nelle nostre società economicamente e giuridicamente avanzate impressi dalla globalizzazione e dai flussi migratori, la cittadinanza appare come l'ultimo baluardo di privilegi che proclamiamo per noi e neghiamo agli altri⁽³⁵⁾. Invece, la credibilità dei diritti fondamentali nelle nostre democrazie è strettamente «legata al loro proclamato universalismo»⁽³⁶⁾. Si tratta di diritti che sono sempre stati universali solo a parole: «se normativamente, fin dalla Dichiarazione francese del 1789, sono sempre stati diritti della persona, di fatto sono sempre stati diritti del cittadino»⁽³⁷⁾ e questo perché, per tutto l'Ottocento fino alla Dichiarazione universale del '48, e alla riflessione di Marshall, la distinzione tra "persona" e "cittadino" non faceva problema. Allora non c'era ancora la minaccia migratoria. Ma adesso questa distinzione non è più possibile. Di qui la necessità del superamento della cittadinanza quale status privilegiato, o sopprimendola *tout court*, o istituendo la cittadinanza universale⁽³⁸⁾, cioè «in entrambi i casi, superando la dicotomia diritti dell'"uomo"/diritti del "cittadino" e riconoscendo a tutti gli uomini e donne del mondo, in quanto semplicemente persone, i medesimi diritti fondamentali»⁽³⁹⁾. Da questo punto di vista, anche il diritto d'asilo non rappresenta altro che l'altra faccia della cittadinanza e della sovranità. Tradizionalmente riservato ai soli rifugiati per persecuzioni politiche, razziali o religiose, ora, dovrebbe essere riconosciuto anche ai rifugiati per lesioni al diritto di sussistenza. Lo stesso *ius migrandi*, il «più antico dei diritti naturali, enunciato alle origini della civiltà giuridica moderna dal teologo spagnolo Francisco de Vitoria»⁽⁴⁰⁾, è segnato dalla stessa incongruenza logica che ha le sue radici nel carattere discriminatorio della cittadinanza⁽⁴¹⁾. Il diritto di ogni individuo di lasciare qualsiasi paese, di emigrare, è «un diritto universale, conferito a tutti gli esseri umani, [...] che evidentemente comporta il diritto di immigrare in un paese diverso da quello di emigrazione, e perciò il dovere della comunità internazionale di garantirne

⁽³⁴⁾ Ivi, p. 24.

⁽³⁵⁾ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. 1, cit., p. 789.

⁽³⁶⁾ L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 24.

⁽³⁷⁾ Ivi, p. 25.

⁽³⁸⁾ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, 2, cit., pp. 352 e 590.

⁽³⁹⁾ L. FERRAJOLI, *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, in D. ZOLO (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 1994, 287-291.

⁽⁴⁰⁾ L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, cit., p. 179.

⁽⁴¹⁾ Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, 2, cit., pp. 349-356.

l'esercizio»⁽⁴²⁾. Il diritto di immigrare può, quindi, essere dedotto logicamente dal diritto di emigrare per cui non è più una questione di riconoscerlo o meno, ma di garantirlo⁽⁴³⁾.

In definitiva, la cittadinanza rappresenta l'ultimo simbolo, forse il più odioso, della chiusura dell'Occidente ricco nei confronti del Sud del mondo e il suo superamento innescherebbe la più grande redistribuzione del reddito della storia. Universalità e universalismo giungono qui a coincidere.

7. La tesi dell'"*indebita lacuna*".

Infine, la quarta e ultima tesi, forse la più importante, data dalla questione delle garanzie. È luogo comune che il mancato riconoscimento di quei diritti, che sono normalmente i diritti sociali, espressi da norme programmatiche risieda nel loro essere "diritti di carta". Si tratta di diritti che sul piano interno o su quello internazionale risultano sprovvisti delle necessarie garanzie. Se si fa coincidere l'esistenza del diritto con la predisposizione delle rispettive garanzie, si dovrebbe concludere circa la loro inesistenza. Ma le cose non stanno così. Kelsen, come è noto, riteneva che una norma giuridica che stabilisca un diritto in termini generali, ma a cui non possa essere collegata l'imputazione di una sanzione corrispondente alla sua violazione, non abbia il significato di norma giuridica. Se la norma giuridica è strutturalmente un imperativo ipotetico rivolto ai giudici che collega una sanzione all'illecito, laddove manchi la predisposizione della garanzia bisogna concludere che non è stato attribuito alcun diritto. Questo nesso logico diritto soggettivo-sanzione della tesi kelseniana, improntata, poi, ad un brutale realismo, risulta in definitiva assai poco kelseniana⁽⁴⁴⁾. Se, infatti, le norme giuridiche attributive di diritti soggettivi validamente prodotte esistono, anche quando sprovviste delle relative garanzie, restano pur sempre norme positive validamente prodotte.

L'idea che non siano norme e che si risolvano in meri *flatus vocis*, appare,

⁽⁴²⁾ L. FERRAJOLI, *Libertà di circolazione e di soggiorno. Per chi?*, in M. BOVERO (a cura di), *Quale libertà. Dizionario minimo contro i falsi liberali*, Laterza, Roma-Bari, 2004, p. 179.

⁽⁴³⁾ L. FERRAJOLI, *I diritti fondamentali nella teoria del diritto*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 152: «la norma come quella enunciata dall'articolo 13 cpv della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo – "ogni individuo ha il diritto di lasciare qualsiasi paese, incluso il proprio" – comporta non solo il divieto per ciascuno Stato di impedire l'emigrazione, ma anche il divieto per la comunità internazionale di impedire l'immigrazione e il correlativo obbligo dell'accoglienza in almeno uno degli altri Stati». Ma si veda anche L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. 2, cit., p. 355.

⁽⁴⁴⁾ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. 1, cit., p. 914.

dunque, a tutti gli effetti contraddittoria perché arriva a dire che alcune norme dell'ordinamento non siano da considerare norme non in virtù della loro forma, per ragioni di mera produzione, ma in virtù del loro significato. Si tratta di un'aporia evidente dal punto di vista del normativismo kelseniano, a cui la teoria (normativa) di Luigi Ferrajoli intende porre rimedio. Se noi, infatti, distinguiamo i *diritti soggettivi*, che sono «aspettative positive (o di prestazioni) o negative (di non lesioni) attribuite a un soggetto da una norma giuridica, e i doveri corrispondenti che ne costituiscono le *garanzie* parimenti dettate da norme giuridiche»⁽⁴⁵⁾, vediamo che da una parte i diritti sociali sono perfettamente diritti, ma sono sprovvisti di garanzie, dall'altro che, visto il loro carattere universale, trattandosi di diritti fondamentali, cioè diritti soggettivi posti da norme tetiche, sono necessarie delle ulteriori norme affinché quelle garanzie possano esistere⁽⁴⁶⁾. Le garanzie, appunto, possono essere primarie, in quanto istituiscano obblighi e doveri correlativi ai diritti, o secondarie, in quanto muniscano quegli stessi obblighi e divieti della relativa sanzione da irrogarsi nel caso della loro violazione, rendendoli giustiziabili⁽⁴⁷⁾. Nel caso dei diritti fondamentali sono necessarie tanto le garanzie primarie mediante le norme penali a tutela della vita, dell'integrità ecc. o mediante le norme sociali a tutela del lavoro, della salute, dell'istruzione ecc., quanto le garanzie secondarie attraverso l'istituzione di giurisdizioni penali civili e amministrative nel caso di violazione delle suddette garanzie primarie⁽⁴⁸⁾. In un sistema nomostatico, come la morale o il diritto naturale, basato su rapporti puramente logici tra le norme, non sono possibili né lacune, né antinomie. Qui se due norme sono in contraddizione, una delle due deve essere invalida. In un sistema nomodinamico, come sono, appunto, i nostri ordinamenti, questo non accade, per cui si generano tanto delle "indebite lacune" quanto delle "indebite antinomie" che dovranno essere rimosse⁽⁴⁹⁾.

La costruzione logica dei diritti fondamentali, una volta espulso il tema della storicità permetterebbe, allora, un avvicinamento tra sistemi nomostatici e sistemi nomodinamici⁽⁵⁰⁾. In questi ultimi, infatti, esistendo i criteri

⁽⁴⁵⁾ L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 27.

⁽⁴⁶⁾ Laddove, nel caso dei diritti patrimoniali, trattandosi di norme ipotetiche, il dovere nasce correlativamente e simultaneamente al diritto con l'atto stesso che li pone in essere (ad esempio, un contratto). Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. 1, cit., pp. 654 e 915.

⁽⁴⁷⁾ Ivi, p. 910.

⁽⁴⁸⁾ Ivi, p. 917.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. 1, cit., pp. 684 ss. e L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. 2, cit., p. 222.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. 1, cit., pp. 915 ss.

formali di identificazione delle norme, l'esistenza o l'inesistenza di una situazione giuridica di obbligo, di divieto, permesso o di un diritto, dipende esclusivamente dall'esistenza della norma positiva. È un mero fatto empirico⁽⁵¹⁾. Così, visto che il legislatore non è un essere perfetto, è possibilissimo che, dato un diritto consistente in una norma tetica, come sono i diritti fondamentali, non esista l'obbligo o il divieto corrispondente (a causa dell'indebita inesistenza della norma che dovrebbe prevederli) o che, data una facoltà di comportamento garantita da un diritto di libertà, esista tuttavia il divieto dello stesso comportamento (a causa dell'indebita esistenza della norma che prevede quell'obbligo)⁽⁵²⁾. Insomma, tanto le lacune, quanto le antinomie, sono in un ordinamento nomodinamico, inevitabili⁽⁵³⁾. Secondo la teoria kelseniana, senza il diritto penale non esisterebbe nemmeno il diritto alla vita, senza le norme sul divieto di arresto senza mandato non esisterebbe la libertà personale, e così via. Ma sarebbe assurdo negare l'esistenza dei diritti in presenza delle norme che li predispongono, anche qualora non ci fossero le norme che predispongono le garanzie, primarie o secondarie. Se vogliamo dirci conseguentemente positivisti e non vogliamo cadere in una sorta di "giusnaturalismo realistico", dobbiamo, allora, ammettere che i diritti e le norme che li esprimono esistono proprio in quanto positivamente prodotti dal legislatore ordinario o internazionale «e che quindi l'assenza delle garanzie deve essere considerata come un'indebita lacuna che è obbligo dei pubblici poteri, interni e internazionali, riempire»⁽⁵⁴⁾. In questo senso, le violazioni ad opera dei pubblici poteri non saranno altro che indebite antinomie che devono essere sanzionate come atti illeciti o annullati come atti invalidi.

8. *Universalismo logico e pluralismo culturale.*

L'idea di diritti fondamentali fondata sul concetto logico di "universale" appare adeguata anche a fronte del pluralismo culturale che contraddistingue in modo sempre più marcato le nostre società. L'universalismo logico rappresenta l'unica via di pensabilità di un qualsivoglia multiculturalismo. Un approccio che muove dal multiculturalismo e dal relativismo culturale, non solo non riesce a fondare l'universalità, ma incorre in "tre ordini di fallacie": di tipo metaetico, giuridico e metagiuridico⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵¹⁾ Ivi, p. 916.

⁽⁵²⁾ *Ibidem*.

⁽⁵³⁾ Ivi, p. 694.

⁽⁵⁴⁾ L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 31; L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. 1, cit., p. 918.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, 2, cit., pp. 57 ss.

La prima fallacia si determina dal fatto che, «dal riconoscimento di fatto della pluralità e diversità delle culture», si fa derivare la «tesi etica e normativa del loro uguale valore»⁽⁵⁶⁾.

La seconda fallacia, quella giuridica, verte sulla falsa considerazione che «le norme sui diritti fondamentali *suppongano di fatto* la loro condivisione morale [...] anche solo dalla maggioranza»⁽⁵⁷⁾. Cosa che, oltre a essere falsa, presupponendo che tutti debbano condividere gli stessi valori, sarebbe pure illiberale. Sebbene una qualche adesione sia una condizione pragmatica indispensabile, va detto che proprio l'adesione a questi valori etico-politici, impone «di non imporre alcun tipo di etica o di credo politico, neppure democratico o liberale»⁽⁵⁸⁾.

Infine, la terza fallacia di tipo metagiuridico fondata sul «pregiudizio diffuso» che la legittimità dei diritti «si fondi sul consenso ad essi prestato dalla maggioranza»⁽⁵⁹⁾. Il fatto è che «i diritti fondamentali sono precisamente diritti *contro* la maggioranza»⁽⁶⁰⁾. Per questo il fondamento del patto democratico sui diritti fondamentali va visto proprio nel fatto che sia pattuita la non esclusione di nessuno⁽⁶¹⁾. «La non esclusione», in altri termini, «non riguarda la sfera dei contraenti [...] bensì le clausole del patto. Non riguarda la forma o i soggetti del contratto, ma i suoi contenuti»⁽⁶²⁾. Se si richiedesse, infatti, l'universalità del consenso o la comunanza interculturale sarebbero ben pochi, perfino all'interno della medesima cultura, i principi o i valori che potrebbero essere considerati davvero universali, ovvero, si perverrebbe a costituzioni minimali e forse regressive⁽⁶³⁾. Un'estensione logica dei contenuti del patto non patirebbe, invece, queste limitazioni. L'uguaglianza *en*

⁽⁵⁶⁾ L. FERRAJOLI, *I fondamenti dei diritti fondamentali*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., pp. 340-341. Il relativismo sfocerebbe, così, in una «accettazione di qualunque cultura, inclusa quella nazista e quelle criminali e mafiose, e quindi da un lato [nel] la dissoluzione del valore di tutte le culture, dall'altro [nel] la separazione e segregazione come culture antagoniste e non comunicanti».

⁽⁵⁷⁾ Ivi, p. 341.

⁽⁵⁸⁾ *Ibidem*.

⁽⁵⁹⁾ Ivi, p. 343.

⁽⁶⁰⁾ *Ibidem*.

⁽⁶¹⁾ Ivi, p. 344.

⁽⁶²⁾ *Ibidem*.

⁽⁶³⁾ Eppure, si può obiettare, è proprio il riferimento ai contenuti del patto, quegli stessi contenuti che la teoria formale dei diritti fondamentali vorrebbe elidere, che postula il consenso di quelle culture che l'universalità logica irrimediabilmente sorvola. Cfr. su questo A. ALGOSTINO, *L'ambigua universalità dei diritti. Diritti occidentali o diritti della persona umana?*, Jovene, Napoli, 2005, p. 320: «pare invece di dover considerare il consenso una condizione di legittimità dei diritti universali o, se si vuole, in generale, del contenuto del patto (sociale)».

droits impone infatti che sia garantito l'eguale valore delle differenze cioè la non discriminazione delle differenze⁽⁶⁴⁾. Il che vuol dire che semplicemente di fatto il modello universalistico dei diritti fondamentali continua ad essere violato attraverso le discriminazioni che colpiscono donne, analfabeti proletari, non-cittadini⁽⁶⁵⁾. Si tratterebbe dunque di denunciare l'inefficacia che l'asimmetria tra uguaglianza come norma e differenze come fatti generano continuamente.

9. La questione del fondamento a partire dalla definizione logica di "diritto fondamentale".

L'idea logica di "universale" è in grado di affrontare anche un classico tema giusnaturalistico, la questione del fondamento dei diritti fondamentali. A partire dalla definizione logica dei diritti fondamentali, Ferrajoli ne individua quattro. Si possono, infatti, individuare «quattro criteri assiologici, tutti riferiti al valore della persona umana, assunta come fine e mai come mezzo secondo la classica massima della morale kantiana»⁽⁶⁶⁾.

Il primo di questi criteri è dato dal nesso tra diritti fondamentali e *uguaglianza*. La forma universale dei diritti fondamentali equivale, infatti, all'uguaglianza, in quanto la loro titolarità viene attribuita in egual modo a tutte le "persone", "cittadini", "capaci d'agire". Poi, si tratterà di dire in *che cosa* sia giusto essere considerati eguali e questa è precisamente una determinazione assiologica che fa dell'uguaglianza un criterio su cui *devono* essere fondati i diritti fondamentali.

Il secondo criterio è dato dal nesso esistente tra *democrazia* e diritti. I diritti fondamentali, infatti, pongono dei chiari vincoli sostanziali al potere della maggioranza e aprono ad una concezione *sostanziale* della democrazia. I diritti di libertà, i diritti sociali, i diritti politici e i diritti civili individuano, dunque, altrettante dimensioni assiologiche della democrazia.

Il terzo criterio, secondo la classica *lectio* bobbiana, è quello del nesso tra diritti fondamentali e *pace*. Questo nesso è, appunto, già espresso nel preambolo della Dichiarazione universale del '48. Infatti, devono essere garantiti come fondamentali tutti quei diritti vitali necessari alla *pacifica*

⁽⁶⁴⁾ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. 1, cit., p. 799. Sulla nozione di eguaglianza giuridica come eguale titolarità di diritti fondamentali e il delicato rapporto con le differenze identitarie e culturali cfr. T. MAZZARESE, *Eguaglianza, differenze e tutela dei diritti fondamentali*, in T. CASADEI (a cura di), *Lessico delle discriminazioni. Tra società, diritto e istituzioni*, Diabasis, Reggio Emilia, 2008, pp. 207-231.

⁽⁶⁵⁾ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. 1, cit., p. 800.

⁽⁶⁶⁾ L. FERRAJOLI, *I fondamenti dei diritti fondamentali*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 299.

convivenza delle persone e, quindi, non più solo i diritti di libertà, ma anche i diritti sociali.

Il quarto criterio è dato dal ruolo assunto dai diritti fondamentali quale *legge del più debole*. I diritti sono, appunto, sottratti all'arbitrio della maggioranza e alle dinamiche stritolanti del mercato capitalistico in difesa dei più deboli, in opposizione alla legge del più forte che vigerebbe in loro assenza. Tra questi quattro valori e i diritti fondamentali esiste quel nesso di razionalità strumentale che lega mezzi a fini, nel senso che la forma universale dei diritti fondamentali non è altro che «quella forma logica che le aspettative espresse da tali diritti devono possedere *se vogliamo* che esse, qualunque ne sia il contenuto, siano tutelate e soddisfatte»⁽⁶⁷⁾.

10. *Le conseguenze dell'universalismo logico sul piano del diritto internazionale.*

L'avvento dei diritti fondamentali a livello internazionale comporta, però, necessariamente un'alterazione interna del modello giuspositivistico⁽⁶⁸⁾. Infatti, questo fatto ha portato l'idea stessa di sovranità al tramonto⁽⁶⁹⁾. Esiste ormai un'antinomia irriducibile tra sovranità e diritto, che l'universalità dei diritti fondamentali contribuisce a far emergere: un'antinomia evidente non più solo sul piano interno, attraverso la dissociazione tra validità e vigore, ma anche sul piano internazionale, da quando hanno fatto la comparsa tanto la Carta dell'Onu del '45 quanto la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del '48⁽⁷⁰⁾. Questo significa che si sono prodotte delle indebite lacune non più solo all'interno degli Stati, ma anche all'esterno, nel diritto internazionale.

Con la Carta dell'Onu si è affermato un nuovo modello di diritto internazionale che ha fatto venire meno il vecchio paradigma inaugurato oltre tre secoli fa con la Pace di Westfalia. Quello della Carta dell'Onu è un vero e proprio contratto sociale internazionale che ha fatto venire meno la sovranità sia sul suo versante interno sia su quello esterno⁽⁷¹⁾. Con il costituzionalismo questa è venuta sostanzialmente ad attenuarsi sino a dissolversi. Ora questo fenomeno si verifica anche sul suo versante esterno perché non più solo gli Stati, ma anche gli individui sono riconosciuti, coi diritti umani, soggetti di diritto internazionale⁽⁷²⁾. Riprendendo la linea indicata da Kelsen nel suo *La*

⁽⁶⁷⁾ Ivi, p. 300.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, 2, cit., p. 591.

⁽⁶⁹⁾ L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, cit., p. 8.

⁽⁷⁰⁾ Ivi, p. 9.

⁽⁷¹⁾ Ivi, p. 40.

⁽⁷²⁾ Ivi, p. 41.

pace attraverso il diritto circa un'effettiva limitazione della sovranità degli stati, al loro esterno, mediante l'introduzione di garanzie giurisdizionali contro le violazioni della pace, e dei diritti umani, al loro interno, Ferrajoli propone una riforma radicale, se non rivoluzionaria, dell'attuale panorama del diritto internazionale. «Quell'embrione di costituzione del mondo che è formato dalla Carta dell'Onu e dalle dichiarazioni, convenzioni e patti internazionali sui diritti umani, è restato sulla carta»⁽⁷³⁾, infatti. L'ineffettività delle garanzie, che la espone ad ogni violazione, è dovuta dalla mancanza di una giurisdizione penale internazionale in grado di sanzionare i crimini contro l'umanità a cominciare dalla guerra, pur prevista dallo statuto della Corte penale internazionale approvato a Roma nel 1998. Mancano, inoltre, una giurisdizione costituzionale internazionale che censuri gli atti degli Stati e degli organismi dell'Onu commessi in violazione del principio della pace e dei diritti umani, un sistema di obbligazioni internazionali a difesa dei diritti sociali e dei minimi vitali dei paesi più poveri, una tassazione per l'uso, l'abuso e la distruzione da parte dei paesi più ricchi dei beni del pianeta, infine, un'organizzazione permanente che attribuisca il monopolio della forza in capo all'Onu.

La declinazione in questi termini dell'universalismo giuridico fondato sulla "teoria dei diritti fondamentali" appare come l'unico strumento in grado di arginare questa regressione nelle relazioni internazionali innescata dal prevalere della logica della guerra, dalle dinamiche del "paleo-capitalismo" e dalla globalizzazione che rischiano di travolgere, ormai, i diritti umani.

11. Conclusioni.

Quello di Luigi Ferrajoli appare come uno straordinario sforzo teorico di rilettura e sistemazione di quel passaggio epocale che ha portato il diritto positivo sotto l'egida dei diritti fondamentali. Come ha precisato lo stesso Ferrajoli, si tratta di un'assiomatizzazione del paradigma costituzionale che non vuole soltanto essere una costruzione teorica del garantismo, ma intenderebbe sin dal principio svolgere essa stessa, col proprio rigore logico e scientifico, un ruolo garantista *tout court*, cioè a tutti gli effetti normativo rispetto al diritto positivo⁽⁷⁴⁾.

Se da una parte appare una teoria in grado di legittimare l'universalità di un gran numero di diritti, *in primis* i diritti sociali, sembra, dall'altra,

⁽⁷³⁾ L. FERRAJOLI, *I fondamenti dei diritti fondamentali*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 352.

⁽⁷⁴⁾ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. 1, cit., p. 35.

innescare tra teoria e diritto positivo un circolo (o, se vogliamo, un cortocircuito) della normatività⁽⁷⁵⁾ difficilmente arrestabile, sino a sfociare in una completa ricostruzione del proprio oggetto d'analisi. Del resto la categoria di "diritto fondamentale", grazie alla sua costruzione logica, appare come una categoria metastorica in grado di spaziare al di là di ogni limite di spazio e tempo da un capo all'altro del globo e della storia (quasi si trattasse di un sistema di diritti naturali di ascendenza giusrazionalista, di cui conserva, tra l'altro, la stessa vocazione critico-normativa). Il che impedisce però di distinguere figure non facilmente assimilabili come i diritti delle rivoluzioni francese e americana affermati da singoli Stati autonomamente contro i vecchi apparati cetuali o per la propria indipendenza politica dalla madrepatria (e, nonostante la loro propensione universalista, comunque discriminatori per ragioni di genere, censo, nazionalità e razza) e i diritti umani affermati, dopo gli orrori della seconda guerra mondiale, dalla comunità internazionale quali garanzie imprescindibili per gli individui e vincolanti per ogni singolo Stato al di là di ogni discriminazione di genere, di razza e di nazionalità. Così come sulla base di questa teoria non è possibile distinguere diritti costituzionali corrispondenti ai diritti umani internazionalmente riconosciuti da diritti, sempre di rango costituzionale, ma che non corrispondono ai diritti umani (es. il diritto di portare armi nella Costituzione degli Stati Uniti) e rispetto ad essi irrimediabilmente spuri. In tal senso non risulta facilmente comprensibile come sia possibile parlare di diritti fondamentali di fronte a realtà radicalmente aliene come l'Impero romano o uno Stato totalitario se non in termini di totale assenza.

Questo cortocircuito della normatività tra teoria e diritto positivo appare particolarmente evidente nella tesi dell'indebita lacuna, laddove porta i sistemi nomodinamici a collassare letteralmente sui sistemi nomostatici contraddicendo l'idea comune che con i sistemi nomodinamici si sia raggiunta una conquista rispetto a sistemi normativi meno evoluti come la morale o il diritto naturale⁽⁷⁶⁾. E questo non solo perché per individuare una lacuna o un'antinomia ci sarebbe bisogno di far riferimento a quei contenuti da cui la teoria ferrajoliana vorrebbe astrarre, ma anche perché, facendo

⁽⁷⁵⁾ Tale circolarità è data da fatto che il diritto positivo, con l'assunzione del paradigma costituzionale, è stato in grado di anticipare la teoria e che la teoria, prendendo sul serio i diritti fondamentali, ha assunto nei confronti del diritto positivo un ruolo performativo. Cfr. *ivi*, p. 37.

⁽⁷⁶⁾ I sistemi nomostatici infatti patirebbero alcuni difetti strutturali: l'incertezza determinata dalla mancanza di una norma di riconoscimento, la staticità delle norme che lo compongono, l'inefficienza dovuta alla mancanza di sanzioni e di un organo che ne colpisca le violazioni. Cfr. H.L. HART, *The Concept of Law*, Oxford University Press, London, 1961; trad. it. di M.A. Cattaneo, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1965, pp. 108 ss.

coincidere il significato dei diritti con quello delle norme che li pongono⁽⁷⁷⁾, viene a compromettere tanto la loro razionalità quanto la loro stessa valenza garantista. Rinunciando al piano della sostanzialità dei diritti che si dà solo nella storia e nello sviluppo positivo che le corti ne danno, non è possibile dire quali sono le fragilità, le inefficienze o le contraddizioni del sistema dei diritti umani, salvo prospettare un vero e proprio salto nel buio. In altri termini i diritti in questo modo risultano essere totalmente indeterminati per poter svolgere una qualche funzione normativa: un conto è dire che esiste una lacuna che deve essere colmata, un altro è dire come debba essere colmata perché questo è possibile solo tenendo presente il piano della storicità dei diritti umani, cioè considerando i criteri e i contenuti elaborati da corti che a livello internazionale ci vincolano sul piano nazionale.

Gli effetti di questa prospettiva militante appaiono però lasciare ugualmente perplessi, almeno per chi considera irrinunciabile una qualche opzione, non necessariamente di tipo giuspositivista, a favore del diritto positivo. Infatti, diritti positivamente affermati tra i diritti umani come la proprietà e la cittadinanza cessano nel modello ferrajoliano di essere tali e ad essi se ne aggiungono per via logica altri, come lo *ius migrandi*, non ancora positivizzati.

La proprietà⁽⁷⁸⁾ affermata tanto nella Dichiarazione universale quanto nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo non necessariamente si può dire disposta a favore di chi più ha o "del più forte". Anzi. Forse è proprio chi più ha che, facendo leva sulle condizioni di potere e sull'assenza di regole, ha meno bisogno dell'inclusione dei diritti patrimoniali tra i diritti umani. Basterebbe considerare a questo proposito le innumerevoli espropriazioni che si sono avute durante i più vari regimi totalitari⁽⁷⁹⁾ (cosa questa che ne ha poi giustificato il

⁽⁷⁷⁾ È un punto sottolineato da A. PINTORE, *I diritti insaziabili*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 186: «L'identificazione tra diritti e norme porta in realtà ad eludere il problema della complessità, indeterminatezza, equivocità, del contenuto delle stesse norme che pongono i diritti».

⁽⁷⁸⁾ L'esclusione della proprietà dal novero dei diritti fondamentali si basa, come accennato, sul carattere inalienabile di questi che ovviamente non è possibile riscontrare nei diritti patrimoniali, riproponendo un riferimento che si trova nell'articolo 1, secondo comma, della Legge fondamentale tedesca che sancisce, appunto, che «il popolo tedesco riconosce gli inviolabili ed inalienabili diritti dell'uomo», ma che non si ritrova né nella Dichiarazione universale, né nella Convenzione europea. Da questo punto di vista, come nota acutamente Jori, il demanio, che è una proprietà pubblica inalienabile, non avrebbe, smentendo in questo modo l'opinione della civilistica, carattere patrimoniale. Cfr. M. JORI, *Aporie e problemi nella teoria dei diritti fondamentali*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 103 nt. 15. Lo stesso dicasi per le proprietà archeologiche dello Stato, delle province e delle regioni che sarebbero, dunque, proprietà che non sono proprietà.

⁽⁷⁹⁾ Basterebbe ricordare la sistematica appropriazione del regime nazista dei beni degli ebrei. Ma lo stesso accadde sotto le dittature comuniste ai danni degli oppositori di regime. Il problema, ad esempio, si pose, sia per quanto riguarda il

riconoscimento nella Dichiarazione universale) o, per venire ai giorni nostri, a quelle subite dagli indios dell'Amazzonia per opera di multinazionali pronte a tutto o, infine, quelle patite nell'Indonesia, Thailandia e Sri Lanka del dopo tsunami dalle comunità indigene di pescatori e contadini per opera sempre delle multinazionali del turismo. E non sembra in grado di inficiare quest'obiezione l'osservazione che nell'ottica di questa teoria è il diritto di disporre ad essere fondamentale, non il singolo diritto reale, perché a fronte di un esproprio subito con la connivenza o il diretto coinvolgimento delle istituzioni che dovrebbero proteggerlo è proprio di quello specifico diritto reale che si chiede tutela non del diritto ad acquisire la proprietà. Insomma, se le ragioni della tutela di questo diritto possono essere mutate, ciò non esclude comunque la necessità della sua garanzia affinché determinate ingiustizie non abbiano più a ripetersi.

Lo stesso dicasi per la cittadinanza che l'universalismo logico intenderebbe superare. Anch'essa in passato ha rappresentato uno dei primi bersagli dei regimi totalitari per colpire le minoranze⁽⁸⁰⁾; per quanto ora possa essere la leva per nuove discriminazioni (ad es. ai danni dei non cittadini), ciò non implica che non lo possa diventare ancora in futuro. Vi sono dunque buone ragioni per considerare la cittadinanza un diritto che ogni Stato è tenuto a garantire ai propri abitanti con conseguenze circa il diritto all'elettorato attivo e passivo, circa la loro mobilità, *in primis*, il cd. diritto di incolato, cioè il diritto a non essere espulsi dal proprio paese d'origine⁽⁸¹⁾.

Comitato dei diritti dell'uomo dell'Onu, sia per quanto riguarda la Corte di Strasburgo, in relazione alle domande di restituzione dei beni confiscati sotto il regime comunista in Cecoslovacchia. Cfr. A. BULTRINI, *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell'uomo in Europa*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 202-204 e in particolare, per quanto riguarda il Comitato, *Alina Simunek, Dagmar Hastings, Tuzilova e Josef Prochazka c. Repubblica Ceca*, Conclusioni del 31 luglio 1995, comunicazione n. 516/1992 e, per la Corte CEDU, *Polacek e Polackova c. Repubblica ceca*, decisione di irricevibilità del 10 luglio 2002, non pubblicata.

⁽⁸⁰⁾ Cfr. H. ARENDT, *The Origins of Totalitarianism*, Harcourt Brace and World, New York, 1951; trad. it. di A. Guadagnin, *Le origini del totalitarismo*, Edizioni di Comunità, Torino, 1999, p. 409: «La disgrazia degli individui senza status giuridico non consiste nell'essere privati della vita, della libertà, del perseguimento della felicità, dell'eguaglianza di fronte alla legge e della libertà di opinione ..., ma nel non appartenere ad alcuna comunità di sorta, nel fatto che per essi non esiste più nessuna legge, che nessuno desidera più neppure opprimerli. Solo nei regimi totalitari nell'ultima fase di un lungo processo, il loro diritto alla vita è minacciato. Solo se rimangono perfettamente "superflui", se non si trova nessuno che li "reclami", la loro vita è in pericolo. I nazisti, nella loro opera di sterminio, hanno per prima cosa privato gli ebrei di ogni status giuridico, della cittadinanza di seconda classe, e li hanno isolati dal mondo dei vivi ammassandoli nei ghetti e nei Lager; e, prima di azionare le camere a gas, li hanno offerti al mondo constatando con soddisfazione che nessuno li voleva».

⁽⁸¹⁾ Sul cd. diritto di incolato cfr. S. FORLATI, *La cittadinanza nel diritto internazionale*, in L. ZAGATO (a cura di), *Introduzione ai diritti di cittadinanza*, Cafoscarina, Venezia (2007) 2009, seconda edizione, pp. 67 ss..

Per quanto riguarda l'inclusione del diritto ad immigrare tra i diritti fondamentali, non è detto che muovere da mere implicazioni logiche a partire dal diritto ad emigrare sia il migliore argomento avanzabile per sostenerne la necessità. Il diritto ad immigrare, in altri termini, può risultare necessario non per questioni logiche di coerenza e nemmeno per ragioni di giustizia, ma per le disfunzioni che la sua mancanza sul piano giuridico provoca nel sistema dei diritti umani e per l'assoluta irrazionalità ed inefficienza che le politiche migratorie protezioniste dimostrano attraverso una smisurata produzione di clandestinità ed illegalità che nelle intenzioni vorrebbero invece colpire⁽⁸²⁾.

Ma un'ulteriore conseguenza della costruzione logica del concetto di diritto fondamentale e di questo appiattimento dei sistemi nomodinamici su quelli nomostatici, è la modulazione del diritto di eguaglianza sulla base del quantificatore universale "tutti". Intesa l'uguaglianza come eguale distribuzione di diritti fondamentali, l'uguaglianza cessa di essere un diritto autonomo per assumere un carattere accessorio nel senso che essa può essere richiamata soltanto laddove un diritto fondamentale entra in gioco. L'uguaglianza sarebbe invece un diritto autonomo e indipendente (dalla violazione di un altro diritto fondamentale) qualora fosse riconosciuto come principio generale di eguaglianza, ovvero qualora la sua violazione possa avvenire non solo nel caso di ineguale distribuzione di diritti fondamentali, ma anche quando ci si trova di fronte ad una distribuzione ineguale di un qualsiasi diritto sancito per legge⁽⁸³⁾.

L'eguaglianza *en droits*, quale perfetta simmetria di diritti, difficilmente potrebbe dare espressione alle *positive actions* che lo Stato può mettere in campo per superare situazioni di reale disparità di trattamento, cioè alla cd. eguaglianza sostanziale, tra l'altro espressamente riconosciuta dal secondo comma dell'articolo 3 della Costituzione italiana, che per noi rappresenta un

⁽⁸²⁾ Cfr. P. BONETTI, *I profili generali della normativa italiana sugli stranieri*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, CEDAM, Padova, 2004, P. 37. Riconoscere il diritto ad immigrare potrebbe avere l'effetto di costringere gli Stati a garantire condizioni più praticabili per l'entrata legale degli immigrati in modo da non favorire, scoraggiandola e rendendola impossibile, l'immigrazione clandestina. Per questo argomento mi permetto di rinviare al mio D. RUGGIU, *Il concetto dell'altro*, in L. ZAGATO (a cura di), *Introduzione ai diritti di cittadinanza*, cit., pp. 165-187.

⁽⁸³⁾ Nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo il diritto di eguaglianza ha appunto carattere accessorio nel senso sopra descritto, mentre i Patti internazionali del '66 riconoscono un principio generale di eguaglianza. Con l'adozione del Protocollo 12 alla Convenzione (già in vigore ma non ratificato dalla maggioranza dei paesi europei tra cui il nostro) si dovrebbe passare ad un principio generale di eguaglianza. Cfr. C. OVEY, R. WHITE, *JACOBS and WHITE: The European Convention on Human Rights*, terza edizione, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 348-349, 358 ss.

risultato più che acquisito. C'è infatti da dubitare che una modulazione logica dell'eguaglianza, per quanto non particolarmente garantista se non regressiva rispetto all'eguaglianza come diritto autonomo, riesca a dare soluzione alla questione posta dal multiculturalismo e dalle richieste di riconoscimento avanzate viepiù dalle minoranze culturali presenti in società altamente differenziate e complesse come le nostre. Potrebbero dirsi soddisfatte, ad esempio, le minoranze dell'Alto Adige, del Friuli e della Val d'Aosta, tanto per riferirsi a situazioni che da noi difficilmente possono essere discusse e che non costituiscono certo un'eccezione sul piano internazionale?

Se il fragile piano giuridico appare frustrato dalle implicazioni logiche della teoria dei diritti fondamentali, ben maggiori risultano le conseguenze sul piano internazionale. Attribuire alla Corte penale internazionale tutta la responsabilità della garanzia dei diritti umani non sembra affatto esente da problemi. La Corte penale internazionale, infatti, non è del tutto autonoma dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, così pesantemente condizionato dalle politiche dei cinque membri permanenti, che è, appunto, in grado di sospenderne e impedire a discrezione le iniziative; è, poi, aperta al finanziamento volontario degli Stati e, quindi, non dà piene garanzie di imparzialità; è, infine, sprovvista di una forza propria di polizia giudiziaria per cui deve ricorrere di volta in volta alla volontaria collaborazione di singoli Stati⁽⁸⁴⁾. Visti questi evidenti limiti, difficilmente superabili nell'attuale contesto internazionale, affidarle anche la tutela dei diritti umani sarebbe come chiedere al Consiglio di Sicurezza di occuparsene direttamente. Ma siamo sicuri di voler mettere i diritti umani nelle mani di superpotenze come Stati Uniti, Russia e Cina?

Il ripiegamento del sistema dei diritti fondamentali sul piano logico ha però una conseguenza decisiva. Infatti la nozione di diritto fondamentale appare come una costruzione del tutto indipendente dal suo rapporto con lo Stato e dai vincoli che esso assuma sul piano internazionale, quasi a conferma della sua vicinanza con quella di diritto naturale, da cui lo stesso Ferrajoli vorrebbe smarcarsi. I diritti umani positivamente affermati a partire dal '48 attraverso molteplici trattati internazionali, quali i Patti del '66 e la Convenzione europea del '50, innanzitutto richiedono una partecipazione attiva dello Stato che si è obbligato a garantirli di fronte alla comunità internazionale, ma poi nel caso che questo stesso Stato non si sia dimostrato in grado di proteggerli, possono essere fatti valere di fronte a organi internazionali come i Comitati per i diritti dell'uomo, la Corte europea dei diritti dell'uomo ecc. il che rappresenta un tratto strutturale dei diritti dell'uomo da cui bisogna per forza partire. Il costituzionalismo cui aprono i

⁽⁸⁴⁾ Cfr. D. ZOLO, *Luci e ombre della International Criminal Court*, su "Juramentum. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale", 2002, www.juramentum.unifi.it.

diritti umani è dunque qualcosa di più e di essenzialmente diverso dal costituzionalismo cui porta la nozione logica di diritto fondamentale, quasi una struttura a cerchi concentrici di cui lo Stato (il cui paradigma non può dirsi né tramontato, né tanto meno accantonato con l'avvento dei diritti umani) è un anello necessario, sebbene non l'unico⁽⁸⁵⁾. A fronte di un completo rimodellamento del diritto positivo, il carattere dichiaratamente normativo da questo punto di vista non può che ripercuotersi tanto sulla scienza che sulla giurisprudenza falsandone obiettivi e finalità.

Se tali e tanti sono i contraccolpi della teoria dei diritti fondamentali sul diritto positivo, ci troviamo di fronte ad una forma di universalismo tanto impegnativa quanto politicamente pregnante, come dimostrano i continui salti di piano, dalla teoria del diritto alla sociologia, alla filosofia del diritto, alla filosofia politica, al diritto internazionale ecc., da essa innescati forse con eccessiva disinvoltura.

ABSTRACT

This text intends to analyse Luigi Ferrajoli's attempt to build, by way of logic and axioms, a theory of fundamental rights, starting from which denouncing the lack and the inconsistency of the positive law, when the protection of basic rights is concerned. According to this analysis, the logical implications proper to this theoretical perspective lead to a complete rewriting of the system of the human rights, as positively set forth in the international law, and to the abandonment of the initial assumptions.

Questo testo intende analizzare il tentativo di Luigi Ferrajoli di costruire per via logica e assiomatica una "teoria dei diritti fondamentali" a partire dalla quale denunciare le carenze e le contraddizioni del diritto positivo quando si tratta di protezione di diritti fondamentali. Alla luce di questa analisi, le implicazioni logiche messe in atto da questa prospettiva teorica portano ad una completa riscrittura del sistema dei diritti umani positivamente affermati a livello internazionale e all'abbandono degli assunti teorici di partenza.

⁽⁸⁵⁾ Cfr. B. PASTORE, *Per un'ermeneutica dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 90.

MARIA GIULIA BERNARDINI

*WRONGFUL LIFE ACTION: L'AZIONE IN TEMA
DI NASCITA INDESIDERATA*

1. *Cos'è la wrongful life action?*

I giuristi, in ambito italiano ed internazionale, si trovano sempre più spesso di fronte alla tematica della responsabilità civile del medico e delle strutture sanitario-ospedaliere per i danni cagionati dalla nascita indesiderata; entro tale settore sono enucleabili numerose questioni, variabili in funzione del soggetto leso e di quello agente, nonché della situazione soggettiva tutelata, della condizione psicofisica del soggetto venuto ad esistenza, del tipo di azione promossa e della corrispettiva pretesa risarcitoria azionata⁽¹⁾. Se le problematiche maggiormente affrontate sono quelle relative alla *wrongful birth action*⁽²⁾ – ampio *genus* entro il quale possiamo enucleare tre categorie, quali *wrongful conception*, *wrongful pregnancy* e *wrongful diagnosis*⁽³⁾ – una delle tipologie di azioni più recenti e controverse è la *wrongful life action*, con la quale il bambino diviene attore in prima persona, chiedendo che gli siano riconosciuti i danni derivanti da una vita che avrebbe preferito non vivere, stante il suo grave *handicap* o il suo particolare disagio. Nella maggior parte dei casi l'azione è intentata nei confronti del medico, ed il bambino sostiene che, se non vi fosse stata negligenza da parte del convenuto, la madre avrebbe evitato o posto fine alla gravidanza, cosicché egli non sarebbe nato affetto da quelle gravi malformazioni che portano a configurare la sua vita come insopportabile, rendendo preferibile la non esistenza. Al medico, quindi,

⁽¹⁾ Cfr. la classificazione effettuata da V. ZENO ZENCOVICH, *La responsabilità per procreazione*, in "La Giurisprudenza italiana", (1986), IV, pp. 133 ss.

⁽²⁾ Pacificamente ammessa anche se è discusso l'ammontare del risarcimento da accordarsi in relazione alle varie voci risarcibili.

⁽³⁾ Cfr., fra gli altri, L. BREGANTE, *Dignità del bambino e diritto alla pianificazione familiare dei genitori negli USA*, in A. D'ANGELO (a cura di), *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, Giuffrè, Milano 1999, p. 181.

non è contestata la responsabilità dell'*handicap* del bambino (che presenta malattie genetiche o malformazioni non imputabili al sanitario), ma quella concernente l'errata diagnosi con la quale egli ha privato la madre della possibilità di interrompere la gravidanza, 'condannando' così il nascituro ad un'esistenza infelice in quanto non normodotata, ed i genitori a sacrifici che gli stessi avevano dichiarato precedentemente di non essere disposti a sopportare. Nel caso di azioni intentate contro i genitori, invece, in genere i ricorrenti li ritengono colpevoli di averli messi al mondo in condizioni di illegittimità, con ciò privandoli del diritto ad una normale vita familiare.

Anche se esiste un orientamento giurisprudenziale abbastanza consolidato e le Corti dei vari Paesi spesso si richiamano tra loro e frequentemente si riferiscono ad argomenti comuni per pronunciarsi in ordine alla fondatezza della pretesa dell'attore, tuttavia non può dirsi che la tematica abbia cessato di suscitare interesse, in quanto in questo campo – come in altri ma forse più che in altri – si impongono profonde riflessioni su giustizia e dignità umana: temi classici ma all'interno dei quali le questioni che sorgono difficilmente vengono risolte in maniera incontrovertibile. Riguardo all'azione in esame, in particolare, in dottrina si invoca spesso la necessità di accordare il risarcimento al bambino in modo da consentirgli di far fronte alle maggiori spese che quotidianamente deve sopportare a causa degli *handicap* da cui è afflitto⁽⁴⁾. Tuttavia, in questo modo si corre il rischio di legittimare la diffusa percezione in base alla quale esistono vite degne di essere vissute e vite in cui tale dignità non è riscontrabile, col corollario di una possibile distinzione tra esistenze, quasi a legittimare l'assunto che le vite normodotate siano da vivere, mentre quelle non normodotate non lo siano.

2. La giurisprudenza dei principali ordinamenti giuridici

2.1. Pronunce contrarie all'accoglimento della pretesa risarcitoria

Le prime cause in tema di *wrongful life action*, discusse negli USA⁽⁵⁾

⁽⁴⁾ Tra gli altri, questa posizione è fatta propria in Germania da E. PICKER, *Il danno della vita. Risarcimento per una vita non desiderata*, Giuffrè, Milano 2004; in Francia da O. CAYLA e Y. THOMAS, *Il diritto di non nascere*, Giuffrè, Milano 2004; in Italia – seppur con diverse motivazioni – da C. PICCOCCHI, *Il diritto di non nascere: verso il riconoscimento delle wrongful life actions nel diritto francese?*, in "Diritto pubblico comparato ed europeo", (2001), II, pp. 677 ss.; P.G. MONATERI, *La Marque de Cain*, in A. D'ANGELO (a cura di), *Un bambino non voluto è un danno risarcibile? cit.*, pp. 285 ss.; L. BREGANTE, *Dignità del bambino e diritto alla pianificazione familiare dei genitori negli USA cit.*, pp. 202 ss.

⁽⁵⁾ La Suprema Corte della Carolina del Sud, nella pronuncia 25915 del 2004, afferma che attualmente 27 Stati americani si sono rifiutati di accogliere tale

rispettivamente nel 1963 e 1966, sono il caso *Zepeda v. Zepeda* ⁽⁶⁾ e *Williams v. State of New York* ⁽⁷⁾, dove la pretesa dell'attore non è rivolta al medico, ma rispettivamente al padre ed allo Stato. In entrambi i casi viene riconosciuta la negligenza dei convenuti, ma la richiesta di risarcimento viene rigettata, poiché «[...] Essere messi al mondo in certe condizioni piuttosto che in altre e come figlio di una certa coppia di genitori piuttosto che di un'altra non è un illecito conoscibile [...]» ⁽⁸⁾. Tale ragionamento, ripreso in seguito da più Corti, evidenzia come i giudici non vogliano aprire la strada a possibili azioni di figli nei confronti dei genitori, in base al presupposto che la vita è un dono di cui essere grati nei confronti di chi lo ha concesso, a prescindere da ogni rivendicazione. Se fosse possibile intentare causa contro i genitori, la società perderebbe infatti la propria stabilità, anche a causa del verosimile ampliamento del novero di motivazioni che potrebbero spingere ad adire il tribunale, come ad esempio il colore della pelle, la situazione economica o il paese di nascita. La vita, invero, è un dono in sé, a prescindere dalle sofferenze che questa può presentare: anche in *Gleitman v. Cosgrove* – pronunciata dalla Suprema Corte del New Jersey nel 1967 e primo caso in cui la pretesa attorea è rivolta al medico, ritenuto colpevole di non aver informato la donna delle possibili ripercussioni che il feto può subire se la madre contrae la rosolia entro i primi tre mesi della gravidanza – si ritrovano considerazioni che si rifanno alla *santity of human life*, principio di *public policy* che impedisce l'accoglimento dell'azione. Adottando la teoria del piano inclinato, la Corte ritiene infatti che riconoscere il diritto di non essere messi al mondo significherebbe mettersi all'interno di un meccanismo dal quale non si potrebbe più uscire, ovvero si potrebbe verificare la necessità di accordare tutela al bambino anche in casi in cui non saremmo, oggi, disposti a farlo – come nell'ipotesi di nascita in situazioni di povertà o illegittimità – mentre

tipologia di azione, o tramite sentenze, o legislativamente, o in entrambi i modi. Alcune delle normative che vietano le pretese da *wrongful life* sono, ad esempio, il codice dell'Idaho, § 5-334, lo statuto del Minnesota, § 145.424, nonché lo statuto del Missouri, § 188.30, quello dell'Indiana, § 34-1-1-11 e dello Utah, § 78-11-24.

⁽⁶⁾ In cui l'attore lamenta di essere nato da una relazione adulterina che ha gettato discredito sulla propria vita e su quella della madre, esponendoli alle critiche dell'opinione pubblica.

⁽⁷⁾ In cui l'attrice conviene lo Stato, colpevole di non avere sorvegliato adeguatamente la madre ritardata, che è risultata così vittima di una violenza sessuale da parte dell'insergente della clinica in cui era ricoverata, ed in seguito a tale evento è rimasta incinta. La figlia lamenta che la sua esistenza è segnata dallo stigma dell'illegittimità e dall'inesistenza di una famiglia, mentre secondo la stessa sussisterebbe il diritto alla presenza dei genitori, ad un'infanzia normale ed alla normale vita di casa.

⁽⁸⁾ Passo riportato da L. BREGANTE, *Dignità del bambino e diritto alla pianificazione familiare dei genitori negli USA cit.*, p. 198.

sembra un paradosso convenire in giudizio chi ti ha dato la vita, che non può mai essere configurata come un danno⁽⁹⁾, ma solo come benedizione, in omaggio a quella che viene definita *'blessing doctrine'*.

In Inghilterra la *wrongful life action* sembra oggi essere preclusa dal *Congenital Disabilities Act*, legge entrata in vigore nel 1976 e che opera per i nati dopo tale anno, la quale dispone al capitolo 28 che «*An Act to make provision as to civil liability in the case of children born disabled in consequence of some person's fault [...]. An occurrence to which this section applies is one which – affected either parent of the child in his or her ability to have normal, healthy child; or affected the mother during her pregnancy, or affected her or the child in the course of its birth, so that the child is born with disabilities which would not otherwise have been present*»⁽¹⁰⁾.

L'unica questione vagliata dalla Corte d'Appello è la decisione *McKay v. Essex Area Health Authority*, pronunciata nel 1982 ma relativa ad un bambino nato nel 1975. In un *obiter dictum* della sentenza, il *Disabilities Act* viene interpretato nel senso di accordare l'azione al bambino solo nel caso in cui il medico, con il suo comportamento negligente, abbia cagionato un danno al bambino stesso – che sarebbe altrimenti nato normodotato – e non se l'alternativa sarebbe stata quella di non nascere affatto.

Il caso presentato alla Corte d'Appello inglese concerne una donna che, incinta di pochi mesi, contrae la rosolia, non diagnosticata dal medico, cosicché la gestante porta a termine la gravidanza e partorisce una bambina affetta da grave *handicap*. La Corte riconosce il diritto della madre al risarcimento dei danni (a titolo di *wrongful birth*), mentre nega l'ammissibilità della *wrongful life action* argomentando sulla base di uno schema fatto proprio da pressoché tutte le pronunce che rigettano la pretesa dell'attore in tale ambito: la causa dell'*handicap* non è da ricercarsi nella condotta del medico, ma nella malattia stessa della madre, quindi al medico si potrà imputare non l'*handicap*, ma la nascita, il che comporta la corresponsione di una somma risarcitoria alla madre – nei confronti della quale ha un *duty of care* – ma non al bambino, in quanto il *duty* non sussiste nei confronti del feto. A ciò si aggiunga che considerazioni di *public policy* riguardanti la santità

⁽⁹⁾ Altre pronunce statunitensi che si muovono in questa direzione, adducendo in genere motivazioni analoghe per rigettare la pretesa dell'attore, sono *Becker v. Schwartz*, New York State, 1978, *Berman v. Allan*, New Jersey, 1979 e *Speck v. Finegold*, Pennsylvania, 1981.

⁽¹⁰⁾ *Congenital Disabilities Act*, capitolo 28: «*Un atto che comporta responsabilità in campo civilistico è quello del bambino nato disabile in conseguenza della colpa d'altri [...]. L'evento cui questa sezione si applica è quello da cui viene affetto l'uno o l'altro genitore del bambino nella sua possibilità di avere un bambino sano; o da cui viene colpita la madre durante la gravidanza, o che colpisce lei o il bambino nel corso della nascita, così che il bambino nasce con disabilità che altrimenti non sarebbero presenti*» (traduzione mia).

della vita umana e l'impossibilità di determinare esattamente il danno indurrebbero comunque a negare l'ammissibilità di tale tipologia di azione.

Anche in Australia le domande volte ad ottenere il risarcimento a titolo di *wrongful life* sono state rigettate: le pronunce concernono i casi *Edwards v. Blomeley* ⁽¹¹⁾, *Harriton v. Stephens* ⁽¹²⁾ e *Waller v. James* ⁽¹³⁾, proposti in prima istanza nel 2002 e decisi dallo stesso giudice, mentre solo *Harriton* e *Waller* sono stati giudicati anche in appello, nel 2006. Non essendoci alcun precedente né alcun vincolo legislativo in materia, il giudice ha condotto un'indagine sulle decisioni avutesi nelle altre giurisdizioni, e si è rifatto principalmente alla decisione inglese *McKay* ⁽¹⁴⁾. Come già per la Corte inglese, così per quella australiana il solo *duty of care* che il medico ha nei confronti del bambino è quello di non danneggiarlo tramite un'azione o un'omissione, prima o dopo la nascita, e tale diritto non è stato leso dai convenuti né in *McKay* né in *Harriton*, in quanto «*The only right on which she can rely as having been infringed is a right not to be born deformed or disabled, which means, for a child deformed or disabled before birth by nature or disease, a right to be aborted or killed*» ⁽¹⁵⁾. Il *duty* che il medico ha nei confronti della madre, ovvero quello di concedere alla donna l'opportunità di scegliere se abortire o meno, non può quindi essere inteso in senso così estensivo da ritenere che al bambino spetterebbe il diritto di non essere abortito, ed infatti la stessa Corte inglese aveva affermato in *McKay* che «*To impose such a duty towards the child would [...] make a further inroad on the sanctity of human life which*

⁽¹¹⁾ In questo caso l'attore nasce con una rara malattia cromosomica, la Sindrome di Cri du Chat, che può verificarsi se ha luogo un concepimento dovuto all'insuccesso di un intervento di vasectomia. Il medico non ha correttamente assolto l'obbligo informativo nei confronti dell'uomo, che ignorava le conseguenze di un possibile concepimento avvenuto in seguito al fallimento della vasectomia.

⁽¹²⁾ La madre dell'attrice viene erroneamente avvisata che la malattia contratta durante i primi mesi del parto non è rosolia; la figlia nasce con significative deficienze fisiche e mentali e necessita di assistenza continua. La donna avrebbe proceduto all'aborto, qualora avesse saputo la vera natura della sua malattia.

⁽¹³⁾ Il padre del ricorrente soffre di una malattia ereditaria, la AT3, che comporta predisposizione alla trombosi. Il figlio, nato in seguito all'inseminazione artificiale, viene colpito da tale malattia e ne consegue un gravissimo e permanente *handicap*. I genitori affermano che se fossero stati avvisati che tale malattia è genetica e trasmissibile sarebbero ricorsi ad un donatore esterno, o non avrebbero proceduto all'impianto.

⁽¹⁴⁾ Il parallelismo tra i percorsi argomentativi delle due Corti è effettuato da P. WATSON, *Edwards v. Blomeley, Harriton v. Stephens, Waller v. James: wrongful life actions in Australia*, in "Melbourne University Law Review", (Dec. 2002), pp. 3 ss..

⁽¹⁵⁾ «*Il solo diritto sul quale lei (la ricorrente) può fare affidamento che sia stato violato è il diritto di non nascere deformati o disabili, che significa, per un bambino deformato o disabile prima della nascita a causa della natura o della malattia, un diritto ad essere abortito o ucciso*» (traduzione mia).

would be contrary to public policy. It would mean regarding the life of a handicapped child as not only less valuable than life of a normal child, but so much less valuable that it was not worth preserving»⁽¹⁶⁾.

Sulla stessa scia, il giudice australiano ritiene che proprio la decisione McKay si ponga in contrasto con la pretesa *Harriton*, condividendo totalmente la posizione della Corte inglese circa l'incomparabilità tra esistenza e non-esistenza: «*But how can a court of law evaluate that second condition and so measure the loss to the child? Even if a court were competent to [...] assume an 'after life' or non-existence as the basis for the comparison, how can a judge put a value on the one or the other, compare either alternative with the injured child's life in this world and determine that the child has lost anything, without the means of knowing what, if anything, it has gained?*»⁽¹⁷⁾.

In Germania la pronuncia-guida⁽¹⁸⁾ della Corte di Giustizia federale risale al 1986 e concerne il caso in cui una donna ai primi mesi di gravidanza si rivolge al proprio medico curante per verificare di non essere stata contagiata dalla rosolia, manifestando l'intenzione di abortire nel caso in cui gli esami evidenzino il contagio. Il medico incorre in un comportamento negligente sia nel momento della diagnosi che in quello in cui i risultati degli esami clinici vengono comunicati alla paziente. La giurisprudenza tedesca ritiene che il mancato corretto assolvimento dell'obbligo di informazione sia da sanzionare, ma altresì che il comportamento scorretto del medico abbia determinato solo la mancanza della scelta, in capo alla madre, tra procedere all'aborto e continuare la gravidanza, non influenzando invece sulla salute del bambino, ed anzi consentendo che una vita, per quanto menomata, venisse salvata. Dopo l'esperienza nazionalsocialista, infatti, la giurisprudenza tedesca non consente che si pronuncino giudizi sul valore della vita di un essere umano, mentre il configurare in capo al medico l'obbligo giuridico di impedire la nascita di un bambino portatore di *handicap* equivarrebbe ad affermare che la sua vita è priva di valore e l'integrità umana non merita garanzie, quando, al contrario, si tratta di un bene giuridico di rango fondamentale che, in quanto tale, deve essere preservato.

⁽¹⁶⁾ «*Imporre un tale dovere nei confronti del bambino costituisce un'ulteriore intromissione nella santità della vita umana, intromissione che sarebbe contraria alla public policy. Significherebbe considerare la vita di un bambino portatore di handicap non solo meno preziosa di quella di un bambino normale, ma anche di così scarso valore che non vale la pena preservarla*» (traduzione mia).

⁽¹⁷⁾ «*Come può una corte valutare quella seconda condizione e così misurare il danno per il bambino? Persino se una corte fosse competente [...] ad assumere una prospettiva del 'dopo vita' o di non-esistenza alla base del confronto, come potrebbe un giudice porre valore sull'uno o sull'altro, paragonare l'una o l'altra alternativa con la vita danneggiata del bambino e determinare che il bambino ha perso qualcosa, senza sapere cosa, se qualcosa ha guadagnato?*» (traduzione mia).

⁽¹⁸⁾ B. G. H. Z. 86, 204, pp. 347 ss..

2.2. Pronunce favorevoli alla pretesa risarcitoria

California, Connecticut, New Jersey, Washington e Francia sono i principali Stati in cui la *wrongful life action* è stata esperita vittoriosamente. Tra le pronunce più famose si possono ricordare *Curlender v. Bio-Science laboratories*, *Turpin v. Sortini* – decise dalla Suprema Corte californiana rispettivamente nel 1980 e nel 1982 – *Procanik v. Cillo*, *Roe v. Wade* – definite dalla Suprema Corte del New Jersey nel 1984 – nonché *l'affaire Perruche*, che dopo altalenanti vicende trova conclusione con la pronuncia della Corte di Cassazione francese nel 2001.

La motivazione con cui la Corte accorda il risarcimento dei danni nella causa *Curlender*⁽¹⁹⁾ risiede nel fatto che con l'azione in esame non si chiederebbe un ristoro per il fatto di vivere una vita peggiore della non-esistenza, bensì per il fatto stesso di vivere una vita che non si sarebbe dovuta vivere. Sulla scorta di questo ragionamento, risultano convenibili in giudizio anche quei genitori che scientemente abbiano dato alla luce un figlio affetto da gravi patologie, in quanto se il padre e la madre fossero stati correttamente avvisati circa il pericolo o la sussistenza dell'*handicap* sarebbe stata loro la scelta se proseguire o meno la gravidanza; qualora essi avessero deciso di non procedere all'aborto, il loro atto si sarebbe inserito nella catena causale ed avrebbe assolto il personale medico dalla responsabilità, mentre la responsabilità della sofferenza sarebbe stata addebitabile ai genitori⁽²⁰⁾. La Corte afferma infatti che «*The reality of the wrongful life concept is that such a plaintiff exists and suffers, due to the negligence of others. It is neither necessary nor just to retreat into meditation on the mysteries of life. We need to be concerned with the fact that had defendants not been negligent, the plaintiff might not have come into existence at all*»⁽²¹⁾.

La causa *Turpin* viene intentata da una bambina affetta da sordità ereditaria, e pone davanti all'interrogativo concernente la possibilità che un

⁽¹⁹⁾ Dove il ricorrente, che soffre di un disturbo genetico, la sindrome di Tay-Sachs, cita in giudizio il laboratorio medico che ha sbagliato l'analisi del campione di sangue richiesta dai genitori del bambino proprio per verificare se loro figlio avesse tale malattia.

⁽²⁰⁾ In risposta alla linea tracciata dalla Corte, il legislatore ha inserito la sezione 43.6 nel c.c., in vigore dal 1° gennaio 1982; le disposizioni ivi contenute sollevano i genitori dalla responsabilità che la Corte sembra riconoscere loro come conseguenza di tali loro azioni, disponendo altresì che la decisione dei genitori non possa né essere utilizzata nell'ambito di una difesa nelle azioni nei confronti dei terzi, né essere presa in considerazione per riconoscere eventuali danni.

⁽²¹⁾ «*La realtà del concetto di wrongful life è che l'attore esiste e soffre a causa della negligenza di altri. Non è necessario entrare nella meditazione dei misteri della vita. Non abbiamo bisogno di occuparci del fatto che il convenuto sia stato o meno negligente, il ricorrente non avrebbe dovuto venire al mondo*» (traduzione mia).

bambino nato con una deficienza ereditaria possa agire in giudizio contro il personale medico che, prima del concepimento del bambino stesso, negligenza non ne abbia avvisato i genitori circa la possibilità che questa condizione fosse ereditaria, privandoli della possibilità di decidere di non concepire⁽²²⁾. Nell'affrontare il caso la Corte si richiama alla pronuncia *Curlender*, rilevando come in quell'occasione si fosse erroneamente affermato che la nozione di *wrongful life action* non implichi una valutazione del diritto di non nascere; così facendo, infatti, si sarebbe ignorata la natura dell'illecito e sarebbe stata messa in ombra la differenza tra le *wrongful life actions* e le ordinarie azioni in tema di responsabilità medica prenatale. Mentre in queste ultime, se il convenuto fosse stato negligente, il bambino sarebbe nato sano – il medico ha quindi interferito con il diritto basilare del bambino di essere libero da danni fisici cagionati dal fatto di altri – nella tipologia di azioni in esame il bambino non ha mai avuto la possibilità di nascere pienamente sano: se il convenuto avesse svolto il proprio lavoro correttamente, la ricorrente non sarebbe affatto nata. Bisogna allora stabilire se si possa imputare al medico la responsabilità della nascita della seconda figlia, atteso che egli è colpevole dell'errata diagnosi circa la sordità della prima, e non si configura, quindi, quel nesso di causalità diretta che costituisce uno degli elementi essenziali perché il *tort* venga ritenuto esistente. La Corte ritiene che fosse ragionevolmente prevedibile che i coniugi, venuti a conoscenza della sordità della prima figlia, avrebbero optato per non concepire altri bambini: la negligenza medica ha quindi avuto effetti diretti nei confronti dei genitori così come della secondogenita, cosicché la nascita di quest'ultima è da considerarsi come risultato della negligenza.

Secondo la Corte, accordare il risarcimento dei danni ai bambini portatori di *handicap* non significa in alcun modo sconfessare il principio che la vita ha un altissimo valore, né suggerire che ad un bambino non normodotato non debbano essere accordati diritti e pretese che vengono invece riconosciuti agli altri membri della società: se l'adulto – secondo quanto dispone l'*Health and Safety Code Section 7186* del 1976 – ha il fondamentale diritto di decisione in relazione alle proprie cure mediche anche nel caso di situazioni terminali, in quanto viene riconosciuta l'esistenza di un principio di *public policy* in base al quale ognuno ha il diritto di effettuare determinate scelte sulla base delle proprie considerazioni sul valore della vita o della morte, perché non riconoscere tale diritto anche al bambino? Certamente un bambino non nato non può esprimere scelte circa il valore della vita o della morte, ma in questo

(22) Il dott. Sortini, infatti, non aveva diagnosticato una sordità ereditaria in capo ad Hope, prima ed al tempo unica figlia di una coppia che, proprio confidando sull'esattezza di una diagnosi che indicava l'udito della bambina come normale, aveva concepito una seconda bambina, risultata affetta dalla medesima patologia, e che in seguito agisce in giudizio a titolo di *wrongful life*.

caso potrebbe soccorrere la rappresentanza genitoriale. La Corte riconosce allora la risarcibilità di uno *special damage*⁽²³⁾ in capo alla ricorrente, alla quale vanno quindi rifuse le spese straordinarie rese necessarie da insegnamenti specializzati, attrezzature ed apparecchi acustici dei quali questa si dovrà servire con il venir meno della potestà genitoriale, ovvero una volta raggiunta la maggiore età⁽²⁴⁾.

Il caso francese è uno dei più conosciuti, travagliati e discussi: *l'affaire Perruche* ha visto susseguirsi vari capovolgimenti di fronte, fino alla regolazione della questione in via legislativa. Il fatto storico da cui trae origine la vicenda concerne una donna che durante i primi mesi di gravidanza si rivolge al medico curante per verificare di non essere stata contagiata dalla rosolia, malattia dalla quale è affetta la propria figlia, manifestando l'intenzione di abortire qualora gli esami evidenzino il contagio. Medico e laboratorio di analisi la ritengono immunizzata, cosicché lei porta a termine la gravidanza, salvo poi scoprire che il figlio è affetto da patologie che attestano l'avvenuto contagio, e quindi l'inesattezza della diagnosi. Secondo i ricorrenti la negligenza professionale dei convenuti è stata la causa che ha portato i genitori ad avere un figlio con grave *handicap*, ed il bambino a vivere un'esistenza infelice. Dopo alterne vicende⁽²⁵⁾, nel 2001 la Corte di Cassazione afferma che «Quando gli errori commessi da un medico e dal laboratorio in esecuzione del contratto concluso con una donna incinta impedirono a quest'ultima di esercitare la propria scelta di interruzione della gravidanza, al fine di evitare la nascita di un bambino handicappato, questi può domandare il risarcimento del danno consistente nel proprio *handicap*, causato dai predetti errori»⁽²⁶⁾. In seguito a tale pronuncia, per evitare che si venisse affermando il diritto a non

⁽²³⁾ Lo *special damage* è risarcibile *per sé*, senza alcun confronto tra la situazione attuale del ricorrente e quella pregressa, operazione che nel caso di specie sarebbe impossibile.

⁽²⁴⁾ Nella pronuncia *Procanik* la Corte effettua un ragionamento analogo a quello del caso *Turpin*, concludendo per la risarcibilità degli *special damages*, giustificati dal fatto che una vita disabile comporta un maggior numero di bisogni vitali da soddisfare e, conseguentemente, maggiori spese.

⁽²⁵⁾ O. CAYLA, Y. THOMAS, *Il diritto di non nascere cit.*, pp. 17-18, riassumono l'iter delle pronunce: in prima istanza il Tribunale accoglie la richiesta di risarcimento danni dei genitori e del bambino. La Corte d'Appello conferma l'indennizzo a favore dei genitori e respinge la domanda del figlio, in base alla constatazione della mancanza del nesso di causalità tra le patologie manifestatesi e l'errore imputabile al medico ed al laboratorio. La Cassazione si pronuncia una prima volta nel 1996, confermando la posizione del Tribunale e rinviando la causa alla Corte d'Appello perché vi si conformi, ma questa mette in atto un *arrêt de rébellion* che spinge la Cassazione a confermare nuovamente il proprio orientamento nel 2001.

⁽²⁶⁾ Passo così tradotto dalla Suprema Corte di Cassazione italiana, che nella pronuncia n° 14488/04, in "Giustizia civile", (2005), I, pp. 121-135, ha richiamato la pronuncia francese, per discostarsene nelle conclusioni.

nascere, il legislatore francese è intervenuto all'interno della legge 303/02 – concernente i diritti dei malati e la qualità del sistema sanitario – antepo-
nendovi una disposizione che all'art. 1, comma 1, afferma che nessuno può
dolersi del danno per il solo fatto della nascita.

Anche nell'ordinamento francese, quindi, nonostante l'orientamento ma-
nifestato dalla Corte, si giunge ad affermare in via legislativa l'intangibilità
del principio per il quale l'esistenza è sempre preferibile alla non-esistenza,
nonostante nell'ampio dibattito sulla questione emergano posizioni contra-
rie che ritengono legittimo equiparare l'esistenza ad un danno risarcibile, in
base alla messa in discussione della visione monistica, unitaria e totalizzante
del valore della vita⁽²⁷⁾ ed alla necessità di rispettare il principio di auto-
determinazione del soggetto.

3. La posizione dell'ordinamento italiano

Nel nostro ordinamento giuridico la *wrongful life action* è stata introdotta
nel 1950⁽²⁸⁾, quando il Tribunale di Piacenza è stato chiamato a pronunciarsi
sulla causa intentata da un figlio nei confronti del padre per la trasmissione
dell'infezione luetica.

Tale pronuncia, nonostante venga raramente ricordata, risulta tuttavia
importante, in quanto i giudici accordano il risarcimento al figlio nei
confronti del padre. Tra gli altri, Alpa ha rilevato come «*Anche in quell'oc-
casione si era discusso sul nesso causale e sulla possibilità di considerare il
bene della vita come un disvalore. E il caso fu risolto [...] in termini di valori
moralì, piuttosto che non in termini di causalità: non è giusto soffrire per tutta
la vita, breve o lunga che essa sia, per un errore altrui (sia questo imputabile ai
genitori o al medico, e sia l'errore anche solo di natura diagnostica)*»⁽²⁹⁾. La
dottrina, al tempo, criticò duramente quest'impostazione: Carnelutti pose
l'accento sul valore della vita, affermando che «*Se un malato vale meno d'un*

(27) È quanto sarebbe possibile fare, secondo C. PICCOCCHI, *Il diritto a non nascere: verso il riconoscimento delle wrongful life actions nel diritto francese? cit.*, p. 680, analizzando gli artt. 36-37 del codice di deontologia medica, che vietano ogni pratica definibile come accanimento terapeutico, nonché in base alla legge n° 99-477 del 9 giugno 1999.

(28) Sent. Tribunale di Piacenza, 31 luglio 1950, in "Il Foro italiano", (1951), I, p. 987.

(29) G. ALPA, *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica. La giurisprudenza civile*. Relazione presentata al Congresso organizzato dalla Corte Costituzionale e dal Consiglio Nazionale Forense a Roma, Palazzo della Consulta, il 21-10-2005, in *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica. Atti del Seminario 21 ottobre 2005*, Giuffrè, Milano 2006.

sano, a fortiori la vita, anche d'un malato, vale qualcosa, mentre la non vita non vale niente»⁽³⁰⁾, mentre altri, tra cui Elia⁽³¹⁾, ritennero che in tale modo si sarebbe aperta la strada ad azioni esperite in caso di trasmissioni ereditarie dannose come l'estetica, il carattere morale o la condizione sociale.

Si può menzionare, inoltre, una successiva vicenda romana⁽³²⁾, dove i genitori, in proprio e quali legali rappresentanti della figlia minore, convengono in giudizio un centro di diagnostica prenatale e medicina materno-fetale che non aveva rilevato, attraverso le indagini ecografiche, le gravi malformazioni osseo-articolari della nascita, impedendo ai genitori di non portare a termine una gravidanza che prospettava gravi difficoltà per loro stessi e per la nascita. Il Tribunale, anche in relazione alla domanda svolta nell'interesse della minore, ha accordato il risarcimento – accertato a livello presuntivo – del solo danno per la menomazione dell'integrità psicofisica sofferto dai genitori una volta scoperta la malformazione, mentre nessun ristoro è stato riconosciuto a favore della bambina, non ritenendosi sussistenti né un diritto a non nascere, né un rapporto di causalità tra l'errore diagnostico e la malattia congenita della bambina. L'esistenza, infatti, per il Tribunale romano va sempre considerata come una benedizione, cosicché il riconoscimento di un diritto a non nascere risulta incompatibile con l'attuale ordinamento italiano, che considera il bene della vita come supremo ed indisponibile.

Perché la Suprema Corte di Cassazione si pronunci sulla tematica in questione bisogna aspettare il 2004, quando, con la pronuncia n° 14488 della III Sez. Civile, la Corte si esprime a chiare lettere sull'inconfigurabilità del diritto a non nascere in un ordinamento come il nostro, improntato alla tutela della vita. Tale orientamento viene in seguito confermato anche dalla sentenza, propria della stessa Sezione, n° 16123 del 2006.

La pronuncia del 2004 consegue ad un ricorso promosso da due coniugi brindisini e basato sull'asserzione che nel nostro ordinamento esiste il diritto di nascere sani o non nascere affatto, in quanto l'art. 32 Cost. tutela la salute come diritto fondamentale, l'art. 2 Cost. protegge i diritti inviolabili della persona e varie leggi, tra le quali la 1294/71, la 903/77 e il d.p.r. 1206/76, tutelano la maternità, e quindi la salute stessa del nascituro. La Corte, tuttavia, ritiene questo motivo di ricorso infondato, e conseguentemente lo rigetta. Se, infatti,

⁽³⁰⁾ F. CARNELUTTI, *Postilla*, in "Il Foro italiano", (1951), I, p. 989.

⁽³¹⁾ L. ELIA, *Responsabilità del genitore verso il figlio ereditario*, in "Il Foro italiano", (1951), I, p. 987.

⁽³²⁾ Sent. Tribunale di Roma, 13 dicembre 1994, in "Rivista di diritto di famiglia e delle persone", (1995), pp. 662 ss.

non c'è dubbio che tra medico⁽³³⁾ e paziente intercorra un contratto di prestazione professionale⁽³⁴⁾, che consente ad un soggetto che con la nascita abbia acquistato personalità giuridica di convenire il medico, una volta accertata l'esistenza di un rapporto di causalità tra un comportamento colposo anteriore alla nascita ed il danno al soggetto stesso, nel caso di specie tuttavia la malattia della minore non è addebitabile, in tutto o in parte, al comportamento commissivo o omissivo del sanitario, cosicché manca il nesso di causalità⁽³⁵⁾. I ricorrenti ritengono che l'ordinamento italiano preveda l'aborto eugenetico, a cui sarebbero tenuti i genitori ove correttamente informati della malformazione del feto da parte del sanitario, con la conseguenza che la mancata informazione renderebbe il medico unico responsabile della vita non sana o ingiusta della minore, la cui alternativa sarebbe stata quella di non nascere. Per la Corte, al contrario, la configurazione del nostro ordinamento non consente di accogliere questa conclusione. Certamente il nostro sistema tutela l'embrione sin dal concepimento e può parlarsi di 'diritto di nascere sani', ma con tale locuzione si vuole affermare che, sotto il profilo privatistico della responsabilità contrattuale, extracontrattuale e da contatto sociale, nessuno può procurare al nascituro lesioni o malattie, mentre sotto il profilo pubblicistico devono essere disposti quegli istituti normativi e quelle strutture di tutela, cura ed assistenza idonei a garantire una nascita sana. L'aborto eugenetico, quindi, non esiste né come diritto della gestante, né come diritto del nascituro da far valere successivamente alla nascita, sotto il profilo risarcitorio del mancato esercizio: in relazione alle disposizioni contenute nella legge 194/78, infatti, la Corte ritiene che «*Nel bilanciamento [...] tra il valore e la tutela della salute della donna e la tutela del concepito, la legge permette alla madre di autodeterminarsi, in presenza delle condizioni richieste e del pericolo per la sua salute, a richiedere l'interruzione di gravidanza. Da ciò consegue che la sola esistenza di malfor-*

(33) Colpevole di aver correttamente prescritto alla gestante, affetta da beta talassemia eterozigote, gli accertamenti di rito per la gravidanza, senza tuttavia aver presupposto che il coniuge fosse talassemico, e senza aver dato di conseguenza alcun avvertimento circa i rischi per la nascita, che dopo il parto era risultata affetta da talassemia *maior*.

(34) In base al quale il medico si impegna a fornire alla madre le cure che le consentano una corretta gestazione ed al feto le prestazioni che gli garantiscano la nascita, evitandogli, nei limiti consentiti dalla scienza, ogni possibile danno (trattasi di contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi).

(35) Parte della dottrina suggerisce di rivisitare il concetto di nesso di causalità. Tra gli altri, GUARNIERI, *Nascita di un figlio malformato, errore diagnostico del medico e regola di responsabilità civile*, in "Rivista di diritto civile", (2002), pp. 849 ss.; G. ALPA, *L'affaire Perruche*, in A. BRAUN (a cura di), *Dalla disgrazia al danno*, Giuffrè, Milano 2002, p. 366; S. MIRANDA, *Diritto a non nascere: essere o non essere e ricerca della felicità*, in "Periodico di Vita Notarile", 57, (2005), 3, pp. 1399-1400.

mazioni del feto, che non incidano sulla salute o sulla vita della donna, non permettono alla gestante di praticare l'aborto»⁽³⁶⁾.

Rigettata la pretesa attorea concernente l'aborto eugenetico, la Cassazione analizza compiutamente la questione della sussistenza di un diritto del concepito ad agire a titolo di *wrongful life*. Secondo la Corte, in Italia il dibattito dottrinale è stato alimentato non solo dall'*affaire Perruche*, ma anche dalla sentenza n° 6735/2002 della Corte stessa, dove, dopo aver qualificato il contratto tra medico e gestante come avente effetti protettivi nei confronti di terzi, il Giudice di legittimità aveva ritenuto che l'inadempimento del medico rilevi direttamente anche nei confronti del padre del bambino, e che la possibilità di esercitare il diritto ad una procreazione cosciente e responsabile, interrompendo la gravidanza, assuma rilievo in relazione al nesso di causalità, ma non come criterio di selezione del danno risarcibile. Per parte della dottrina l'ulteriore passo da compiere sarebbe quindi quello di riconoscere anche per il concepito – dato che è protetto dal contratto – il diritto al risarcimento del danno per la vita ingiusta che egli è tenuto a sopportare in quanto affetto da *handicap*. Per la Cassazione, tuttavia, stante la normativa esistente, non è possibile seguire questo orientamento in quanto, mentre per i genitori l'inadempimento ha dato origine alla sequenza causale che ha impedito alla donna di esercitare il proprio diritto di autodeterminazione, per il concepito malformato l'evento finale della sequenza causale consiste nella vita non voluta, per cui occorre esaminare se tale facoltà gli sia riconosciuta dall'ordinamento. Un simile diritto si configurerebbe come 'adespota', poiché a norma dell'art. 1 c.c. la capacità giuridica si acquista con la nascita, ed i diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento-nascita stesso⁽³⁷⁾. Qualora un simile diritto esistesse, ne conseguirebbe che questo avrebbe un titolare solo in caso di violazione, dato che in mancanza della stessa – e quindi in caso di non nascita del soggetto – non vi sarebbe alcun titolare: il titolare di questo presunto diritto, in altre parole, non avrebbe

⁽³⁶⁾ Corte di Cassazione, III Sez. Civile, sent. n° 14488/04, in "Giustizia civile", (2005), pp. 121 ss..

Il riferimento è agli artt. 4 e 6 della legge 194/78. E. GIACOBBE, *Brevi osservazioni sul danno da nascita indesiderata, ovvero un bambino malformato non ha diritto di nascere*, in "Giustizia civile", (2005), pp. 2129-2134, ricorda come nella sentenza 7 settembre 1998 del Tribunale di Perugia, in "Il Foro italiano", (1999), I, 1804, si affermi che la legge 194 «Non abdica certo al principio del riconoscimento del valore primario e centrale della vita umana e della necessità che essa sia tutelata in ogni sua forma, ancorché non perfetta, perché ad essa è comunque riconducibile una valenza sul piano dell'evoluzione e della realizzazione dell'individuo e sul piano della spinta alla solidarietà sociale».

⁽³⁷⁾ Ad esempio, gli artt. 462, 687, 715 c.c.. Tali previsioni costituiscono un'eccezione alla regola prevista dall'art. 1 c.c..

mai la possibilità di esercitarlo⁽³⁸⁾. È allora più congruente osservare che l'ordinamento offre una tutela al concepito nel senso della nascita, e non verso la non nascita, «*Per cui se di diritto vuole parlarsi, deve parlarsi di diritto di nascere*», e a conferma di ciò vengono richiamate varie disposizioni normative, dalle quali si desume la volontà del legislatore di tutelare l'individuo sin dal concepimento. Il fondamento costituzionale di questa protezione si rinviene negli artt. 31.2 (un articolo che protegge la maternità non può non proteggere colui che consente alla donna di diventare madre), 2⁽³⁹⁾ e 32⁽⁴⁰⁾. Legislativamente sono invece da ricordare la legge 194/78, la quale all'art. 1 proclama che «*Lo Stato [...] riconosce il valore ideale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio*» – che per la Corte è da riferirsi al momento del concepimento – mentre agli artt. 17-19 sanziona penalmente l'interruzione di gravidanza per colpa, la determinazione colposa di un parto prematuro, senza il consenso della donna o fuori dei casi consentiti, nonché le leggi 1204/71, 903/77 ed il d.p.r. 1206/76, emanati proprio per accordare forme di assistenza sanitaria alle gestanti e tutelarle in ambito lavorativo, garantendo la salute della donna ed assicurando al nascituro il migliore sviluppo e la salute.

Secondo la Corte, «*Sostenere che il concepito abbia un diritto a non nascere, sia pure in determinate situazioni di malformazione, significa affermare l'esistenza di un principio di eugenesi o di eutanasia prenatale, che è in contrasto con i principi di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., nonché con i principi di indisponibilità del proprio corpo di cui all'art. 5 c.c.*». Ulteriori implicazioni sarebbero date inoltre dalla difficoltà di determinare quale sia la soglia di *handicap* ritenuta necessaria e sufficiente affinché tale diritto venga riconosciuto in capo al concepito⁽⁴¹⁾, nonché dalla possibile configurazione del-

⁽³⁸⁾ Ammettendo che tale diritto sia esercitabile, per la Corte nessuno potrebbe farlo valere: non il concepito non ancora nato, non il medico, né la gestante, il cui diritto è subordinato all'esistenza o meno delle malformazioni fetali. Rileva però E. GIACOBBE, *Wrongful life e problematiche connesse*, in "Giustizia civile", (2005), pp. 136 ss., che l'argomentazione non è necessariamente congruente, in quanto, se consideriamo l'art. 320 c.c., i genitori rappresentano i figli nati e nati; in ipotesi, perciò, esisterebbe un soggetto legittimato ad azionare il preteso diritto.

⁽³⁹⁾ Dove rinveniamo il principio solidaristico.

⁽⁴⁰⁾ Il diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost., garantito sia come diritto fondamentale dell'individuo che come interesse della collettività, per la Corte non è limitato alle attività che si esplicano dopo la nascita, né è condizionato alla nascita stessa, ma deve ritenersi esteso al dovere di assicurare le condizioni favorevoli nel periodo che la precedono, volte a garantire l'integrità del nascituro.

⁽⁴¹⁾ Anche S. MIRANDA, *Diritto a non nascere: essere o non essere e ricerca della felicità cit.*, p. 1406, sottolinea che il grado di tollerabilità della vita stessa non è predeterminabile, poiché dipende dalla variabile dell'animo umano. È impossibile, allora, stabilire in astratto se un disabile consideri la propria vita come dono o come danno.

l'obbligo, in capo alla madre, di chiedere l'aborto: ogni volta in cui vi fosse la previsione di malformazioni o anomalie, la gestante, per non ledere questo presunto diritto a non nascere se non sani, avrebbe l'obbligo di chiedere l'aborto, in quanto in caso contrario si esporrebbe ad una responsabilità (almeno patrimoniale) nei confronti del nascituro che sia nato. Nel nostro ordinamento, tuttavia, quello all'aborto è un diritto personalissimo e non autonomo, non un obbligo, e va esercitato – secondo la Corte – solo in connessione con la tutela della vita e la salute della madre, alla presenza delle condizioni previste nella legge 194⁽⁴²⁾. Se nel nostro ordinamento esistesse un diritto del concepito malformato a non nascere se non sano, non si porrebbe più un problema di bilanciamento di interessi, ma in ipotesi di gravi malformazioni si avrebbe una convergenza di diritti da proteggere; il nato, tuttavia, non può dolersi del fatto che la madre non sia stata posta nelle condizioni di interrompere la gravidanza, in quanto un soggetto il cui diritto è suscettibile di soccombere non può invocare la tutela risarcitoria contro un altro soggetto che, se si fosse avvalso di una scriminante, avrebbe potuto lederlo.

Ancora, se tale diritto esistesse, mancherebbe un danno risarcibile per il nato deforme o con gravi patologie, in quanto va risarcito il danno che sia conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento medico ex art. 1223 c.c., e risulta pertanto necessario valutare se ci troviamo davanti ad una diminuzione rispetto allo stato anteriore, da reintegrarsi mediante il risarcimento; l'omessa o errata informazione non ha tuttavia comportato una posizione deteriore per il concepito, né il danno è quantificabile, in quanto non si tratta di confrontare una vita malata con una sana, ma con una non vita, che costituisce perdita assoluta, «*Infatti, indipendentemente da considerazioni etiche [...] secondo cui il bene della vita è il massimo dei valori e non esiste una perdita maggiore della morte, va osservato che tale principio è trasfuso anche nel nostro ordinamento, che sanziona in modo più severo l'aggressione alla vita (art. 575 c.p.) rispetto alla lesione all'integrità fisica, per quanto gravissima (artt. 582-583 c.p.)*».

Circa l'orientamento che propone di accordare il risarcimento abbandonando la prospettiva della responsabilità conseguente alla lesione di una situazione giuridica soggettiva – data la difficoltà di individuare l'interesse

⁽⁴²⁾ Secondo la Corte, la facoltà di esercitare l'interruzione di gravidanza integrerebbe per la donna il diritto di avvalersi di una peculiare e tipizzata forma di esimente dello stato di necessità, simile a quella di cui all'art. 54 c.p., per quanto molto più attenuata. Per alcune considerazioni in materia, E. GIACOBBE, *Wrongful life e problematiche connesse cit.*, pp. 137 ss., in cui l'Autrice sottolinea anche come la lettura della legge 194 proposta dalla Corte sia in realtà molto lontana dalla prassi operativa. In particolare, alla nota 7 viene dato conto di come un considerevole numero di precedenti ricavi da tale legge un vero e proprio diritto della donna ad abortire.

protetto ed il danno conseguente – per accogliere quella in base alla quale vivere una vita malformata è di per sé una situazione esistenziale negativa, e conseguentemente andrebbe configurata la lesione di un diritto della personalità, per un'esistenza difficile da vivere in ragione delle gravi limitazioni fisiche⁽⁴³⁾, la Corte lo respinge con forza, affermando al contrario che la categoria del danno esistenziale non esiste nel nostro ordinamento⁽⁴⁴⁾. Anche questo orientamento, inoltre, non consentirebbe di superare la problematicità del comportamento da tenersi nei confronti del danneggiato, ovvero il non farlo nascere perché malformato, 'bypassando' l'inizio della 'vita senza dignità' del malformato, ovvero la nascita dello stesso in luogo della non nascita, cui va collegata la successiva *wrongful life*. Pur ammettendo che si tratti di lesione dei diritti della personalità, non si potrebbe comunque affermare che il danno è *in re ipsa*, ma occorrerebbe dar prova di un danno che presenti i requisiti ex 1223 c.c.: come non si può invocare tutela per il non acquisto della condizione umana e contro il fatto che rende il nato soggetto all'ordinamento, così la violazione dei diritti della personalità può avvenire anche prima dell'acquisto della capacità giuridica, ma in seguito deve esserci la nascita. Tali diritti, infine, non riguardano né un diritto né una semplice aspettativa a nascere sano, dal momento che anche in questo caso l'alternativa sarebbe quella di non nascere affatto.

Con la sentenza n° 16123/06 la Cassazione ribadisce il principio in base al quale nel nostro ordinamento non esiste un diritto a non nascere, o a non nascere se non sano, in quanto alla luce della legge 194 la presenza di malformazioni fetali non comporta, *sic et simpliciter*, la possibilità per la gestante di interrompere la gravidanza, dovendo al contrario sussistere i requisiti previsti da detta legge. Sarà quindi la madre, qualora non sia stata debitamente informata, a potersi dolere delle malformazioni del feto, secondo lo schema proprio della sentenza del 2004. Unico – ma non irrilevante – profilo di novità rispetto alla pronuncia del 2004 è dato dallo spunto critico relativo alla *wrongful life action*: nonostante tenga ferma la propria posizione circa la non risarcibilità del danno, la Corte afferma tuttavia che «*La Corte si rende conto che la decisione adottata comporta un vulnus ai diritti delle due minori, ma ritiene che la soluzione di casi come quello di specie non possa essere*

(43) È la posizione di P.G. MONATERI, *La Marque de Cain*, in *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?* cit., pp. 298 ss..

(44) Concorde G. ALPA, *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere cit.*. La dottrina, tuttavia, ha da tempo individuato questo *tertium genus* all'interno della responsabilità civile, incentrato sul 'fare non reddituale' della persona. La letteratura sul punto è vasta; tra gli altri, si può ricordare P. CENDON, *Esistere o non esistere*, in "Responsabilità civile e previdenza", (2000), p. 1252; P. ZIVIZ, *I nuovi danni secondo la Cassazione*, in "Responsabilità civile e previdenza", (2001), p. 1203; G. CASSANO, *Il danno esistenziale*, in "La nuova giurisprudenza civile commentata", (2002), II, p. 251.

ricercata nella elaborazione giurisprudenziale ove manchi il supporto indispensabile di una normativa che la consenta». Sembra quasi, quindi, che il Giudice di legittimità auspichi, *de iure condendo*, se non il riconoscimento di tale tipologia di azioni, quantomeno un intervento legislativo che permetta di accordare tutela in casi analoghi a quello di specie.

4. Brevi considerazioni sull'opportunità di accogliere l'azione

Molte delle voci che si ergono in dottrina sono favorevoli alla possibilità di ritenere azionabile la pretesa risarcitoria del bambino, in quanto si avverte come ingiusto che un bambino non veda, seppur indirettamente, riconosciuta la sua condizione disagiata, e davanti alle molteplici difficoltà che questi può incontrare in concreto non sembra sufficiente la constatazione che in fondo bisogna rassegnarsi alla condizione cui il destino ci ha consegnato, come ha invece affermato la Corte tedesca nel 1986.

Alcuni⁽⁴⁵⁾ ritengono che l'unico ostacolo all'accoglimento della pretesa sia dovuto alla difficoltà di monetizzazione del danno, e propongono così la tesi del *balancing approach*. Entro questa concezione si osserva come il comportamento del medico abbia una conseguenza di immenso valore (la vita), ma il risultato cui l'attore tendeva fosse la non-esistenza, in quanto in concreto la vita sarebbe stata insopportabile. Anche se è vero che una vita con difetti ha meno valore di una perfetta, è però altrettanto vero che essa ha comunque più valore di una 'non vita', e tuttavia il bambino non ha mai avuto un'esistenza 'normale': per monetizzare il danno bisognerà allora compensare i benefici risultanti dall'essere in vita con i danni subiti, assumendo la 'non vita' come valore neutro⁽⁴⁶⁾, cosicché la vita con difetti avrà un valore dato dalla differenza tra i benefici dati dall'esistenza stessa e la gravità dei difetti presenti. Quando la malformazione è limitata, per tale via si potrà negare il risarcimento, poiché il carico della vita può risultare compensato dal beneficio della stessa, mentre se la malformazione è grave si concederà il risarcimento, che potrà così essere graduato in proporzione ai difetti del bambino. Si ravvisa quindi nella negligenza medica la fonte della responsabilità riguardante la nascita, poiché è stata la condotta del convenuto a produrre il risultato di un'entrata sofferente in una vita disabile: il medico ha il dovere di prevenire la nascita di una persona disabile, anche se ciò può risultare ostico da accettare su di un piano morale.

⁽⁴⁵⁾ L. BREGANTE, *Dignità del bambino e diritto alla pianificazione familiare dei genitori negli USA cit.*, pp. 202 ss..

⁽⁴⁶⁾ È quanto fa anche F. BACCHINI, *Il diritto di non esistere*, McGraw-Hill, Milano 2002, pp. 235 ss., nel tentativo di rendere commensurabili esistenza e non-esistenza.

Altri Autori ⁽⁴⁷⁾ suggeriscono di configurare quella in questione come una lesione del diritto della personalità. Il nato dovrebbe far valere il fatto stesso di vivere una vita malformata, in quanto tale condizione è di per sé negativa dal punto di vista esistenziale, indipendentemente dalle alternative a disposizione. Bisognerebbe quindi svincolarsi dal paragone con una vita sana – che comunque non ci sarebbe mai stata – e focalizzarsi sull’obiettività del vivere male a causa dell’azione colpevole altrui: considerando il danno lamentato come lesione della personalità, si potrebbe ritenere che l’offesa per la vittima sia data dalla negligenza che le ha fatto vivere un’intera vita come essere menomato. Non si tratta di vivere *tale* vita piuttosto che non vivere affatto, ma di punire il sanitario per avere considerato la cura della madre come una semplice operazione di *routine*, invece di assicurarle l’assistenza necessaria, chiedendogli di rispondere di un danno alla personalità del bambino nei suoi riflessi esistenziali – un bambino inteso cioè come soggetto astratto di diritto ex art. 2 Cost. – e che si configura perciò *in re ipsa*. Il medico verrebbe a violare in questo modo una regola di diritto pubblico generale a tutela indiretta della persona concretamente coinvolta, cosicché si configurerebbe per il nascituro una legittima aspettativa a nascere sano. Per questa dottrina l’offesa alla dignità umana sussisterebbe astrattamente, quindi, come ingiusta ai sensi dell’art. 2043 c.c., ed il venire al mondo del soggetto si porrebbe come uno dei requisiti di proponibilità dell’azione (e non come elemento integrante la fattispecie di responsabilità), in quanto l’offesa astratta concernerebbe – grazie alla nascita – un soggetto che concretamente potrà assumere la veste di controparte processuale e che potrà agire per lamentare l’offesa alla propria personalità, offesa che lui avrebbe subito anche se non fosse mai venuto ad esistenza. Il danno-evento lamentato, pertanto, non sarebbe più il vivere malformato, ma l’offesa come ingiuria alla dignità, il che comporta l’indifferenza del mero fatto della nascita stessa.

Infine, vi sono Autori ⁽⁴⁸⁾ che, nonostante condividano la constatazione che le famiglie del bambino portatore di *handicap* prima, ed il portatore di *handicap* ormai adulto poi, siano tenuti a sopportare spese supplementari a causa della malattia o della malformazione, tuttavia non ritengono opportuno ammettere tale tipologia di azione. Si rileva che il medico è obbligato nei confronti della donna e non del feto, cui spetta il diritto a non essere danneggiato, ma che è tuttavia sottoposto all’autonomo diritto della madre circa il portare a termine la gravidanza. Se così non fosse, la conseguenza sarebbe quella di individuare un dovere del medico di porre la madre in condizione di uccidere il feto, con la conseguente proliferazione di azioni dei figli nei confronti dei genitori, responsabili di aver scelto di mettere al mondo un figlio nonostante fossero a

⁽⁴⁷⁾ P.G. MONATERI, *La Marque de Cain cit.*, pp. 285 ss..

⁽⁴⁸⁾ A. D’ANGELO, *Un bambino non voluto è un danno risarcibile? cit.*, pp. 173 ss..

conoscenza dell'*handicap*. La letteratura favorevole alle *wrongful life actions* cadrebbe quindi troppo spesso nell'equivoco di assimilarle a quelle di *wrongful birth*, identificando nel comportamento negligente del medico la causa della nascita disabile, mentre in realtà non sussiste il nesso di causalità tra negligenza medica e malformazione del bambino: per colpa del medico si ha semplicemente l'evento-nascita – con conseguente impossibilità di comparazione tra vita e 'non vita' – ed il professionista non ha alcun *duty of care* nei confronti del bambino. Per individuare tale *duty*, infatti, dovremmo applicare una *fictio* in base alla quale l'informazione è dovuta al feto, e la madre opera da tramite: una volta avvisata la donna (*curator ventris* del figlio) circa le malformazioni del nascituro, a questa starebbe la scelta se abortire o meno, con la conseguenza che se la gestante decidesse di interrompere la gravidanza non si porrebbe il problema della volontà del figlio, mentre se decidesse di portarla a termine il bambino potrebbe convenirla in giudizio, in quanto colpevole di averlo consegnato ad un'esistenza miserabile.

Per salvaguardare gli interessi del bambino, tuttavia, potrebbe essere possibile percorrere una strada alternativa, che non implica il riconoscimento di quest'azione, atteso che dati strutturali – primo fra tutti la mancanza del nesso di causalità – e ragioni di opportunità ne sconsigliano l'accoglimento. Visto che una *wrongful birth action* è sempre possibile ed il danno ai genitori viene risarcito, le Corti potrebbero riconoscere ai genitori stessi un risarcimento che non comprenda solo il mantenimento e le cure del figlio fino alla maggiore età, ma consideri anche il protrarsi del danno e la sua gravità in termini di prospettiva, in quanto il disabile non perde la propria condizione di *handicap* diventando maggiorenne, ed è in genere destinato a rimanere a carico dei genitori. Le spese di mantenimento e cura del figlio sarebbero così riconosciute ai genitori – attori a titolo di *wrongful birth* – per un ammontare maggiore rispetto a quanto accada oggi, in modo da comprendere sia il danno patrimoniale fino alla propria morte che un'ulteriore somma che copra, alternativamente, il danno patrimoniale dato dalle spese straordinarie che il figlio (o chi per lui) dovrà continuare ad affrontare a causa della disabilità anche in seguito alla morte dei genitori, o il danno morale degli attori stessi dovuto alle angosce causate dalla preoccupazione riguardo al futuro del figlio. Non si può infatti non riconoscere come la vita di una persona diversamente abile sia caratterizzata sia da maggiori difficoltà che da maggiori spese, ed è quanto mai opportuno intervenire su questo versante, ma ciò non può essere fatto – anche a mio avviso – ricorrendo a *fictiones* talvolta eccessivamente fantasiose⁽⁴⁹⁾, né effettuando confronti tra esistenze

⁽⁴⁹⁾ Cfr. anche O. CAYLA, Y. THOMAS, *Il diritto di non nascere cit.*, p. 95, nonché p. 147. Gli autori propongono di individuare una doppia natura del bambino: come essere vivente, egli è disabile dall'origine, mentre come soggetto di diritto è vittima di un pregiudizio.

e non-esistenze, o confondendo i piani fino ad individuare nella negligenza medica una causa della malattia del bambino: di fronte al problema dell'*handicap* è necessario operare su più fronti, e la tecnica risarcitoria può essere uno di questi, ma non l'unico. Per una soluzione più soddisfacente della questione, infatti, le tecniche risarcitorie dovrebbero combinarsi con un intervento statale che consenta in concreto ai disabili di far fronte alle proprie difficoltà quotidiane.

5. *Spunti critici*

La disputa circa la possibilità di accogliere la pretesa dell'attore in materia di *wrongful life action* solleva interrogativi che riguardano la nostra concezione della vita, il nostro rapporto con alterità e disabilità, la nostra probabilmente strutturale incapacità di dare risposte nette in temi tanto delicati come quelli che riguardano la percezione degli altri e di noi stessi come persone. Avanzare una pretesa come quella in oggetto, infatti, significa non ritenere la vita in sé e per sé degna di essere vissuta e, al contrario, considerare una vita affetta da disabilità un peso insopportabile, sia per chi la vive che per chi gli sta accanto, avanzando – nemmeno troppo surrettiziamente – l'idea che le vite normodotate possano essere considerate 'vite piene', 'di serie a', mentre quelle disabili si collochino ad un livello inferiore, quasi fossero 'di serie b'.

Si impone quindi una riflessione seria sul significato che attualmente ha il concetto 'dignità', al fine di comprendere se possa esserci una dignità anche per chi vive una vita disabile o sofferente e nel viverla – da più parti, e soprattutto in bioetica, sembra infatti ritenersi che qualora la vita non risponda ad un determinato *standard* qualitativo sia ad essa preferibile la morte – e tuttavia, anche approfondendo la tematica, una soluzione certa non può essere trovata, data l'ambivalenza di un termine che può configurarsi tanto universalistico quanto particolaristico, che si assume talvolta come predicato dell'essere umano (come tale indipendente da ogni riconoscimento sociale) e talaltra come frutto di riconoscimento, che può essere legato tanto all'umanità intera quanto allo svolgimento di una determinata attività, alla presenza di alcuni elementi nel proprio vivere quotidiano o al possesso di certe qualità, e che quindi all'un tempo può unire gli esseri umani o dividerli, creando ulteriori barriere⁽⁵⁰⁾.

⁽⁵⁰⁾ Per alcune riflessioni sul tema, cfr. A. ARGIOFFI, P. BECCHI, D. ANSELMO (a cura di), *Colloqui sulla dignità umana. Atti del Convegno internazionale: Palermo, ottobre 2007*, Aracne, Roma 2008; P. CATTORINI, E. D'ORAZIO, V. POCAR (a cura di), *Bioetiche in dialogo: la dignità della vita umana, l'autonomia degli individui*, Zadig, Milano 1999 (stampa 2000); B. MAGLIONA, *Un percorso comune: sacralità e qualità*

Nonostante le proclamazioni contenute nelle varie Costituzioni e Carte internazionali, che si richiamano all'eguale dignità degli esseri umani e sono spesso improntate ad una forte istanza solidaristica, oggi sembra dominare una concezione per la quale la vita è degna di essere vissuta e si è degni di essere cittadini a pieno titolo solo se si possiedono certi requisiti, quali, in primo luogo, autonomia e razionalità. Una simile impostazione si rinviene sia in bioetica sia in ambito politico, dove l'agente morale delle teorie coerentista, utilitarista, liberale, libertaria o kantiana è in genere un – irrealistico? – individuo razionale, autonomo e decontestualizzato, che quando si relaziona lo fa in nome di un vantaggio, instaurando rapporti simmetrici con le altre parti del contratto sociale⁽⁵¹⁾.

Però disabili fisici e mentali, ovvero coloro che ricorrerebbero alla *wrongful life action*, non presentano queste caratteristiche: certo non sono autonomi, non sempre sono razionali, e le relazioni che essi instaurano sono connotate da una forte asimmetria. Ogni azione nei loro confronti, ogni diritto che viene loro riconosciuto, sembra potersi configurare più come una concessione degli inclusi, che non come il frutto della presa di coscienza che anche tali soggetti sono cittadini a pieno titolo. Ma se la società attuale stigmatizza le diversità (la disabilità, infatti, è solo una delle diversità che possono essere prese in considerazione) e veicola il binomio 'diversità-inferiorità', quale spazio può essere riconosciuto all'esistenza di un disabile? Come potrà un disabile sentire la sua vita meritevole di essere vissuta e ravvisare una dignità anche nel suo difficile quotidiano? Non sarà per lui più facile, anziché ribellarsi portando avanti una battaglia che sembra oggi essere destinata ad un indiscutibile insuccesso, inserirsi all'interno del filone di pensiero dominante, giudicando la propria vita come 'sbaglio', 'danno', e credere quindi che non esistere sarebbe stato meglio rispetto ad un'esistenza così misera? Una lettura critica della *wrongful life action* potrebbe portare a scorgere nella stessa una richiesta di aiuto o un grido di rabbia di chi, giudicato inferiore dalla società, si arrende a questa logica, ormai

della vita umana nella riflessione bioetica, Giuffrè, Milano 1996; R. MORDACCI, *Una introduzione alle teorie morali. Confronto con la bioetica*, Feltrinelli, Milano 2003; B. PASTORE, *Per un'ermeneutica dei diritti umani*, Giappichelli, Torino 2003 nonché *Pluralismo, fiducia, solidarietà: questioni di filosofia del diritto*, Carocci, Roma 2007; K. SEELMANN, in P. BECCHI (a cura di), *Dalla bioetica al biodiritto*, Bibliopolis, Napoli 2007; F. VIOLA, *Etica e metaetica dei diritti umani*, Giappichelli, Torino 2000; si vedano anche le voci "Dignità umana" e "Disabilità e Riabilitazione", in *Enciclopedia Filosofica*, Bompiani, Milano 2006, rispettivamente pp. 2863-2865 e 2986-2987.

⁽⁵¹⁾ Cfr. R. MORDACCI, *Una introduzione alle teorie morali cit.*, nonché M. NUSBAUM, *Le nuove frontiere della giustizia. Disabilità, nazionalità, appartenenza di specie*, Il Mulino, Bologna 2007, pp. 45-46, 55-73.

convinto che sia inutile combattere per un pieno riconoscimento sociale se non si possiedono le caratteristiche ritenute vincenti. In tal modo, tuttavia, si smette di valutare criticamente una società alla quale spetterebbe il compito di mettere i propri componenti – tutti – nella condizione di esprimere le proprie capacità, valorizzando l’apporto che ciascuno può dare, ormai svincolata dalla mera logica dell’utile. Una vita fiorente, che possa dirsi ‘umana’ nel senso proprio del termine, infatti, non è spesa solamente nell’ambito della produttività, ma si gioca anche su altri campi, dove, ad esempio, creatività, sentimento, gioco, e rapporto con le altre specie rivestono un ruolo importante. Ma arrendersi alla logica dominante, pensare che la propria vita non sia degna di essere vissuta perché non è produttiva, non impedisce forse di contribuire al tentativo di cambiare le cose?

Oltre al curioso profilo di disparità che verrebbe a crearsi se si ammettesse l’esperibilità della *wrongful life action* – in quanto ci si potrebbe chiedere perché accordare il risarcimento a chi ha avuto la ‘fortuna’ di nascere disabile in seguito ad un’errata diagnosi e non a chi è nato disabile in seguito alla consapevole decisione dei genitori di non abortire – quest’azione può infatti essere criticata in quanto contribuirebbe a concretizzare il rischio di arrivare, in un giorno non troppo lontano, a trasformare gli esseri umani in prodotti, a non riconoscerli cioè come persone a pieno titolo se ed in quanto diversi dallo *standard* dominante⁽⁵²⁾. Non potrebbe, allora, essere anche la *wrongful life action* un prodotto di quella logica dominante attuale che stigmatizza le diversità e cerca di nasconderle, per evitare il confronto e l’impegno nei loro riguardi? E non sarebbe più opportuno, invece di trovare strade alternative che consentano di accordare una somma a titolo di risarcimento del danno dato da una vita considerata sbagliata, impegnarsi attivamente per un ripensamento sociale, che operi per l’inclusione anziché per la perpetrazione di antiche esclusioni?

Si dovrebbe, a tal fine, in primo luogo abbandonare la comune percezione di ritenere degno di rispetto ed anche di vivere solo chi sia in possesso dei requisiti di autonomia e razionalità, per abbracciare invece una visione che prenda coscienza della fragilità e della vulnerabilità che ci contraddistinguono ed accomunano, ma che sono altresì sempre meno tollerate. In questo senso può essere utile abbracciare una concezione neo-aristotelica, che ci aiuti a percepirci come animali con bisogni, che hanno una propria dignità *all’interno* della propria condizione di finitudine e vulnerabilità umana, e non *oltre* a questa; una dignità che va tutelata e promossa *proprio perché* non

⁽⁵²⁾ Espressione di quella che l’ottica di genere individua essere una concezione androcentrica, in base alla quale l’agente morale è un individuo autonomo, adulto, borghese, bianco, eterosessuale ed irrelato, cosicché chiunque si discosti da questo paradigma viene visto come ‘diverso’ e come tale stigmatizzato.

siamo perfetti e bastevoli a noi stessi, e non solo in quanto taluni credono di esserlo ad di là delle contingenze. Le malattie e le disabilità, nell'ottica *standard*, sono spesso percepite come deviazioni rispetto alla normalità ed alle norme socio-culturali, e non come differenze che contribuiscono, assieme ad altre caratteristiche, a rendere ogni essere umano unico.

Rifiutare – rifuggire – malattia e disabilità, allora, significa escludere anche solo simbolicamente i disabili dalla comunità delle persone sane, relegandoli in uno spazio di anormalità. Sarebbe forse più giusto cercare di resistere alla tentazione di imporre una norma di vita, costringendo ad una felicità normale ed asettica, per provare al contrario a promuovere la diversità e l'originalità degli individui, valorizzando gli apporti che ciascuno può dare alla società, consentendo l'esplicazione delle proprie capacità. Se si qualificano 'anormali' (e quindi non degne di vivere) le persone solo perché differenti, si arriva a punirle a causa di un semplice pregiudizio, ritenendole biasimevoli solo perché non conformi ad una norma generalmente riconosciuta e definita come valida, ma legata il più delle volte a valutazioni politiche, etiche e sociali, che portano a predeterminare i fattori che renderebbero 'buona' una vita, e che tuttavia non assicurano l'effettivo risultato di una vita felice. Quante persone normodotate sono affette da depressione? E quanti disabili testimoniano la propria forza d'animo e hanno trovato impieghi o attività creative attraverso le quali potersi esprimere?

Se la società includesse i disabili sin dall'origine, percependo l'impegno e la solidarietà nei loro confronti come un'istanza di giustizia originaria e cogente e non accogliendo l'idea di un immotivato binomio diversità-inferiorità, e se lo Stato fornisse adeguate strutture di sostegno e supportasse i disabili anche sul piano del riconoscimento sociale, forse anche la percezione che molti disabili hanno di sé cambierebbe, così che sarebbe loro possibile trovare un senso anche ad un'esistenza particolarmente difficoltosa. A questo riguardo, Susan Wendell, ha affermato: «*Quando immagino una società senza infermi, non immagino una società dove si possano curare tutte le anomalie e tutti i difetti fisici o mentali. Il sogno secondo cui un giorno non ci saranno più malattie incurabili è un ostacolo enorme alla decostruzione sociale dell'infermità. È per questo che preferisco immaginare una società del tutto accessibile il cui carattere principale sia quello di permettere a tutti di partecipare a qualunque attività*»⁽⁵³⁾.

Non si tratta, allora, di trovare il modo di eliminare disabilità e svantaggi alla ricerca di un'irrealistica ed omologante perfezione, ma di lavorare attivamente affinché ostacoli rimuovibili possano essere concretamente superati, in modo da consentire una partecipazione sociale attiva e piena a tutti i cittadini.

⁽⁵³⁾ S. WENDELL, *The Rejected Body*, Routledge, London 1996, p. 55.

ABSTRACT

A *wrongful life action* is brought by or on behalf of the child himself. The child alleges, because of the defendant's negligence, his parents either decided to conceive him ignorant of the risk of an impairment of the birth defect – not directly caused by an act or omission of the defendant – or were deprived of information during gestation that would have prompted them to terminate the pregnancy. The child alleges, but for defendant's negligence, he would not have been born. From the positions that the Courts of different Countries assumed about the opportunity to receive this kind of action, we can take that the argument they adopted are the same, like the impossibility to compare existence to non-existence or the 'sanctity' of human life, and also emerges an important question, that is if a disabled life can be worthy to be lived. In the society, it seems that disabled people can not to be considered citizens like the others, with the same rights and importance. A critical lecture of this action could help to find in it an appeal to the society, that today does not truly include disabled people; thinking about concepts like 'disability' and 'dignity' could, from this point of view, be a key to a 'global rethinking', and also allow to include *ab origine* this kind of people in the society.

La *wrongful life action* è intentata dal bambino o in sua rappresentanza. Egli denuncia che, a causa della negligenza del convenuto, i suoi genitori hanno deciso di concepirlo ignorando il rischio di malformazioni – non direttamente causate da una atto od omissione del convenuto – o sono stati privati, durante la gravidanza, di informazioni che li avrebbero condotti a ricorrere all'aborto. Il bambino allega che senza la negligenza medica egli non sarebbe nato. Dall'analisi delle posizioni che le Corti di alcuni Stati hanno assunto in relazione all'accoglimento di tale azione si può rilevare come queste si rifacciano per lo più ad argomenti comuni, come l'incomparabilità tra esistenza e non-esistenza e la sacralità della vita, ed emerge altresì un interrogativo cruciale, ovvero se anche una vita disabile possa essere degna di essere vissuta, in quanto nella società attuale sembra che i disabili non possano essere considerati cittadini a pieno titolo. Una lettura critica di quest'azione, allora, può portare a scorgere nella stessa un appello alla società, che oggi non include veramente le persone disabili; ripensare concetti come 'disabilità' e 'dignità' potrebbe, in quest'ottica, essere una chiave che permetta un 'ripensamento globale' e consenta di includere *ab origine* tali persone nella società.

NOTIZIARIO

Nel corso dell'anno accademico 2007/2008 il Dipartimento di Scienze Giuridiche ha proposto numerosi incontri ed attività culturali.

Nell'ambito delle attività della Cattedra di Istituzioni di Diritto privato del Prof. Giovanni De Cristofaro, in collaborazione con AIGA (Associazione italiana giovani avvocati) e con l'Ordine degli Avvocati di Rovigo si è tenuto a Rovigo, venerdì 9 maggio 2008, un incontro dedicato alle *Pratiche commerciali scorrette e contratti dei consumatori*. Sono intervenuti il Prof. Giovanni De Cristofaro; il Prof. Avv. Enrico Minervini, Ordinario di Diritto Privato - Università di Roma Tre; il Prof. Roberto Calvo, Associato di Diritto Civile - Università di Torino; il Prof. Alessandro Ciatti, Associato di Diritto Privato - Università di Torino; Prof. Avv. Aurelio Gentili, Ordinario di Diritto Civile-Università di Roma Tre.

Il 27 e 28 giugno 2008 si è tenuto a Ferrara il Convegno, organizzato dal Prof. Giovanni De Cristofaro, sui Principi *Acquis* del Diritto Comunitario dei Contratti. Hanno relazionato: la Prof. Maria Vita De Giorgi (Università di Ferrara); il Prof. Luca di Nella (Università di Parma); il Prof. Stefano Pagliantini (Università di Siena); il Prof. Stefano Troiano (Università di Verona); il Prof. Ugo Salanitro (Università di Catania); il Prof. Daniele Maffei (Università di Brescia); il Prof. Jorge Meza (Universidad Nacional de Buenos Aires); il Prof. Ariel Parellada (Universidad del Aconcagua); il Prof. Giorgio Cian (Università di Padova); il Prof. Francesco Delfini (Università di Milano); il Prof. Fabio Addis (Università di Brescia); la Prof. Maria Rosaria Maugeri (Università di Catania); la Prof. Marisa Meli (Università di Catania); la Prof. Elena Bargelli (Università di Pisa); la Prof. Adriana Beatriz Rodriguez (Universidad Nacional de Cuyo); il Prof. Carlos Clerc (Universidad de Lomas de Zamora); il Prof. Alessio Zaccaria (Università di Verona); il Prof. Alessandro Ciatti (Università di Torino); il Prof. Roberto Calvo (Università di Torino); il Prof. Alessandro D'Adda (Università Cattolica di Milano); la dott. Arianna Finessi (Università di Ferrara); il dott. Marcello Farneti (Università di Ferrara); il Prof. Carlos Parellada (Universidad Nacional de Cuyo); il Prof. Juan Carlos Boragina (Universidad Nacional de Buenos Aires); il Prof. Vincenzo Scalisi (Università di Messina).

Il 12 dicembre 2008 si è svolto un incontro su "*La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE*", organizzato dal Prof. Giovanni De Cristofaro presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Ferrara. Sono intervenuti: il Prof. Francesco Macario (Università Roma Tre); l'Avv. Giuseppe Carriero (Ufficio studi ISVAP); il Prof. Matteo De Poli (Università di Padova); il Prof. Stefano Pagliantini

(Università di Siena); il Prof. Roberto Calvo (Università di Torino); il Prof. Raffaele Volante (Università di Ferrara); il Prof. Alessandro Ciatti (Università di Torino); il Prof. Pietro Sirena (Università di Siena).

Nell'ambito delle attività formative e didattiche del Dottorato di ricerca in Diritto costituzionale il giorno 12 dicembre 2007 si è tenuta la lezione del Prof. Sergio Bartole *"Costituzionalismo e Costituzione: dalla nazione all'Europa?"*, mentre il giorno 18 aprile 2008 si è svolta l'undicesima edizione dell'Amicus Curiae, con il seminario preventivo *"Dalla provetta alla Corte. La legge n. 40 del 2004 di nuovo a giudizio"*.

Nell'ambito delle attività del medesimo Dottorato, in collaborazione con il Dottorato di ricerca in Tutela dei diritti e giustizia costituzionale dell'Università di Pisa, presso la Sala Consiliare del Dipartimento, il giorno 20 giugno 2008 è stato organizzato l'incontro *"A proposito di diritti"*, nell'ambito del quale si è svolta una discussione sul volume curato dalla Prof. Marta Cartabia *"Diritti in azione"* (Il Mulino, 2007) e sul libro del Prof. Gianluca Famiglietti *"Diritti culturali e diritti della cultura"* (2008).

Il giorno 11 giugno 2008 si è tenuto il VI seminario metodologico: *"Come il giudice penale usa le 'Carte dei diritti'"*, lezione del Prof. Mario Chiavario (ordinario di Procedura penale presso l'Università di Torino) che ha dialogato con i dottorandi.

Il Dottorato di ricerca in Comparazione giuridica e storico giuridica ha promosso un seminario metodologico, aperto ai dottorandi di tutti i *curricula*, dal titolo *"Come e cosa comparare. Sul metodo della comparazione giuridica e storico giuridica"*, tenuto dal Prof. Alessandro Somma (Università di Ferrara) il giorno 13 marzo 2008.

Nell'ambito del ciclo *"Alta formazione e professioni"* il giorno 8 maggio 2008 si è tenuto un seminario dell'Avv. Cristina Pagni (partner dello studio legale Norton Rose, Milano): *"La professione forense nello studio associato"*.

Per il ciclo *"Riflettere le migrazioni"*, rivolto ai dottorandi della Macroarea EGUS, il Prof. Francesco Belvisi, docente di Filosofia del diritto e sociologia del diritto presso l'Università di Modena e Reggio Emilia, in data 29 aprile 2008 ha tenuto una lezione dal titolo *"Convivenza normativa nella società multiculturale"*.

Le cattedre di Diritto penale e Procedura penale hanno organizzato, il giorno 14 dicembre 2007, un incontro dal titolo *"Criminalità transnazionale e cooperazione giudiziaria nell'Unione europea: problemi e prospettive (a proposito di un recente libro di Gaetano De Amicis)"*. L'incontro, svoltosi in collaborazione con il Centro di documentazione e studi sulle Comunità Europee, si è tenuto presso l'Aula Magna del Dipartimento di Scienze giuridiche e ha visto la partecipazione di Giovanni Grasso (ordinario di Diritto penale nell'Università di Catania e direttore del Centro di Diritto

penale europeo di Catania); di Alberto Perduca (magistrato, responsabile della Direzione delle indagini ed operazione dell'Ufficio Europeo per la Lotta Antifrode- OLAF) e di Gaetano De Amicis (magistrato della Corte di cassazione, Ufficio del massimario).

Il giorno 5 marzo 2008 si è inoltre tenuta una conferenza del Prof. Eugenio Raúl Zaffaron, Professor Emérito nella Universidad de Buenos Aires e Ministro della Corte Suprema de Justicia de la Nación, Repubblica de Argentina, dal titolo *"Il diritto penale del nemico. Un punto di vista d'oltreoceano"*.

La Cattedra di Procedura penale della Prof. Cristiana Valentini ha promosso l'organizzazione di un processo simulato, svoltosi presso l'Aula Magna del Dipartimento di Scienze Giuridiche il giorno 12 maggio 2008. La simulazione, preparata nell'ambito di alcuni incontri preventivi, ha toccato il tema della rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello (art. 603 c.p.p.).

Numerose le iniziative promosse dalla cattedra di Diritto tributario, che ha organizzato diversi seminari nell'ambito del corso di Diritto tributario internazionale. Il 28 marzo 2008 si è tenuto un incontro dal titolo *"The notion of Residence in International Tax Law and the role of the Conduit companies"*, cui hanno preso parte il Prof. Wim Wijnen (IBFD, Amsterdam) e il Prof. Marco Greggi dell'Università di Ferrara. Il 4 aprile 2008 il Dott. Cesare Belluzzi, della Scuola europea di Alti Studi tributari dell'Università di Bologna, ha parlato de *"La tassazione indiretta tra finanza locale e finanza nazionale"*. Il giorno 8 maggio 2008 si è svolto il seminario *"Polonia e Paesi dell'est nell'applicazione delle misure di fiscalità di vantaggio"*, tenuto dalla Dott.ssa Karolina Tetlak dell'Università di Varsavia. Nei giorni 20 e 22 maggio 2008 il Prof. Yoseph Edrey dell'Università di Haifa ha tenuto due seminari: *"Taxes, Social contract and the Constitution in Israel (1948-2008)"* e *"The sources of the Legal and Constitutional System in a Jewish and Democratic State: Taxation in Israel"*. Il 23 maggio 2008 si è tenuta una tavola rotonda dedicata a *"Forme di impresa e localizzazione delle società nei rapporti fra Italia e Repubblica di San Marino"*, alla quale hanno partecipato Marcello Poggioli, Andrea Mondini, Maria Rita Sidoti, Fabrizio Bulgarelli, Francesca Stradini, Marco Greggi.

La cattedra di Informatica giuridica ha organizzato un incontro, svoltosi nella Sala Consiliare del Dipartimento il 13 giugno 2008, con il Dott. Giuseppe Mazziotti — autore del volume *"EU Digital Copyright Law and the End-User"* (Springer, 2007) — che ne ha discusso con la Dott. Delia Ferri (Università di Verona) ed il Prof. Nicola Lucchi (Università di Ferrara).

Nell'ambito dell'insegnamento di Lingua inglese giuridica della Prof. Alison Riley si è tenuta il giorno 15 maggio 2008 una lezione del Prof. Peter

Leyland (Professor of Public Law, London Metropolitan University): *"Actus reus and mens rea"*.

Il giorno 27 maggio 2008, presso la Sala Consiliare del Dipartimento di Scienze Giuridiche, il Prof. Carlos Alberto Mahiques, Professore ordinario nella Universidad Católica Argentina e Presidente di Sezione della Corte di Cassazione della Provincia di Buenos Aires, ha tenuto una conferenza dal titolo *"Responsabilità politica e responsabilità penale. L'esperienza argentina"*.

Il comitato "Ferrara per la Costituzione" ha promosso l'incontro *"L'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro"*, svoltosi il 27 maggio 2008 presso l'Aula Magna. Vi hanno preso parte il Prof. Umberto Romagnoli (Università di Bologna) e il Prof. Aris Accornero (Università "La Sapienza" di Roma).

Presso la sede di Rovigo del Dipartimento di Scienze Giuridiche, nell'ambito del Progetto "Conosci la Costituzione", ha operato la Scuola di formazione per una consapevole cultura costituzionale, creata in collaborazione con l'Accademia dei Concordi, l'Associazione polesana "Viva la Costituzione" e la Provincia di Rovigo. Tra febbraio ed aprile 2008, la Scuola ha offerto una serie di lezioni seminariali riservate ai soli iscritti (*"A che cosa serve la costituzione"*, Prof. Roberto Bin; *"Come è nata la Costituzione"*, Prof. Giovanni Cazzetta; *"La Costituzione dei diritti"*, Prof. Paolo Veronesi; *"La Costituzione dei poteri"*, Prof. Andrea Pugiotto; *"La Costituzione delle autonomie"*, Prof.ssa Rosanna Tosi; *"La vocazione transnazionale della Costituzione"*, Prof. Luigi Costato) e diverse lezioni magistrali aperte alla cittadinanza (*"Parola-chiave: Costituzione, donne e politica"*, Prof. Giuditta Brunelli; *"Parola-chiave: Costituzione e Costituzione europea"*, Prof. Luigi Costato; *"Parola-chiave: Costituzione e laicità"*, Prof. Andrea Pugiotto; *"Parola-chiave: Costituzione e bioetica"*, Prof. Paolo Veronesi; *"Parola-chiave: Costituzione, partiti e costi della politica"*, Prof. Roberto Bin).

Il Dipartimento di Scienze giuridiche ha inoltre promosso due importanti incontri in occasione del sessantesimo anniversario della Costituzione italiana. Il giorno 7 febbraio 2008 si è tenuta una relazione del Prof. Valerio Onida, Presidente Emerito della Corte Costituzionale: *"La perdurante vitalità della Costituzione"*.

Il 12 febbraio 2008 si è svolta l'inaugurazione della Sala intitolata al Prof. Vincenzo Cavallari, con interventi del Rettore dell'Università di Ferrara Prof. Patrizio Bianchi, del Preside della Facoltà di Giurisprudenza Prof. Baldassarre Pastore, del Direttore del Dipartimento di Scienze Giuridiche Prof. Nappi e del Prof. Andrea Toschi. In questa occasione, la Prof. Lorenza Carlassare, Professore Emerito di Diritto costituzionale nell'Università di Padova, ha tenuto una relazione dal titolo: *"Le culture giuridiche dei costituenti"*.

Nell'ambito dell'Istituto di applicazione forense, afferente alla Facoltà di Giurisprudenza, in collaborazione con il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Ferrara, si è svolto il corso di preparazione all'esame di Stato di avvocato, con lezioni e seminari tenuti da docenti del Dipartimento di Scienze Giuridiche, da avvocati del Foro ferrarese e da magistrati del Tribunale di Ferrara.

Anche nell'anno accademico 2007/2008 è stato organizzato il Corso Interdisciplinare Jean Monnet, dedicato all'integrazione europea. Il corso, aperto agli studenti di tutte le facoltà, è stato tenuto dal Dott. Gaetano Donà, già Capo Divisione della Direzione Riunione dei Capi di Gabinetto e dei Gruppi di Commissari al Segretariato Generale della Commissione delle Comunità Europee a Bruxelles.

Per l'anno accademico 2007/2008 ci sono stati ventuno studenti ERASMUS in entrata e ventotto in uscita.

[Silvia Schiavo]

