

Università degli Studi Roma Tre

*L'unità del diritto*

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza

# A PROPOSITO DEL DIRITTO POST-MODERNO

Atti Seminario Leonessa, 22-23 settembre 2017

a cura di  
GIUSEPPE GRISI  
CESARE SALVI



*RomaTrE-Press*

2018

Università degli Studi Roma Tre  
Dipartimento di Giurisprudenza

*L'unità del diritto*

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza

12

Quaderni del Dottorato

A PROPOSITO  
DEL DIRITTO POST-MODERNO

Atti Seminario Leonessa, 22-23 settembre 2017

a cura di  
GIUSEPPE GRISI  
CESARE SALVI



*Roma TrE-Press*

2018

La Collana *L'unità del diritto* è stata varata su iniziativa dei docenti del Dipartimento di Giurisprudenza. Con questa Collana si intende condividere e sostenere scientificamente il progetto editoriale di Roma TrE-Press, che si propone di promuovere la cultura giuridica incentivando la ricerca e diffondendo la conoscenza mediante l'uso del formato digitale ad accesso aperto.

*Comitato scientifico della Collana:*

Paolo Alvazzi Del Frate, Paolo Benvenuti, Bruno Bises, Mario Bussoletti, Giovanni Cabras, Giandonato Caggiano, Enzo Cardi, Paolo Carnevale, Antonio Carratta, Mauro Catenacci, Alfonso Celotto, Renato Clarizia, Carlo Colapietro, Emanuele Conte, Giorgio Costantino, Antonietta Di Blase, Carlo Fantappiè, Lorenzo Fascione, Ernesto Felli, Sabino Fortunato, Aurelio Gentili, Elena Granaglia, Giuseppe Grisi, Andrea Guaccerò, Luca Luparia Donati, Francesco Macario, Vincenzo Mannino, Luca Marafioti, Enrico Mezzetti, Claudia Morviducci, Giulio Napolitano, Giampiero Proia, Giuseppe Ruffini, Marco Ruotolo, Maria Alessandra Sandulli, Giovanni Serges, Giuseppe Tinelli, Luisa Torchia, Mario Trapani, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini.

Il volume pubblicato è stato sottoposto a previa e positiva valutazione nella modalità di referaggio *double-blind peer review*.

*Coordinamento editoriale:*

Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

*Editing:*

Colitti, Roma

*Edizioni: Roma TrE-Press* ©

Roma, luglio 2018

ISBN: 978-88-94376-33-3

<http://romatypress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



Immagine di copertina: Charles C. Ebbets, *Lunch atop a Skyscraper*, 1932 (part.)

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza  
*L'unità del diritto*

La collana assume un titolo – quello de *L'unità del diritto* – che può apparire particolarmente impegnativo perché il fenomeno giuridico riflette la complessità delle società che il diritto mira a regolare, si sviluppa intorno ad una molteplicità di articolazioni e sembra pertanto sfuggire ad una definizione in termini di unità. Anche la scienza del diritto, intesa come riflessione intorno al diritto, come forma di conoscenza che assume il diritto ad oggetto diretto e immediato di indagine, sia nella prospettiva teorica sia in quella storico-positiva relativa ad un singolo ordinamento, soffre a trovare una sua dimensione unitaria. La riflessione intorno al diritto, da qualunque punto di partenza si intenda affrontarla, ammette una pluralità di opzioni metodologiche, contempla una molteplicità di giudizi di valore, si caratterizza inevitabilmente per una pluralità di soluzioni interpretative. L'unico, generalissimo, elemento che sembra contraddistinguere in senso unitario è dato dal suo essere rivolta alla conoscenza del diritto, dal suo carattere conoscitivo dell'esperienza giuridica complessivamente intesa, una unità, potrebbe dirsi, figlia della diversità e varietà delle scelte di metodo e del pluralismo interpretativo, ma pur sempre una unità quanto meno in questo suo nucleo irriducibile. Ed è allora questo il senso da attribuire al titolo della collana che prende l'avvio, ossia quello di dare ospitalità a contributi di studiosi diversi per formazione e interessi ma che si riconoscono tutti nella comune esigenza di indagare il fenomeno giuridico applicando con rigore il metodo prescelto, nella consapevolezza della condivisione di un patrimonio formativo e culturale idoneo a creare una adeguata coscienza di sé e sulla cui base costruire l'impegno scientifico del giurista.

In questa prospettiva, la collana si ripromette di ospitare non solo contributi

scientifici di tipo monografico, raccolte di scritti collettanee, atti di convegni e seminari ma anche materiali didattici che possano proficuamente essere utilizzati nella formazione dei giovani giuristi.

La collana entra a far parte della struttura della editrice Roma *TrE-Press* che, affiancando alla tradizionale pubblicazione in volumi la pubblicazione in formato digitale on-line, consente un accesso libero ai contributi scientifici contribuendo, così, ad una nuova e più ampia diffusione del sapere giuridico.

Prof. Giovanni Serges  
Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza  
Università Roma Tre

## Indice

<i>Prefazione</i>	7
-------------------	---

### I. IL PUNTO DI VISTA DEL PRIVATISTA

CESARE SALVI, <i>Diritto postmoderno o regressione premoderna?</i>	13
GIUSEPPE GRISI, <i>Giudice e legge nell'agone del postmoderno</i>	29
ADOLFO DI MAJO, <i>Una riflessione sul diritto post-moderno</i>	51
SALVATORE MAZZAMUTO, <i>Il diritto pos-moderno: un concetto inutile o addirittura dannoso?</i>	63
GIULIO PALMA, <i>La responsabilità del sanitario nell'era del postmoderno</i>	75
ELISANGELA SIMON CAUREO, <i>Introduzione al dovere di verità e completezza nel processo civile</i>	91
GAETANINO RAJANI, <i>Successione mortis causa nel clima postmoderno</i>	105

### II. IL PUNTO DI VISTA DEL PUBBLICISTA

FRANCESCO RIMOLI, <i>Postmodernità e diritto: appunti per uno studio introduttivo</i>	113
GIUSEPPE DI GASPARE, <i>Il diritto post moderno, dalle meta narrazioni allo storytelling</i>	135
LEONARDO DROGHINI, <i>Il "giudice-amministratore" tra sindacato per principi e valutazione dell'interesse generale</i>	147
N.E. HERBERT MILANDOU, <i>Giurisdizioni penali internazionali e sovranità statale</i>	159

### III. IL PUNTO DI VISTA DEL PENALISTA

MASSIMO LUIGI FERRANTE, <i>Diritto penale post-moderno e costituzione: un rapporto problematico</i>	171
ANTONELLA MASSARO, <i>Legalità penale postmoderna</i>	185
SILVIA DE BLASIS, <i>La prevedibilità dell'esito giudiziario nel caso Contrada c. Italia</i>	193
ALESSANDRO LAURITO, <i>Legalità europea e tutela penale degli interessi finanziari: il rapporto tra disposizione e norma eurounitaria</i>	203
ARIANNA PAGANI, <i>La "materia penale" tra sanzioni penali e sanzioni amministrative</i>	215

### IV. IL PUNTO DI VISTA DEL FILOSOFO DEL DIRITTO

ENRICA RIGO, <i>L'ospitalità come concetto della storia nella lettura di Rudolf von Jhering</i>	231
FRANCESCA ASTA, <i>Il ruolo del giudice nei procedimenti di espulsione. Giudice di pace e tribunale: autorità a confronto</i>	241
CARLO CAPRIOGLIO, <i>Appunti per un'analisi della "dimensione processuale" del trattenimento attraverso il concetto di status</i>	249
GABRIEL WEBBER ZIERO, <i>Postmodernità e il diritto al di là dello stato: le interazioni tra diritto internazionale e diritto transnazionale</i>	261
MARCO PICCOLI, <i>Reati di negazionismo nella giurisprudenza CEDU: il caso Perinçek</i>	267
<i>Elenco degli autori</i>	275

## *Prefazione*

Il seminario interdisciplinare che si svolge nel reatino in quel di Leonessa ha una storia, essendo stato un tradizionale appuntamento annuale della Scuola Dottorale internazionale Tullio Ascarelli, diretta da Salvatore Mazzamuto. Il Dottorato in Discipline giuridiche, che a partire dal XXIX ciclo ne ha raccolto l'eredità, nel 2017 ha inteso riproporre l'iniziativa, compiendo uno sforzo organizzativo non di poco conto. Con Cesare Salvi abbiamo avviato per tempo la discussione sull'argomento da affrontare: si sono palesate diverse soluzioni alternative e la scelta non è stata facile. Ci sono state di aiuto la multidisciplinarietà e l'interdisciplinarietà che connotano il Dottorato in Discipline giuridiche e la sua naturale propensione ad analizzare temi capaci di stimolare una riflessione sul dato giuridico aperta, non asettica e puramente autoreferenziale, ma proiettata alla comprensione della realtà che viviamo. Sollecitati, inoltre, a preferire argomenti di interesse comune, all'attenzione di tutti i settori scientifico disciplinari, ci è sembrato utile, nell'ottica della formazione dei giovani Dottorandi, reali protagonisti nel seminario, promuovere una discussione libera e franca su una categoria, il post-moderno, dai contorni non ben definiti ed anche per questo meritevole di un approfondimento. Cesare Salvi, giurista culturalmente attrezzato come pochi ed anche di post-moderno buon intenditore, con straordinaria maestria ha in pochi giorni redatto una traccia assai convincente del tema, che abbiamo fatto circolare: i riscontri ci hanno fornito conferma della bontà della scelta. Così è nata l'iniziativa che, con la pubblicazione del presente volume, trova il giusto e degno epilogo.

“A proposito del diritto post-moderno”, dunque. Due giorni intensi di lavoro e di studio – il 22 e 23 settembre dello scorso anno – nello scenario di Leonessa, sempre emozionante e suggestivo ancorché segnato dalle ferite inferte dai recenti terremoti. La fiera Leonessa riprende

il cammino e anche il nostro seminario è lì a testimoniarlo. Due giorni di ritiro spiritual-scientifico, con giovani e senior a riflettere e dialogare seduti allo stesso tavolo, ci si conosce e si sta insieme, con i monti a far da cornice ed aria buona da respirare: questo è il seminario interdisciplinare di Leonessa. A precedere l'inizio dei lavori è stata la presentazione, da parte dei Dottorandi vicini all'esame finale, delle loro tesi; il seminario si è articolato, poi, in quattro successive sessioni, volte a far emergere, sul diritto post-moderno e dintorni, i punti di vista del filosofo, del privatista, del pubblicista e del penalista. Ho l'onore e il piacere di coordinare il Dottorato in Discipline giuridiche, ho fortemente voluto che il seminario si svolgesse superando ogni resistenza ed ho subito accarezzato l'idea della pubblicazione degli atti: sono, perciò, troppo coinvolto e vorrei non correre il rischio di esprimere un giudizio poco obiettivo sulla qualità dei materiali raccolti in questo volume, per cui lascio che sia il lettore a valutare. Ai dottorandi desidero, comunque, rivolgere un plauso: la vivacità d'ingegno, il rigore analitico e il buon metodo che dai loro contributi trapelano sono chiara e innegabile testimonianza di solida e coscienziosa preparazione e di spiccata attitudine alla ricerca.

È la prima volta che gli atti del seminario leonessano sono editi e ciò costituisce, per me, motivo di grande compiacimento. Anche la collocazione nella collana del Dipartimento di Giurisprudenza è un dato importante e lo è ancor di più il fatto che il volume inauguri, in seno alla collana, la sezione denominata "Quaderni del Dottorato", che – tra l'altro – interpreto quale buon auspicio all'uscita in futuro di altri lavori. Tutto ciò gratifica il nostro impegno ed è di sprone a far sempre meglio in avvenire. Chi può dire se il seminario leonessano avrà un futuro. Intanto, va ad esso reso il merito di aver fornito l'occasione per aprire una tribuna di studio, di dialogo e confronto, per i nostri Dottorandi.

Vengo, infine, ai ringraziamenti, doverosi giacché, se il seminario ha potuto aver luogo, non è solo per il generoso contributo dei Dottorandi e dei Docenti che hanno reso ricca e degna di nota sotto il profilo scientifico l'iniziativa. Grazie, dunque, al Sindaco di Leonessa e alle altre Autorità comunali per il sostegno dato, come pure ai gestori delle strutture alberghiere – Hotel La Torre e Hotel Leo – per essersi adoperati fattivamente per la buona riuscita del seminario. Grazie al Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre – al suo Direttore Giovanni Serges e a tutto lo staff – per aver, con pazienza, supportato il Dottorato nello sforzo organizzativo e contribuito alla realizzazione di questo volume. Voglio, poi, ringraziare, personalmente, il Dott. Stefano Passera – vero insostituibile

pilastro dell'organizzazione, che si è dato carico con la consueta cura di svolgere le incombenze amministrative – e, con lui, il Dott. Enrico Labella, il quale sa bene che questa menzione è più che meritata. *Last but not least*, il ringraziamento al Dott. Tommaso Pellegrini, che diversi anni fa ha frequentato la Scuola Dottorale Internazionale Tullio Ascarelli conseguendo brillantemente il titolo di Dottore di ricerca in Diritto civile, al quale, anche in considerazione di questi trascorsi e per marcare la continuità cui in esordio accennavo, ho dato incarico di raccogliere e sottoporre ad una prima verifica gli scritti raccolti nel presente volume: è un giovane studioso dalle grandi doti, è attento e scrupoloso e non avevo dubbi che avrebbe fatto un ottimo lavoro.

Roma lì 11 giugno 2018

Giuseppe Grisi



## I. IL PUNTO DI VISTA DEL PRIVATISTA



Cesare Salvi

*Diritto postmoderno o regressione premoderna?*

SOMMARIO: 1. Fine della “grande narrazione” della modernità giuridica? – 2. Dalla neomodernità del progetto costituzionale al diritto senza progetto. – 3. Sistema delle fonti, dialogo tra le Corti, nomofilachia. – 4. Giurisprudenza creativa e Stato sociale di diritto. – 5. Una legislazione che cresce «in volume e in deformità». – 6. Il legislatore schizofrenico. Il caso del danno non patrimoniale. – 7. Neoliberalismo, ordoliberalismo e rifeudalizzazione. – 8. Postmoderno e premoderno. – 9. Poche parole sulla “dottrina”.

1. *Fine della “grande narrazione” della modernità giuridica?*

Che cosa si intende quando si parla di diritto postmoderno? Per qualcuno, è un ritorno al premoderno: la fine della lunga parentesi della modernità giuridica. Una suggestione avvalorata da quanto scriveva alla fine del Settecento Gaetano Filangieri<sup>1</sup>.

«Ahi! I nostri codici sono ancora quelli della nostra infanzia. Si è creduto di doversi fare di tempo in tempo alcune addizioni a questi codici, queste nuove leggi si sono fabbricate sul piano delle antiche, dalle quali i nostri governi non hanno ardito d'allontanarsi, e che si lasciano sussistere tutte insieme. A questa raccolta immensa; a questo mosaico di centomila pietre di diversi colori accozzate senza ordine e senza proporzioni, si è dato il nome di giurisprudenza. Nel tempo della nostra maturità noi non abbiamo fatto altro che moltiplicare il numero di queste pietre. La massa è cresciuta in volume e in deformità».

La citazione riecheggia critiche recenti alla legislazione e alla giurisprudenza “postmoderna”.

Sull'assonanza tra il diritto premoderno e quello che oggi si usa chiamare postmoderno tornerò nelle pagine finali.

La categoria del postmoderno è nota e utilizzata nelle più diverse discipline a partire dalla pubblicazione de “La condizione postmoderna”

---

<sup>1</sup> G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, I (1780), Roma, 1984, 123.

di J.F. Lyotard<sup>2</sup>. La caratteristica della società postmoderna è per lui la fine della “grandi narrazioni” (illuminismo, idealismo, marxismo, cristianesimo, capitalismo) che avevano variamente legittimato l’idea, tipica della modernità, della storia come progresso. «Semplificando al massimo, possiamo considerare “postmoderna” l’incredulità nei confronti delle meta narrazioni», scrive Lyotard.

La sua tesi trova convergenze con significativi orientamenti filosofici dello stesso periodo, e in particolare il neopragmatismo di R. Rorty, il decostruzionismo di J. Derrida (a lungo egemone nelle università statunitensi), il «pensiero debole» teorizzato da G. Vattimo. Questi autori hanno applicato il loro impianto concettuale al fenomeno giuridico<sup>3</sup>. L’elemento comune a queste impostazioni può essere considerato la relativizzazione di ogni giudizio, fino al nichilismo. N. Irti ha usato quest’ultimo termine nel significato di descrizione del punto di arrivo della positivizzazione del diritto, propria della modernità, che ha privato la dimensione giuridica di ogni riferimento a valori metagiuridici<sup>4</sup>.

È in questo senso che negli Usa si è fatto ricorso alla categoria del postmoderno per descrivere non le condizioni del diritto vigente, ma le scuole giuridiche che in vario modo negano l’esistenza di realtà o fatti giuridici suscettibili di un’interpretazione razionale e oggettiva.

G. Minda<sup>5</sup> ha dato un elenco (probabilmente troppo ampio) di movimenti dottrinali che possono essere ricondotti a questo significato del “postmoderno”.

In Italia la locuzione “diritto postmoderno” è utilizzata come descrizione del diritto vigente, ed è diventata di uso comune da parte di studiosi delle più diverse discipline (diritto civile, penale, amministrativo), oltre che da filosofi del diritto<sup>6</sup>.

Per quanto concerne la periodizzazione, P. Grossi<sup>7</sup> la fa risalire alla legislazione speciale (a partire da quella adottata durante la prima guerra mondiale), e alla progressiva perdita di centralità della “forma codice” (processo che egli vede con favore).

<sup>2</sup> F. LYOTARD, *La condizione postmoderna* (1979), tr. it. Milano, 1985.

<sup>3</sup> R. RORTY, *The Banality of Pragmatism and the Poetry of Justice*, in *S. Cal. L. Rev.*, 63, 1990, 1811 ss.; J. DERRIDA, *La forza del diritto* (1990), tr. it. in *Riv. crit. cir. priv.*, 2005, 193 ss.; G. VATTIMO, *Fare giustizia del diritto* (1998), in Id., *Nichilismo ed emancipazione*, Milano, 2003. Cfr. l’analisi e i riferimenti in M. BARCELLONA, *Diritto e nichilismo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 193 ss.

<sup>4</sup> N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2005, 3<sup>a</sup> ed.

<sup>5</sup> G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto* (1995), tr. it., Bologna, 2001.

<sup>6</sup> È interessante che sia utilizzato e discusso anche dal Presidente della Cassazione G. CANZIO, *Nomofilachia, dialogo fra le corti e diritti fondamentali*, in *Foro it.*, 2017, V, 69.

<sup>7</sup> Del Novecento giuridico come secolo pos-moderno parla P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012.

Di solito, peraltro, se ne parla a proposito della condizione giuridica più recente, che comporterebbe la perdita di rilevanza unificante dei modelli normativi e delle categorie tradizionali: la fine della grande narrazione della modernità giuridica. In primo luogo, il riferimento è alla figura del “giudice legislatore”, con il suo portato di soggettivismo interpretativo. Si guarda a questa condizione in modo critico, o la si accoglie con entusiasmo<sup>8</sup>.

Si segnalano inoltre, come elementi del postmoderno giuridico, la pluralità delle fonti (con la nuova rilevanza di quelle sovranazionali, in particolare del diritto europeo); e la sovrabbondante quantità e la cattiva qualità dell’intervento legislativo.

## 2. *Dalla neomodernità del progetto costituzionale al diritto senza progetto.*

Il ricorso ai principi, alle clausole generali, all’interpretazione conforme a Costituzione (elementi che concorrono a definire il quadro della postmodernità) era peraltro già presente nella cultura e nella prassi giuridica del secondo dopoguerra. Era però inserito nel quadro di un progetto complessivo: l’attuazione dei valori del nuovo costituzionalismo sociale. Mengoni e Castronovo<sup>9</sup>, riflettendo sulla “secolarizzazione del diritto privato”, osservarono che «il luogo evacuato dalla trascendenza» – aspetto tipico del positivismo che caratterizza, a partire dall’800, la modernità giuridica – è colmato, nelle Costituzioni lunghe del secondo dopoguerra, dai valori sociali inseriti nell’ordinamento giuridico, in posizione di supremazia rispetto al diritto vigente. Sono valori che hanno «una funzione critica e di trasformazione analoga a quella un tempo riconosciuta ai valori del mondo metafisico» (sia religiosi sia del diritto naturale). Il modello costituzionale novecentesco, attribuendo ai valori fondamentali il carattere di diritto positivo, sottomette il diritto vigente ai contenuti e al controllo di criteri di giustizia materiale.

Questa riflessione inquadra bene la logica del diritto dell’“età dell’oro”, la funzione unificante svolta dai valori costituzionali<sup>10</sup>.

Alcuni tratti della modernità giuridica, come l’interpretazione il più possibile vicina al “significato delle parole usate” e alle “intenzioni” del legislatore

<sup>8</sup> Cfr. rispettivamente N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, I, 11 ss.; N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017.

<sup>9</sup> L. MENGONI, C. CASTRONOVO, *Profili della secolarizzazione nel diritto privato*, in Aa. Vv., *Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno*, Milano 1981, 1171 ss.

<sup>10</sup> Mi sono soffermato su questi aspetti in C. SALVI, *Capitalismo e diritto civile*, Bologna, 2015, 81 ss.

e la legislazione che opera mediante norme generali e astratte, furono già superati in questa fase dalla interpretazione “costituzionalmente orientata” e dal carattere non eccezionale della legislazione interventistica. Ma questo superamento avvenne, come si è detto, all’interno di un “progetto” (l’attuazione dei valori costituzionali). Di conseguenza, le grandi categorie del diritto privato non furono dissolte o abbandonate, ma se ne propose una struttura (e una funzione) diverse, per la proprietà, per il contratto, per la responsabilità civile, ecc. In questo senso, può parlarsi, per la seconda metà del secolo scorso, non della fine, ma di una differente costruzione della modernità del diritto: di un diritto neomoderno, se si vuole.

Gli odierni processi economici e giuridici hanno dissolto l’*ethos* unificante, il «senso di comunità» tra i cittadini di uno Stato. Il «dilemma» enunciato da Böckenförde quando parla del conseguente deficit di legittimazione dello «Stato liberale secolarizzato», che «vive di presupposti che di per sé non può garantire», si dispiega pienamente<sup>11</sup>.

L’*ethos* unificante costituito dai valori del costituzionalismo novecentesco è venuto meno nell’Occidente contemporaneo. La ragione è duplice: da un lato, una crisi di effettività, dall’altro, lo snaturamento di quei valori, progressivamente privati della dimensione sociale<sup>12</sup>.

Quanto al primo aspetto, il quadro costituzionale della modernità presuppone una tensione tra i valori proclamati e la realtà del diritto vigente. Ciò è reso esplicito in più punti della nostra Costituzione, e in particolare nel secondo comma dell’art. 3.

Quando però la tensione diviene un baratro, come nell’odierno diritto della globalizzazione, il problema del senso di valori non effettivi, e del cui inveramento si perdono anche le tracce, apre il dubbio: stiamo in realtà assistendo alla “morte dei valori”, anche se inseriti in testi costituzionali?

Parallelamente, si assiste allo snaturamento della dimensione valoriale. Parole come dignità, diritti, solidarietà, eguaglianza, ricorrono decine di volte nei testi fondativi del diritto europeo. Ma la loro dimensione normativa è prevalentemente statica, abbandonando la funzione critica, di trasformazione, di progettualità normativa che era stata propria dei valori del costituzionalismo novecentesco.

Si spiega così la banalizzazione dei valori costituzionali che caratterizza l’odierno giusliberismo (v. oltre, § 4).

<sup>11</sup> E.W. BÖCKENFÖRDE, *Diritto e secolarizzazione* (1976), tr. it. Roma-Bari, 2007, 182 ss.

<sup>12</sup> Più ampie riflessioni in proposito in C. SALVI, *Teologie della proprietà privata*, Soveria Mannelli, 2017, 137 ss.

### 3. Sistema delle fonti, dialogo tra le Corti, nomofilachia

Sono queste le ragioni per le quali di crisi della modernità, che può giustificare la nozione di “postmoderno”, può parlarsi solo per un periodo più recente. La periodizzazione più utile, allora, può individuare nelle linee generali tre fasi: la modernità giuridica, che ha nel *Code civil* il suo monumento, e corrisponde all’affermazione del capitalismo come forma generale dei rapporti economici e sociali. La neomodernità del costituzionalismo novecentesco, espressione del compromesso tra capitale e lavoro. E il postmoderno, corrispondente all’odierno modo d’essere dei rapporti economici e del ruolo delle istituzioni (in proposito v. oltre, § § 7 e 8).

Alla fine del § 1 ho ricordato i tre aspetti che vengono considerati espressivi della fenomenologia giuridica postmoderna.

Anzitutto la nuova articolazione del sistema delle fonti.

Castronovo<sup>13</sup> ha sottolineato il ruolo crescente di quelle sovranazionali (in particolare le sentenze della Corte di giustizia UE), che superano il principio della statualità del diritto, e adottano tecniche normative che hanno fatto parlare<sup>14</sup> di interpretazione impossibile con i metodi tradizionali: non c’è un testo – sono usate lingue diverse – non ci sono i lavori preparatori – la Commissione discute e decide in segreto – e non c’è il “sistema”.

Vi è certo una relazione con l’odierno giusliberismo, che si esprime soprattutto nella sostituzione del giudizio equitativo del magistrato a quanto stabilito dalla legge o dall’autonomia privata, sulla base di un uso tanto ampio quanto banalizzante dei principi costituzionali.

Sono interessanti le considerazioni svolte in proposito da G. Canzio<sup>15</sup>, secondo il quale la causa di questo fenomeno è anzitutto nel «pluralismo delle fonti, insieme col pluralismo valoriale e assiologico che ne consegue», che rende «instabile l’agire dell’interprete». Gli antidoti sono da lui indicati nel «dialogo fra le Corti» e nella funzione nomofilattica della Cassazione. Per la verità, nessuno dei due antidoti sembra idoneo a frenare la creatività della giurisprudenza.

Il «dialogo fra le Corti» incontra il limite della differenza valoriale e sistemica tra i testi della modernità (sia la Costituzione che il Codice civile) e quelli del diritto sovranazionale (in particolare di quello europeo). Se la Cassazione parla della necessità di un’interpretazione conforme al diritto europeo (6891/2016), e tuttavia si riconosce la differenza valoriale e assiologia di tale diritto con le norme costituzionali, a quale dei due

<sup>13</sup> C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015.

<sup>14</sup> P.G. MONATERI, *Jumping on someone else’s train*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 123 ss.

<sup>15</sup> CANZIO, *op. cit.*, 69 ss.

sistemi dovrà rivolgersi il giudice per “conformarvi” la sua interpretazione?

La funzione nomofilattica, a sua volta, non sembra la preoccupazione principale dei giudici che dovrebbero assicurarla, di fronte alla fenomenologia recente (sentenze – saggio, rapide modificazioni di orientamenti delle stesse sezioni unite, “disobbedienza” di fronte ai principi da queste affermati). Probabilmente, quindi, il problema è più complesso.

#### 4. *Giurisprudenza creativa e Stato sociale di diritto*

La critica (o l’elogio) dell’espansione del potere del giudice, che si esprime nella libertà interpretativa sempre più apertamente rivendicata e praticata, è stata svolta in questi anni più volte, anche da chi scrive, e non è il caso di tornarvi. La fenomenologia e la casistica sono note<sup>16</sup>.

Ed è stato anche segnalato che l’argomento retorico utilizzato dalla giurisprudenza creativa è il ricorso alle norme costituzionali, banalizzate e svuotate della loro dimensione sociale<sup>17</sup>.

La tecnica della giurisprudenza creativa crea infatti collegamenti ad *hoc* tra le clausole generali codicistiche e le norme costituzionali.

Andrebbe riletta la pagina nella quale Luigi Mengoni spiega perché, invece, «alla nozione costituzionale di solidarietà non può essere avvicinato il concetto civilistico di buona fede»<sup>18</sup>.

Mi interessa però qui segnalare un altro aspetto: il rapporto tra giusliberismo e democrazia. Luigi Ferrajoli<sup>19</sup> ha spiegato la criticità sul versante dei rapporti tra i poteri: nello Stato di diritto tutti i poteri sono soggetti alla legge, e l’applicazione della legge è separata e indipendente dalla sua produzione. La giurisprudenza creativa contrasta con il principio (costituzionale) della soggezione del giudice alle leggi, e quindi con il principio di legalità, sul quale «si regge l’intera struttura dello stato di diritto».

C’è da aggiungere che questa alterazione dei rapporti tra i poteri non è socialmente neutrale. L’intera storia della modernità è percorsa da una teoria e da una prassi del potere giudiziario come guardiano della proprietà e della libertà economica. Fu James Madison il primo a teorizzare

<sup>16</sup> Il secondo capitolo del cit. libro di CASTRONOVO, 87 ss., contiene un’ampia rassegna di sentenze “creative”.

<sup>17</sup> Per L. NIVARRA, *A proposito di Eclissi del diritto civile*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 1192, i giudici «guardano alla Costituzione come ad una sorta di elenco sofisticato dal quale prelevare l’argomento di volta in volta ritenuto utile per legittimare una certa decisione».

<sup>18</sup> L. MENGONI, *Fondata sul lavoro*, in *Ius*, 1988, 49.

<sup>19</sup> L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Quest. Giust.*, 4/2016.

questa funzione (nei saggi 10 e 78 de *Il federalista*); la storia successiva ne ha visto molteplici manifestazioni, fino alla giurisprudenza odierna delle corti europee<sup>20</sup>.

Particolarmente interessante sotto questo profilo è il ruolo svolto dalla Corte di giustizia del Lussemburgo, che ha “creato” sia l’applicabilità diretta delle norme europee (Van Genden, 5 febbraio 1963) sia la loro supremazia sul diritto interno anche costituzionale (Costa, 15 luglio 1964), entrambe non previste dai trattati, e che oggi interpreta le norme europee dando preminenza alle quattro libertà economiche rispetto ad altre norme o principi<sup>21</sup>.

Naturalmente, l’odierna giurisprudenza creativa non può essere ricondotta prevalentemente a questo paradigma.

E tuttavia è quanto meno vero che la dimensione sociale della giurisprudenza creativa, nei rapporti patrimoniali, si esaurisce nella decontestualizzazione del conflitto collettivo a vantaggio di una logica equitativa individualistica. Il parametro costituito dal nesso tra doveri di solidarietà ed eguaglianza sostanziale (sul quale richiamava l’attenzione Mengoni<sup>22</sup>, e che era a fondamento dello Stato sociale novecentesco) sfugge completamente al suo orizzonte.

##### 5. *Una legislazione che cresce «in volume e in deformità»*

Il terzo fattore del postmoderno è quello che potremmo definire il “cattivo legislatore”: una legislazione «cresciuta in volume e in deformità»<sup>23</sup>. Il fenomeno è noto, e ne esamineremo tra breve una significativa manifestazione.

In effetti, quel che si è detto per il giudice vale anche per la legge.

La logica dell’intervento legislativo è oggi priva della bussola costituita dall’idea dell’attuazione dei principi della Carta fondamentale.

La produzione di una selva di norme molto specifiche, talvolta contraddittorie e continuamente modificate, costituisce spesso la risposta alle richieste settoriali che provengono dai diversi segmenti di una società sempre più parcellizzata.

La situazione, rispetto al sistema del diritto privato, è quindi diversa da quella che caratterizzò la “legislazione speciale” novecentesca.

<sup>20</sup> Ne parlo in C. SALVI, *Teologie della proprietà privata*, cit., 95 ss.

<sup>21</sup> Interessante è la relazione dell’ex giudice della Corte costituzionale tedesca D. GRIMM, *Quand le juge dissout l’électeur*, in *Le Monde diplomatique*, Juillet, 2017, 19.

<sup>22</sup> MENGONI, *op. cit.*, 50.

<sup>23</sup> Per usare le parole di Filangieri: v. sopra, n. 1.

Non abbiamo più il rapporto tra il sistema del Codice, basato sui principi dell'individualismo patrimonialista, e la legislazione c. d. speciale, ispirata ai principi costituzionali.

L'odierna fenomenologia legislativa, invece, aggiunge al sistema del Codice molteplici norme, che ne modificano singoli aspetti, senza alterarne la logica complessiva, e senza coerenza con una ispirazione autonoma e unitaria.

La dilatazione, frammentazione, cattiva qualità dell'intervento legislativo concorre al crescente rilievo del potere giudiziario.

L'espansione della discrezionalità giudiziaria è quasi inevitabile davanti a testi legislativi confusi, contraddittori, che si succedono modificando a volte dopo pochi giorni quanto sia già stabilito<sup>24</sup>, al degrado del linguaggio legale e delle tecniche legislative (si pensi alle nuove figure giuridiche dall'oscuro contenuto come «gli atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela», o i «diritti edificatori», introdotte da decreti legge prolissi ed eterogenei, direttamente ed esclusivamente nella disciplina della trascrizione: art. 2645-ter e art. 2643 num. 2-bis).

Si aggiunga un'altro aspetto che concorre, in Italia, alla supplenza giudiziaria: l'omissione legislativa. Ne abbiamo visto molti casi a proposito del diritto di famiglia e delle persone, dal biodiritto alla tutela dei diritti degli omosessuali, al cognome familiare. In assenza di un intervento legislativo (richiesto talvolta, come negli ultimi due casi, dalla Corte costituzionale) i giudici decidono loro: il "giudice legislatore" elogiato da Lipari<sup>25</sup>.

## 6. *Il legislatore schizofrenico. Il caso del danno non patrimoniale*

Tra le cause della cattiva qualità e dell'inflazione quantitativa della legislazione, come dicevo, è la scelta di tutelare interessi settoriali (e talvolta clientelari).

Una vicenda molto recente e istruttiva è la disciplina legislativa dei criteri di quantificazione del danno biologico.

Com'è noto, il *quantum* risarcitorio del danno biologico incontra diversi problemi.

Il primo, comune a tutte le figure di danno non patrimoniale, è quello del criterio di individuazione della somma monetaria dovuta per una perdita per definizione non misurabile in denaro (essendo privo di senso, come ho avuto modo di osservare<sup>26</sup>, il principio del "risarcimento integrale" operante

<sup>24</sup> Come la legislazione fiorentina criticata da Dante: «fai tanto sottili provvedimenti, ch'a mezzo novembre non giugne quel che tu d'ottobre file», Purgatorio, VI, 142-144.

<sup>25</sup> N. LIPARI, *Giudice legislatore*, in *Foro it*, 2017, I, 492 ss.

<sup>26</sup> C. SALVI, *Il risarcimento integrale del danno non patrimoniale: una missione impossibile*,

per il danno patrimoniale). Il secondo, il rispetto del principio di eguaglianza (per danni eguali, eguali risarcimenti). Ma anche la c. d. personalizzazione, cioè l'eventuale somma aggiuntiva motivata da particolari condizioni soggettive della vittima. Infine, l'eventuale autonoma risarcibilità del danno morale (ed eventualmente anche di quello c. d. esistenziale).

Una disciplina legislativa, che ripristini la certezza del diritto, è quindi opportuna.

In nome del principio di eguaglianza e della certezza del diritto, la Cassazione (12408/2011) era intervenuta affermando il valore generale dei criteri adottati dal Tribunale di Milano, «da applicare in tutti i casi in cui la fattispecie concreta non presenti circostanze idonee ad aumentare o ridurre l'entità».

Su questo tema, il Parlamento è intervenuto tre volte nella prima metà del 2017.

La legge 24/2017 sulla responsabilità sanitaria (ottimo esempio di pessima legislazione)<sup>27</sup> ha stabilito anzitutto, al 4° co. dell'art 7, che il danno (non aggettivato) causato dall'attività sanitaria è risarcito in base alle tabelle previste dagli artt. 138 e 139 del codice delle assicurazioni private; trascurando il fatto che quella più importante, concernente i danni di non lieve entità, dopo dodici anni dall'entrata in vigore della normativa che la prevede non è stata ancora approvata. È chiara l'intenzione di calmierare il *quantum*; dubbia l'efficacia; potremmo parlare qui di "legislatore insipiente".

Inoltre, è riproposta la tecnica della quantificazione legata ai caratteri dell'attività lesiva; laddove la ricordata sentenza della Cassazione aveva giustamente sottolineato la necessità di rispettare, nel risarcimento del danno biologico, il principio di eguaglianza.

Infine, l'art. 7 co. 3 prevede la riduzione del *quantum* sulla base di una valutazione giudiziale della condotta del professionista ai sensi di quanto la legge medesima prevede circa le linee-guida e le buone pratiche, nonché del (nuovo) art. 590-*sexies* c.p. (altro capolavoro, che prevede una peculiare esimente, a determinare condizioni, per la colpa da imperizia).

La dottrina ha già segnalato le incoerenze e le problematiche interpretative poste da questa norma<sup>28</sup>.

Più abili mani hanno scritto l'art. 8 della legge sulla concorrenza (n.

in *Eur. dir. priv.*, 2014, 517 ss.

<sup>27</sup> Per i numerosi aspetti che motivano questo giudizio v. per tutti R. PARDOLESI-R. SIMONE, *Nuova responsabilità medica*, in *Foro it.*, 2017, V, 161 ss.; A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Le novità (ancora mascherate e neppure tanto inedite) dell'assicurazione della responsabilità sanitaria*, *ivi*, 197 ss.

<sup>28</sup> Per tutti PARDOLESI-SIMONE, *op. cit.*, 167 s.

124 del 2017). Gli autori della norma sono consapevoli del fatto che un recente orientamento della Cassazione (11851/2015;7766/2016) afferma la risarcibilità del danno morale, inteso in senso ampio, come voce autonoma e aggiuntiva rispetto a quello biologico, “personalizzato” o meno.

L’art. 8 ha riscritto gli art. 138 e 139 del codice delle assicurazioni con il dichiarato intento (la norma parla di «razionalizzare i costi gravanti sul sistema») di eliminare o contenere le aree di potenziale aumento del *quantum* risarcitorio.

Il nuovo art. 138 è intitolato al risarcimento del danno “non patrimoniale” (e non solo di quello biologico). Il danno morale è risarcibile nei limiti previsti dall’emendata tabella (2° co., lett. e). In presenza di «specifici effetti dinamico-relazionali» l’aumento del *quantum* è limitato al 30 per cento (3° co.). Infine, la norma di chiusura: il *quantum* complessivo riconosciuto in base alla norma «è esaustivo del risarcimento del danno conseguente alle lesioni fisiche».

Vedremo se l’obiettivo sarà raggiunto (si intravede il danno “esistenziale” in agguato). È certo però che la normativa arriverà alla Corte costituzionale, che dovrà rispondere al quesito: è conforme al principio di eguaglianza che un identico danno biologico sia risarcito con criteri diversi (meno se derivante da attività sanitaria o da circolazione stradale, più se da altre cause)<sup>29</sup>?

Negli stessi mesi in cui ha approvato le due leggi di cui sopra, il Parlamento ha esaminato proposte dirette appunto a una disciplina uniforme del danno non patrimoniale.

Il disegno di legge presentato dall’on. Bonafede (n. 1063) partiva con il piede giusto: una riforma dell’art. 2059 del codice civile che, da una parte, recepiva le innovazioni giurisprudenziali, dall’altra attribuiva alla legge il compito di determinare il *quantum* (anche per la lesione di altri diritti della persona). Può essere utile riportare in nota il testo<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> La questione era stata sollevata con riferimento all’art. 139, ma la Corte costituzionale la dichiarò inammissibile per difetto di rilevanza nel giudizio di merito (ord. 157/2011).

<sup>30</sup> L’art.2059 del codice civile è sostituito dai seguenti:

«Art. 2059. (Danno non patrimoniale). Il danno non patrimoniale è risarcibile qualora il fatto illecito abbia leso interessi o valori della persona costituzionalmente tutelati.

Il risarcimento del danno non patrimoniale ha ad oggetto sia la sofferenza morale interiore sia l’alterazione degli aspetti dinamico-relazionali della vita del soggetto leso.

Art. 2059-bis. (Risarcimento del danno non patrimoniale derivante da lesione del diritto alla salute). Il risarcimento del danno non patrimoniale derivante dalla lesione temporanea o permanente all’integrità psico-fisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla capacità di produrre reddito, è determinato in base ai criteri di cui all’art. 84-bis delle disposizioni per l’attuazione del presente codice.

La Commissione giustizia della Camera ha eliminato la riforma dell'art. 2059, ma ha mantenuto l'introduzione nelle disposizioni di attuazione del Codice di una norma (art. 84-*bis*), per la quale il danno biologico e il danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale sono liquidati sulla base di tabelle allegate alla legge (che riproducono quelle del Tribunale di Milano); il *quantum* può essere aumentato fino al 50% sulla base delle condizioni soggettive del danneggiato.

Il testo è stato approvato dalla Camera il 21 marzo 2017 e trasmesso al Senato (atto S. n. 2755), dove giace, mentre scrivo, nei cassetti della Commissione giustizia.

Naturalmente, questo testo può essere variamente valutato; ma certamente propone una soluzione ragionevole, e soprattutto, rispettosa del principio di eguaglianza. Inoltre, definisce direttamente le tabelle, senza rinviare a successivi decreti del governo.

Ho voluto raccontare questa vicenda legislativa perché mi sembra che se ne possa trarre qualche indicazione sul legislatore postmoderno.

Anzitutto, sullo stesso tema, nello stesso arco temporale di pochi mesi, con lo stesso governo e la stessa maggioranza, sono stati approvati (nel terzo caso solo da un ramo del Parlamento), tre normative differenti.

In secondo luogo, il legislatore sembra indifferente alla questione più rilevante sul piano democratico, quella del *quantum* risarcitorio per la lesione dei diritti della personalità, nella quale configgono diritti di libertà entrambi costituzionalmente rilevanti, con il rischio di effetti deterrenti sulla libertà di informazione<sup>31</sup>. Questo mi pare il vero tema posto, ma non affrontato, dal rilancio della tematica dei danni punitivi a seguito della sent. della S.U. Cassazione 16601/2017.

Il tema era stato affrontato nell'art. 2059-ter nella proposta dall'on.

---

La sofferenza morale può essere liquidata, se allegata e provata, in un percentuale del danno biologico, da determinare equitativamente da parte del giudice.

Art. 2059-ter. (Risarcimento del danno non patrimoniale derivante da lesione di altri diritti). Il risarcimento del danno non patrimoniale derivante dalla lesione di interessi o valori della persona tutelati dalla Costituzione e diversi dal diritto alla salute è determinato dal giudice secondo i criteri di valutazione previsti dalla legge.

In assenza dei criteri di valutazione previsti dalla legge, il giudice determina il risarcimento del danno non patrimoniale di cui al primo comma mediante valutazione qualitativa».

<sup>31</sup> Basti ricordare il caso del giornalista Formigli, condannato dal Tribunale di Torino a versare 5 milioni di euro alla Fiat per un servizio televisivo nel quale si esprimeva qualche dubbio sulle qualità di un modello della casa automobilistica. Fortunatamente la Corte d'appello di Torino (28 ottobre 2013) ha poi annullato la sentenza di primo grado (e condannato la Fiat alle spese).

Bonafede<sup>32</sup>. La norma attuativa prevedeva peraltro solo la pubblicazione annuale da parte del ministero della giustizia di una raccolta delle sentenze in materia.

La ragione di questa schizofrenia legislativa e della segnalata omissione deriva anzitutto dall'odierna settorializzazione della politica, e quindi dell'attività parlamentare. Dell'economia si occupa la commissione competente, nella quale confluiscono gli esperti (o presunti tali) dei partiti, e si svolge la corrispondente attività lobbistica (resa nota con riferimento all'art. 8 della legge sulla concorrenza da intercettazioni pubblicate da un quotidiano)<sup>33</sup>. Lo stesso, *mutatis mutandis*, per la sanità. Mentre nella Commissione giustizia sono presenti i giuristi, che (almeno in questo caso) sanno quello che fanno, di fronte a temi non "politicizzati".

Quello che manca è l'indirizzo politico generale. Si può criticare il giudice legislatore se c'è un legislatore del "caso concreto"?

### 7. Neoliberismo, ordoliberalismo e rifeudalizzazione

C'è però qualcosa di più, che rimanda al nesso tra la fenomenologia giuridica del postmoderno e l'odierna struttura neoliberista del capitalismo. Del resto, come si è ricordato<sup>34</sup>, l'era neoliberista del diritto europeo nasce con il giudice (europeo) legislatore degli anni '60 del secolo scorso.

Negare questo rapporto significherebbe (tornare a) ritenere che il diritto viva in un mondo separato e astratto della configurazione dei rapporti economici.

Meno facile è però andare più in profondità, evitando il rischio della petizione di principio.

Il primo aspetto da considerare riguarda i caratteri differenziali del neoliberismo rispetto al suo antenato ottocentesco: per dirla in breve, per il secondo la libertà economica e il mercato sono garantiti dall'eliminazione delle norme che possano ostacolarli; per il neoliberismo, invece, è compito della politica (e quindi del diritto) creare il mercato "ottimale". Luca Nivarra in un recente saggio<sup>35</sup> ne ha tratto le implicazioni più drastiche sul ruolo della giurisprudenza: per lui l'odierna "epoca ordolibera" ha «trasformato i giudici in funzionari di un corpo amministrativo investito del compito di approssimare la realtà quanto più possibile al modello della concorrenza

---

<sup>32</sup> V. sopra n. 30

<sup>33</sup> *La Stampa*, 21 luglio 2017.

<sup>34</sup> V. sopra, testo alla n. 21.

<sup>35</sup> L. NIVARRA, *Dalla "crisi" all'"eclissi", ovvero da un paradigma all'altro*, in *Eur. dir. priv.*, 2017.

perfetta», e ha indotto il legislatore, con il medesimo obiettivo, a una produzione normativa che «si succede freneticamente, correggendo e arricchendo gli strumenti a disposizione dei custodi del mercato».

L'argomentazione è persuasiva, ma parziale: non tutta la produzione legislativa e non tutta la giurisprudenza creativa sono il prodotto dell'ordoliberalismo. La fenomenologia del postmoderno si spiega a mio avviso anche con altre ragioni.

Al riguardo è utile anzitutto ricordare che l'odierno neoliberalismo non si presenta con un volto unico, e le sue varianti non sono indifferenti per il nostro ragionamento. La distinzione principale passa tra gli eredi della scuola austriaca (von Hayek, Mises), per la quale i fattori devianti sono essenzialmente i vincoli sociali introdotti nel Novecento, che vanno eliminati. Questo orientamento è alla base del neoliberalismo anglosassone, e delle sue regole giuridiche.

Per la scuola tedesca riunita intorno alla rivista *Ordo* (dalla quale ha tratto il nome di ordoliberalismo, reso famigerato dalla lettura inquietante che ne ha dato M. Foucault), il ruolo dello Stato è riconosciuto per assicurare il carattere concorrenziale del mercato, ma anche la coesione sociale, considerata necessario complemento del primo.

Gli autori più influenti della scuola, come W. Röpke e F. Böhm, furono autorevoli esponenti della CDU e ispiratori della "economia sociale di mercato" nella Germania del ventennio successivo alla guerra.

Oggi la dimensione sociale dell'ordoliberalismo è in larga misura evaporata; è rimasta l'ossessione del continuo intervento normativo per rendere ottimale il mercato concorrenziale.

Tuttavia, come dicevo, c'è dell'altro. Già Böhm, uno dei padri dell'ordoliberalismo, aveva segnalato il rischio della «rifeudalizzazione della società»: gruppi di interesse inducono lo Stato «a porsi al di sopra delle regole del gioco dell'ordinamento vigente a favore di un gruppo e a scapito di altri gruppi di cittadini»<sup>36</sup>.

Formulazione di recente ripresa da Massimo De Carolis<sup>37</sup>, che considera la rifeudalizzazione oggi il «problema cruciale», accentuato dal fatto che la soluzione neoliberista, nelle sue diverse varianti, risulta «profondamente in crisi, se non addirittura del tutto fallita».

Se l'altra faccia del neoliberalismo è la rifeudalizzazione (nel significato di Böhm), è possibile intendere meglio la logica della legislazione postmoderna; e la vicenda del danno biologico, che ho prima ricordato, ne può costituire una esemplificazione.

<sup>36</sup> F. BÖHM, *Wettbewerbsfreiheit und kartellfreiheit*, in *Ordo*, 10 (1958), 167 ss.

<sup>37</sup> M. DE CAROLIS, *Il fallimento del neoliberalismo e la rifeudalizzazione*, Macerata, 2016.

I vincoli imposti dai mercati e dalle regole dell'austerità non consentono oggi di dispiegare una legislazione economica e sociale che esprima visioni e programmi autonomamente definiti. La ricerca del consenso avviene quindi attraverso un uso della legislazione per obiettivi a volte di demagogia propagandistica (il populismo dall'alto), altre volte – come nella vicenda del danno biologico; ma si potrebbero fare molti altri esempi – di protezione di interessi corporativi o clientelari.

Il peso di gruppi di pressione conduce così il legislatore postmoderno, contro la logica stessa del liberismo, a normative frutto di un intreccio opaco tra affari e potere: la rifeudalizzazione temuta da Böhm.

### 8. *Postmoderno e premoderno*

Rifeudalizzazione, o «regressione premoderna», per dirla con Ferrajoli<sup>38</sup>. Ritorna la domanda implicita nella citazione che apre questo scritto: quanto del postmoderno è in realtà premoderno? Padoa Schioppa paragona la «drammatica crisi di certezza del diritto in vigore» alla crisi del diritto comune del '700<sup>39</sup>. Per Castronovo<sup>40</sup> si deve andare più indietro: «l'introduzione del diritto europeo negli ordinamenti nazionali ricorda la fase nella quale il diritto barbarico aveva soppiantato il diritto romano», più che quella del tardo diritto comune.

C'è chi vede un processo di ri-medioevalizzazione dello Stato, in atto in Europa<sup>41</sup>: sovranità acefale, senza un comando supremo, ciascuna con la sua quota di risorse. Del resto, i caratteri postmoderni del diritto sono visti con favore da uno storico come Paolo Grossi<sup>42</sup>, la cui ricerca pluridecennale è tutta attraversata da una raffinata critica delle mitologie giuridiche della modernità, e dalla nostalgia per l'ordine giuridico medievale<sup>43</sup>.

Si condivida o meno questa idea di un "ritorno al passato", è certo che la fenomenologia giuridica postmoderna (diversificazione delle

<sup>38</sup> Nello scritto cit. alla n. 19.

<sup>39</sup> A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa*, Bologna, 2007, 641.

<sup>40</sup> CASTRONOVO, *Eclissi*, cit., 231.

<sup>41</sup> J. ZIELONKA, *Disintegrazione*, tr. it., Roma-Bari, 2015, che indica un modello neomedioevale come via d'uscita alla crisi della UE. Di «riattivazione delle modalità feudali del legame sociale» parla A. SUPLOT, *Homo juridicus* (2005), tr. it., Milano, 2006, 133, a proposito del depotenziamento del ruolo della legge a vantaggio del contratto nei rapporti di lavoro.

<sup>42</sup> Da ult. in P. GROSSI, *Il giudice civile. Un interprete?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 1135 ss.

<sup>43</sup> P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 2006, 3<sup>a</sup> ed.; Id., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007, 3<sup>a</sup> ed.

fonti, legislazione sovrabbondante e deforme, giurisprudenza creativa) si contrappone ai caratteri originari della modernità giuridica: monopolio nazionale delle fonti del diritto, “soggezione” del giudice alla legge, diritto civile basato sul principio di eguaglianza, e su categorie generali idonee a formare “sistema”. Non sarà rifeudalizzazione, ma regresso, a mio avviso, sì. E se si condivide questo giudizio, forse la dottrina ha qualcosa da dire.

### 9. Poche parole sulla “dottrina”

Poche parole conclusive. Se a qualcosa può servire il dibattito sul diritto postmoderno, è appunto consentire una riflessione sul ruolo della cultura giuridica. Sono state criticate la dottrina “corriva”, lo pseudo-realismo che assume come dato da recepire la giurisprudenza creativa, il disimpegno dei giuristi<sup>44</sup>. Mi sento di aggiungere, senza nessuna pretesa di esaustività, che l’iperspecialismo disciplinare, attento ai dati legislativi e giurisprudenziali così come sono, è utile, di fronte alla complessità del diritto odierno. Ma tale utilità viene meno, se la dottrina si limita a questo, ovvero teorizza la caotica complessità della fenomenologia giuridica postmoderna come una sorta di nuovo sistema. Si abbandona però così ogni spirito critico, e, prima ancora, il tentativo di comprendere la logica d’insieme della fenomenologia giuridica contemporanea, i suoi nessi con l’odierna configurazione del capitalismo e del sistema politico-istituzionale. Seguendo questa strada, si vedrebbe forse che i codici e le categorie giuridiche del diritto privato moderno, ancorché profondamente rivisitate, svolgono ancora un ruolo fondativo del “sistema”. Per chi ne abbia voglia, c’è poi materia perché lo specialista provi a misurarsi con la progettazione di un “altro” diritto: con l’ideologia e la tecnica della riforma del diritto civile, come Stefano Rodotà proponeva mezzo secolo fa<sup>45</sup>.

<sup>44</sup> CASTRONOVO, Eclissi, cit.; L. FERRAJOLI, *op cit.*; R. PARDOLESI-M. GRANIERI, *Dottrina delle corti e disimpegno dei giuristi*, in *Foro it.*, 2013, V, 187 ss.

<sup>45</sup> S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, 83 ss.



Giuseppe Grisi

*Giudice e legge nell'agone del postmoderno\**

SOMMARIO: 1. La tenuta dei “fondamenti costituzionali” e dei valori dell’UE nella difficile fase attuale. – 2. La scienza giuridica e i problemi cruciali della postmodernità. – 3. Il giudice, la legge e il “diritto vivente”. – 4. Una via d’uscita dalla crisi. – 5. Dopo l’eclissi.

1. *La tenuta dei “fondamenti costituzionali” e dei valori dell’UE nella difficile fase attuale*

Si sente parlare da un po’ – e con toni preoccupati – dell’Ungheria, per la gestione del fenomeno dell’immigrazione<sup>1</sup> e, sul piano più generale, per il carattere dei mutamenti costituzionali lì intervenuti<sup>2</sup>, discutibili soprattutto per l’involuzione democratica innescata nel rapporto tra

---

\* Lo scritto, che riprende le linee della relazione svolta nell’incontro su “Il giudice e la legge” tenuto nell’Università Roma Tre il 7 giugno 2017, è destinato ad un volume di studi in memoria di Paolo Maria Vecchi.

<sup>1</sup> Gestione, a detta di molti, inaccettabile e di dubbia compatibilità con il diritto internazionale in materia di diritti umani e rifugiati. Non c’è solo la nota vicenda relativa alla costruzione di un muro sul confine serbo, essendo state adottate in Ungheria diverse misure molto restrittive nei confronti di migranti e richiedenti asilo, quale quella – approvata dal Parlamento nel marzo 2017 – che determina, in pratica, il confino di questi ultimi in appositi campi profughi gestiti dal Governo per tutto il tempo necessario ad esaminare la loro posizione. Risale al giugno 2017 l’annuncio, da parte della Commissione europea, dell’avvio di una procedura di infrazione nei confronti di Ungheria, Polonia e Repubblica Ceca, accusate di non aver contribuito al meccanismo straordinario di ricollocamento dei richiedenti asilo adottato all’unanimità dal Consiglio Europeo con decisione 2015/1601 del 22 settembre 2015.

<sup>2</sup> La nuova “Legge fondamentale dell’Ungheria” (*Magyarország Alaptörvénye*) è stata approvata dal Parlamento di Budapest il 19 aprile 2011 ed è entrata in vigore l’1 gennaio 2012. L’evento ha suscitato reazioni di vario segno (v. G. MESCHINI, *Cenni sulla nuova legge fondamentale ungherese*, in *Rivista di studi ungheresi*, 2016, 103 ss., in epa.oszk.hu) e, da allora, il testo ha subito – per quanto consta – ben sei revisioni, la penultima risalente all’ottobre del 2013, costituente risposta, a detta di molti insoddisfacente, alle allarmate sollecitazioni contenute nella Risoluzione del Parlamento europeo del 3 luglio 2013 sulla situazione dei diritti fondamentali in Ungheria. L’ultima risale al giugno 2016 ed ha inciso sulla disciplina dello stato di emergenza.

potere politico e Corte costituzionale; a quest'ultimo proposito, desta allarme anche ciò che si registra in altri Paesi che hanno rinnovato la Costituzione dopo la caduta dei regimi comunisti, quali la Polonia<sup>3</sup> e la Romania<sup>4</sup>. Queste vicende sono espressione di un malessere diffuso in Europa, dovuto a svariate cause che negativamente condizionano lo sviluppo del processo di unificazione<sup>5</sup>, accentuandone la precarietà: in questo clima, genera inquietudine anche il fatto che il rispetto dei principi e dei valori basilari dell'UE in tutte le istituzioni e gli Stati membri è un obiettivo da raggiungere. È duro doverlo constatare, ma al banco di prova degli eventi – molti dei quali inediti e drammatici – che la realtà via via prospetta, si scopre che la democrazia, lo stato di diritto e i diritti fondamentali sono a rischio. L'UE, ancorché debilitata, sta percorrendo una strada per sventare il pericolo o almeno evitare che la situazione degeneri irrimediabilmente: si è pensato, premessa la necessità di dare a quei valori una più nitida ed aggiornata definizione, di monitorarne, nell'attuale fase e costantemente in futuro, l'attuazione in concreto. È stata, così, adottata la Risoluzione del Parlamento europeo del 25 ottobre 2016 recante raccomandazioni alla Commissione sull'istituzione di un meccanismo dell'UE in materia di democrazia, Stato di diritto e diritti fondamentali<sup>6</sup>; allegato alla Risoluzione è un documento dal nome altisonante – Patto dell'Unione Europea sulla democrazia, lo stato di diritto e i diritti fondamentali – recante raccomandazioni dettagliate per un progetto di accordo interistituzionale sulle misure concernenti le procedure di monitoraggio da attivare su quei fronti. Non è molto, ma nella condizione attuale è

---

<sup>3</sup> La Costituzione della Repubblica di Polonia (*Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*) è stata adottata dall'Assemblea Nazionale il 2 aprile 1997 e, approvata da un referendum il 25 maggio dello stesso anno, è entrata in vigore il 17 ottobre 1997.

<sup>4</sup> La Costituzione della Romania è stata approvata con referendum popolare l'8 dicembre 1991, ma il 29 ottobre 2003 la Corte Costituzionale romena ha convalidato il referendum confermativo della legge di revisione costituzionale approvata definitivamente dal Parlamento nel mese precedente; sono risultati, per l'effetto, modificati più di un terzo degli articoli che compongono il testo costituzionale, eliminati 5 articoli e introdotti 9 nuovi articoli.

<sup>5</sup> In primo piano, in questa fase, sono i problemi legati alla crescente immigrazione dal nord dell'Africa, fenomeno che sta diventando esplosivo non solo per le sue proporzioni, ma soprattutto perché l'UE si sta dimostrando incapace di elaborare politiche efficaci e ispirate – in linea con quanto l'art. 80 TFUE impone – dal principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra Stati membri. La scarsa sensibilità mostrata da questi ultimi, la cui prima preoccupazione è chiudere le loro frontiere, giocoforza si riverbera negativamente sull'Italia – geograficamente più esposta – lasciata sola a fronteggiare l'emergenza e non attrezzata a resistere all'urto di un'ondata migratoria eccezionale.

<sup>6</sup> Il testo è agevolmente reperibile in <[www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu)> (ultimo accesso: 05/06/2018).

comunque uno sviluppo utile<sup>7</sup>, che – se non altro – testimonia l'acquisita consapevolezza dell'importanza della posta in gioco. Se il rispetto dei valori di cui all'art. 2 TUE e l'impegno a promuoverli sono presupposto indispensabile per l'ingresso nell'UE (art. 49 TUE), logica e naturale è la verifica periodica della permanenza del requisito negli Stati membri; conclusione, questa, ineccepibile anche alla luce dell'art. 21 TUE, che elegge a fondamento dell'azione dell'Unione sulla scena internazionale

«i principi che ne hanno informato la creazione, lo sviluppo e l'allargamento e che essa si prefigge di promuovere nel resto del mondo: democrazia, Stato di diritto, universalità e indivisibilità dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, rispetto della dignità umana, principi di uguaglianza e solidarietà e rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale».

Operativamente, ciò che la Risoluzione chiede alla Commissione è

«di presentare, entro settembre 2017, sulla base dell'articolo 295 TFUE, una proposta per la conclusione di un Patto dell'Unione sulla democrazia, lo Stato di diritto e i diritti fondamentali (...) sotto forma di un accordo interistituzionale che stabilisca le modalità atte a facilitare la cooperazione delle istituzioni dell'Unione e degli Stati membri nell'ambito dell'articolo 7 TUE e a integrare, allineare e completare i meccanismi esistenti secondo le raccomandazioni dettagliate figuranti nell'allegato e compresa la possibilità di aderire al Patto DSD per tutte le istituzioni e gli organismi dell'Unione che lo desiderano»<sup>8</sup>;

un progetto, questo, destinato ad innestarsi, integrandolo, nel Quadro per il rafforzamento dello Stato di diritto proposto dalla Commissione

<sup>7</sup> La via del monitoraggio, tra l'altro, è la meno impervia e occorre anche considerare che il ricorso a strumenti diversi è, se non impraticabile, poco ci manca. Paiono, infatti, inadeguate, sia la procedura *ex art. 7 TUE*, estremamente complessa e complicata da attivare, sia la procedura di infrazione di cui agli artt. 258 ss. TFUE, incongrua rispetto all'esigenza di salvaguardare le fondamenta dell'UE.

<sup>8</sup> Così recita l'art. 1 della Risoluzione *de qua*. Il Patto dell'Unione DSD – come affermato nel considerando AJ – deve «basarsi su riscontri oggettivi; essere oggettivo e non soggetto a influenze esterne, soprattutto da parte del potere politico, non discriminatorio e valutare in condizioni di parità; rispettare i principi di sussidiarietà, necessità e proporzionalità applicarsi sia agli Stati membri che alle istituzioni dell'Unione; basarsi su un approccio graduale che comporti una parte preventiva e una parte correttiva». Il suo scopo principale – a norma dell'art. 4 – è «prevenire e correggere le violazioni dei valori dell'Unione» anche mediante la previsione di «possibili sanzioni che possano fungere da deterrente efficace».

europea nel 2014<sup>9</sup> e a sviluppare il dialogo sullo Stato di diritto programmato con cadenza annuale presso il Consiglio UE, rivelatosi sinora alquanto sterile<sup>10</sup>.

Staremo a vedere<sup>11</sup>. L'argomento meriterebbe un'analisi più approfondita che in questa sede non è dato svolgere, ma i dati evidenziati sono sufficientemente eloquenti e mostrano come lo Stato di diritto – evolutosi nel tempo ma costituente ancor oggi «la spina dorsale di ogni democrazia costituzionale moderna»<sup>12</sup> – sia oggi bersaglio di fattori capaci di provocarne

<sup>9</sup> V. *infra*, nota 10.

<sup>10</sup> Come informa A. COLFELICE, *Garantire lo Stato di diritto nell'Unione europea*, in <[www.csfederalismo.it](http://www.csfederalismo.it)> (ultimo accesso: 05/06/2018), 2016, “nel dicembre 2014, sotto presidenza di turno italiana, (...) il Consiglio Affari generali ha deciso di istituire, con cadenza annuale, un dialogo tematico strutturato fra gli stati membri su specifici aspetti relativi alla salvaguardia dello Stato di diritto in Europa. L'obiettivo dichiarato è quello di promuovere la diffusione di una cultura del rispetto dello Stato di diritto nell'UE attraverso il dialogo, la collaborazione e la condivisione di buone pratiche, in un'ottica essenzialmente preventiva (e non sanzionatoria). Ad oggi si sono svolte due discussioni tematiche: nel novembre 2015 sul tema “Stato di diritto nell'era digitale”; nel maggio 2016 su “Rifugiati e stato di diritto”. È stato convenuto di effettuare una prima valutazione del processo entro la fine del 2016”. Lo stesso A. COLFELICE, *Una “via parlamentare” alla promozione dello stato di diritto nell'UE?*, in <[www.csfederalismo.it](http://www.csfederalismo.it)> (ultimo accesso: 05/06/2018), 2017, dà conto dei tentativi più di recente operati per rafforzare tale dialogo, sin qui poco efficace: non ha incontrato grande consenso la proposta di trasformarlo «in un meccanismo di “revisione tra pari” (*peer review*), che consenta di verificare periodicamente il rispetto dello stato di diritto nell'UE non per grandi temi, come fatto finora, ma con riferimento al comportamento di ciascun paese», sicché il «Consiglio ha (...) deciso di proseguire con l'attuale dialogo sullo stato di diritto a modalità invariata (...), rinviando ogni valutazione sulla possibilità di trasformarlo in un meccanismo di *peer review* alla fine del 2019».

<sup>11</sup> Può rinviarsi, comunque, ad A. COLFELICE, *op. ult. cit.*, per un'informativa breve sugli sviluppi sul fronte del Patto dell'Unione sulla democrazia, lo stato di diritto e i diritti fondamentali; sviluppi, che lasciano pensare ad un processo faticoso e dagli esiti incerti, al punto che è giudicata opportuna una riflessione del «Parlamento (...) su possibili opzioni alternative qualora la strada dell'accordo inter-istituzionale dovesse rivelarsi non praticabile». A detta dell'A., facendo «riferimento ai poteri conferitigli dal Protocollo n. 1 al TFUE, nonché alle proprie Regole di procedura, il Parlamento potrebbe istituire un meccanismo di monitoraggio autonomo, sotto forma di dialogo interparlamentare sullo stato di diritto, coinvolgendo le proprie controparti a livello nazionale».

<sup>12</sup> Così esordisce la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio: «Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto» (COM/2014/0158 final), aggiungendo che lo Stato di diritto è «uno dei principi fondanti che discendono dalle tradizioni costituzionali comuni di tutti gli Stati membri dell'UE e, in quanto tale, è uno dei valori principali su cui si fonda l'Unione, come richiamato dall'articolo 2 del trattato sull'Unione europea (“TUE”) nonché dal preambolo dello stesso trattato e da quello della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (“Carta”). (...) Inoltre, lo Stato di

la dissoluzione: il suo rafforzamento – *rectius*, la sua difesa – non avrebbe il rilievo primario che ha, nell'agenda europea, se così non fosse.

Lo Stato di diritto è sotto attacco pure sul versante della separazione (o divisione) dei poteri, che dello Stato di diritto è uno dei principi fondamentali. «Chiunque abbia potere è portato ad abusarne; egli arriva sin dove non trova limiti»: sono parole di Montesquieu, tratte dall'opera “Lo Spirito delle leggi” pubblicata nel 1748, ma sempre attuali. La separazione dei poteri è anche uno dei principi cardine del costituzionalismo liberale e tale da connotare in buona parte le stesse democrazie costituzionali, dalla loro nascita. Come l'art. 16 della *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* del 1789 testualmente afferma, «Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution». Già durante il secolo scorso, con l'avvento dello Stato democratico, il principio della separazione dei poteri ha subito trasformazioni profonde rispetto alle sue origini, ma i segni della crisi si sono palesati evidenti negli ultimi decenni, in Italia più che altrove: uno per tutti, rimanda al fatto – innegabile e, in parte, addebitabile alla latitanza del legislatore, che oltretutto, quando presente, è molto spesso insipiente – che il potere normativo è ormai solo marginalmente esercitato dalle Camere, essendo invece appannaggio del Governo. E se «la contemporaneità pone in questione direttamente il *ruolo della legge* e la sua capacità di ordinare in modo efficace e razionale una certa comunità di persone»<sup>13</sup>, di riflesso anche la magistratura va riposizionandosi nell'ordinamento, assumendo – come vedremo – una collocazione e un peso non proprio coincidenti con quelli che anche la nostra Costituzione, nel sancire la soggezione dei giudici alla legge, le assegna. La separazione dei poteri impronta il piano normativo nazionale ed è riconosciuta dall'UE come uno dei suoi pilastri<sup>14</sup>, ma si fa strada l'idea che la sua effettiva vigenza, nello Stato contemporaneo, sia ormai da revocare in dubbio e c'è finanche chi si spinge più o meno apertamente a negarla. La ragione consiglia di non indulgere a posizioni tanto estreme, ma il progressivo sgretolarsi di questo muro maestro dello stato di diritto è sotto gli occhi di tutti e sarebbe folle non provare inquietudine.

---

diritto (preminenza del diritto) costituisce, accanto alla democrazia e ai diritti dell'uomo, uno dei tre pilastri del Consiglio d'Europa, sancito nel preambolo della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (“CEDU”).

<sup>13</sup> A. NATALE, *Introduzione*, in *Questione Giustizia*, 4/2016, 7.

<sup>14</sup> Nella già citata Risoluzione sulla situazione dei diritti fondamentali in Ungheria (v. *supra*, nota 2) si «ricorda che la democrazia e lo Stato di diritto implicano una separazione dei poteri tra istituzioni indipendenti sulla base di un efficiente sistema di pesi e contrappesi e di un efficace controllo della conformità della legislazione con la Costituzione».

## 2. La scienza giuridica e i problemi cruciali della postmodernità

Non c'è da stare allegri, dunque, ma bisogna non farsi prendere dallo scoramento e indirizzare nel giusto senso la reazione. La presa d'atto della crisi e delle sue proporzioni è il primo passo. Sono molti e su diversi fronti i cedimenti osservabili nella realtà che oggi viviamo, che non ha più certezze su cui far conto e appare dominata dalla differenza, dalla molteplicità irriducibile a schemi unificanti. "Crisi" è, nel lessico aggiornato, il termine d'uso più frequente<sup>15</sup>: una crisi così profonda, da determinare – la si iscriva o no nel postmoderno<sup>16</sup> – la rottura di «tutti i pilastri sui quali a lungo si è retto l'edificio della riflessione giuridica»<sup>17</sup>. C'è, forse, un'estremizzazione nel concetto così espresso – e sul punto torneremo – ma preme, ora, orientare la riflessione su un diverso piano e verificare come questo sviluppo rovinoso venga valutato da chi, attento osservatore della realtà, non può che constatarne l'esistenza. Si staglia, allora, chiara, una divergenza di vedute. C'è chi non esita a giudicarlo positivamente, ritenendo risposta adeguata ai problemi emergenti dalla complessità sociale la rottamazione delle vecchie categorie, presupposto della rifondazione ad opera dell'interprete, protagonista assoluto sulla scena, e chi – al contrario – guarda con ansia alla situazione determinatasi, percepita come pericolosa non solo per le sorti del diritto. Alfieri dell'uno e dell'altro orientamento sono, rispettivamente, Nicolò Lipari e Carlo Castronovo, i quali hanno dato alle stampe, in anni recenti, il secondo a poca distanza dal primo, due libri importanti<sup>18</sup>, cui hanno fatto seguito – a mo' di integrazione e completamento del discorso – altri pregevoli contributi<sup>19</sup>. Beninteso, altri autorevoli studiosi hanno

<sup>15</sup> «"Postmodernità" è il tempo presente, che è tempo di "crisi"»: così esordisce la Prefazione in V. SCALISI, *Fonti – Teoria – Metodo. Alla ricerca della "regola giuridica" nell'epoca della postmodernità*, Milano, 2012.

<sup>16</sup> A giudizio di P. GROSSI, *Il diritto nella storia dell'Italia unita*, in <[www.lincei.it](http://www.lincei.it)> (ultimo accesso: 05/06/2018), 25, «stiamo vivendo un momento di lenta transizione, che ha cominciato a profilarsi già nell'ultimo scorcio del secolo XIX, ha percorso tutto il Novecento crescendo costantemente e non ha visto ancora il suo termine. Ed è veramente crisi nel suo significato più pregnante: passaggio, passaggio dalla modernità a un tempo profondamente diverso, che possiamo contentarci di chiamare pos-moderno, paghi di aver segnalato con questo generico aggettivo il suo distacco dai caratteri del tempo precedente».

<sup>17</sup> N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 1133.

<sup>18</sup> Trattasi di N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013 e C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015.

<sup>19</sup> Alludiamo a C. CASTRONOVO, *L'aporia tra ius dicere e ius facere*, in *Europa dir. priv.*, 2016, 981 ss.; N. LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 1153 ss. e *Juscivile*, 2016, 295 ss. Quest'ultimo saggio, insieme

alimentato il dibattito con contributi, diversamente ispirati, di notevole spessore e di grande interesse<sup>20</sup>, ma quelli dei due Autori menzionati mostrano una più chiara valenza paradigmatica, dato che nell'uno – mi si perdonerà se sbaglio – trapela l'intento di entrare in dialogo critico, stretto e stringente, con l'altro.

Non si direbbe, a prima vista, che l'opera di Castronovo sia sollecitata dal desiderio di replicare alle argomentazioni di Lipari: sembra, anzi, evincersi il contrario dal fatto che il volume di quest'ultimo compare citato un'unica volta nella "Eclissi del diritto civile" di Carlo Castronovo, e in una nota, isolata e quasi nascosta, collocata nel Prologo. Ma l'apparenza spesso inganna e forte è il dubbio che sia così anche in questo caso poiché, nel dipanarsi del ragionamento, nei contenuti e nella *vis polemica* che anima lo scritto di Castronovo, mi sembra di scorgere l'esigenza di controbattere le tesi di chi, alludo a Lipari, dell'eclissi aveva mostrato di non essersi minimamente accorto o, come la perspicacia del giurista trapanese induce invece a ritenere, l'oscuramento aveva notato e salutato come evento rigeneratore e quasi catartico. Castronovo, nella menzionata notizia, registra ne "Le categorie del diritto civile" dell'illustre interlocutore il cedimento «a una sorta di sconforto antidogmatico»<sup>21</sup>, ma è così solo in parte perché da quelle pagine disperazione ed afflizione non affiorano: Lipari guarda senza nostalgia alle vecchie care categorie civilistiche ridotte ormai a «mere sovrastrutture»<sup>22</sup>, «moduli di linguaggio che hanno progressivamente perduto il loro significato»<sup>23</sup>, «vecchi abiti» e inutili camice

---

ad altri parimenti interessanti dello stesso A., compare ora in N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017. Aggiungasi N. LIPARI, *Giudice legislatore*, in *Foro it.*, 2017, I, 492 (in nota a Cass., Sez. Un., 25 gennaio 2017, n. 1946).

<sup>20</sup> Evito di fare l'elenco di quelli meritevoli di segnalazione per non incorrere nel rischio – solo così scongiurabile – di non inserirne, involontariamente, un buon numero. Non credo ingeneri risentimento, tuttavia, la menzione dei saggi raccolti in N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016. Tra i contributi che dal libro di Castronovo hanno tratto occasione, degni di nota quelli – tutti pubblicati nel quarto fascicolo del 2016 di *Europa dir. priv.*, 1133 ss. – di S. MAZZAMUTO, *Eclissi e l'antieclissi. A proposito di due libri recenti: Carlo Castronovo, Eclissi del diritto civile (Milano 2015) e Giuseppe Terranova, Elogio dell'approssimazione. Il diritto come esperienza comunicativa (Pisa 2016)*; A. DI MAJO, *Ascesa e declino del diritto civile*; G. TERRANOVA, *Carlo Castronovo e i concetti giuridici*; A. GENTILI, *A proposito di "Eclissi del diritto civile" di Carlo Castronovo*; G. BENEDETTI, *"Eclissi del diritto civile" e fenomenologia dell'attesa. Riflessioni sul testo di Carlo Castronovo*; L. NIVARRA, *A proposito di Eclissi del diritto civile di Carlo Castronovo*.

<sup>21</sup> CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 4, nota 4.

<sup>22</sup> LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., 155.

<sup>23</sup> N. LIPARI, *op. ult. cit.*, 167.

di forza<sup>24</sup> delle quali l'interprete deve liberarsi per poter dar corso, finalmente, ad un'opera di rifondazione del diritto civile di cui egli è assoluto e incontrastato artefice, ora che i ponti col formalismo sono definitivamente crollati, ora che il mito della certezza del diritto è tramontato<sup>25</sup>, ora che si è acquisita la consapevolezza che l'interpretazione è un *prius* indispensabile e ineludibile anche *in claris*. Nel pensiero di Lipari, «il dettato normativo tende inevitabilmente ad essere un punto di arrivo, non (ammesso che mai lo sia stato) un punto di partenza»<sup>26</sup>. Itinerario e approdo del pensiero di Castronovo sono diversi: per Lui la dogmatica, che significa stabilità e non conservazione, ha avuto, deve avere e sempre avrà un ruolo fondamentale nel diritto, perché «l'esperienza giuridica ha il suo *proprium* nella continuità»<sup>27</sup>, perché «la dimensione creativa dell'interpretazione non può svolgersi a prescindere dal dato positivo, né il giudice può considerarsi alieno dalla legge»<sup>28</sup>, perché è doveroso e utile talora prendere le distanze dalla stretta logica della fattispecie ma è deleterio e pericoloso pensare che da essa ci si possa distaccare<sup>29</sup>, perché occorre reagire allo «scemare della funzione regolativa della norma di legge»<sup>30</sup> e non indulgere allo «spirito antisistemico del post-moderno»<sup>31</sup>. Due visioni antitetiche, dunque, frutto però di ragionamenti che poggiano e fanno leva su dati in larga parte omogenei, da entrambi gli Autori impiegati quali tessere della trama argomentativa e quali cartine di tornasole atte a svelare la reale condizione del diritto civile oggi; dati, che rimandano alla Costituzione repubblicana e all'impatto della sua entrata in scena sulla scienza privatistica, alla giurisprudenza nel sistema delle fonti e nel rapporto con la dottrina, all'influenza del diritto europeo *acquis* e *in progress*. Questa comunanza suona a conferma del contesto dialogico entro cui le riflessioni sono sviluppate, ma – al di là di

<sup>24</sup> N. LIPARI, *op. ult. cit.*, 220.

<sup>25</sup> Si veda N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, cit., 1115 ss.

<sup>26</sup> Così, nella *Presentazione* de “Il diritto civile tra legge e giudizio”, cit., 5. Il concetto è con pari chiarezza espresso da N. IRTI, *Sulla “positività ermeneutica”* (per Vincenzo Scalisi), in *Riv. dir. civ.*, 2016, 926, quando, richiamando il pensiero di Scalisi, rileva che “l'interpretazione non sta dopo la produzione del diritto, ma fa il diritto: non presuppone, ma pone la norma”.

<sup>27</sup> C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, 9.

<sup>28</sup> C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, 92.

<sup>29</sup> L'ammonimento è implicito nella critica dall'A. rivolta al “rimedialismo, cioè l'attenzione sbilanciata ai rimedi come soluzioni giuridiche di bisogni spesso ancora non scanditi dall'indistinto” (C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, 31).

<sup>30</sup> C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, 32.

<sup>31</sup> C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, 28. L'espressione è estrapolata da una riflessione condotta dall'A. sul passaggio dalla proprietà (al singolare) alle proprietà (al plurale), giudicato – in qualche misura – manifestazione di detto spirito.

ciò – è opportuno ribadire che i dati in parola, cioè i corpi che ad avviso di Castronovo oscurano il diritto civile determinando l'eclissi, secondo Lipari invece lo illuminano, rendendo ben visibile il percorso che ne assicura la rigenerazione<sup>32</sup>. L'eclissi non è perenne e Castronovo mutua dal pensiero di Wieacker l'auspicio di una pronta reazione «alla (...) disintegrazione dell'ordinamento (...) con un rinvigorismento della coscienza critica e con la volontà di ricostruire una teoria del diritto civile dotata di coesione spirituale e concettuale»<sup>33</sup>. Sicché dalla dimensione sistematica non è dato prescindere e questa consapevolezza accomuna i due Autori, sintonizzati su lunghezze d'onda mille miglia lontane circa il modello di sistema al quale far riferimento. La disputa non mi vede neutrale: si capirà dal prosieguo a quale tra le due posizioni sia più vicina la mia. Intanto, la patente diversità di vedute, così nitidamente delineata nelle riflessioni esplicitate dai due Autori e nelle pieghe nascoste dell'argomentazione da ciascuno sviluppata, restituisce immediata la percezione di quelli che, anche nella postmodernità, sono i problemi cruciali che la scienza civilistica – e non solo essa – deve affrontare e cercare di risolvere, primo tra tutti il «tema antichissimo, e per molti versi fondamentale» del «rapporto tra la legge e il giudice chiamato ad applicarla, tra il testo giuridico e il suo interprete»<sup>34</sup>.

### 3. *Il giudice, la legge e il "diritto vivente"*

Prima, negli ordinamenti di *civil law*, chi partoriva le leggi creava le norme; attualmente sono in molti a pensare che non sia più così. Il momento dell'applicazione della legge – che, in sé considerato, è il «risultato di un raffronto

<sup>32</sup> Rigenerazione, connessa “al passaggio da un sapere teoretico (..) ad un sapere pratico, che è impegnato continuamente a plasmare le sostanze normative in modo da renderle conformi al patrimonio positivizzato di valori” (N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, cit., 1143).

<sup>33</sup> Così la chiusura dell'epilogo, in C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, 290.

<sup>34</sup> Così esordisce, nel fascicolo 4/2016 della rivista trimestrale “Questione Giustizia”, interamente dedicato al tema, l'Editoriale, datato gennaio 2017, a firma del Direttore R. RORDORF. Ne parla come di «una problematica assai accesa tra i giuristi, non solo italiani, ed ora tornata di attualità», G. ALPA, *Giudici e legislatori*, in *Contr. impr.*, 2017, 1, che ne segnala il recupero «in una veste moderna, concernente i valori incorporanti nelle disposizioni della Costituzione, la c.d. interpretazione costituzionalmente conforme, l'applicazione del diritto dell'Unione europea, e poi la Drittwirkung delle disposizioni costituzionali ai rapporti tra privati, l'applicazione delle disposizioni della Convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti umani e delle disposizioni della Carta europea dei diritti fondamentali ai rapporti tra privati, e, più in generale, la “precomprensione” e i limiti dettati alla autonomia dell'interprete».

fra ciò che la legge ha previsto e ciò che è accaduto, tra anticipazione di ieri e realtà di oggi»<sup>35</sup> – si fa evanescente. Ha, oggi, credito la tendenza a considerare le leggi dei meri testi, sempre e ineluttabilmente equivoci e polisemici, tributari di un valore solo all’esito dell’interpretazione: se ne trae la conclusione, quasi naturale, che il diritto è da apprezzare come dato esperienziale, come discorso<sup>36</sup>. C’era una volta il primato della legge, specchio di un ordinamento di *civil law* impostato su rigide gerarchie. Questo primato non c’è più – a detta di molti<sup>37</sup> – ed egemone è l’idea che, rovesciati i tradizionali termini del rapporto tra legislazione e giurisdizione, il diritto scritto delinea i tratti di un ordinamento (morente o morto) non più coerente con quello “vivente” (o vivo). Non mi piace l’uso che comunemente si fa dell’espressione “diritto vivente”, perché velatamente allude alla morte – già constatata o prossima – del diritto di fonte legislativa; mi sembra, invece, da seguire il suggerimento di chi propone di associare alla denominazione «diritto vivente l’insieme degli enunciati normativi» e all’espressione «diritto vivente l’insieme dei loro significati quale risulta dalla loro interpretazione e applicazione»<sup>38</sup>. Sicché diritto vivente è anche quello giurisprudenziale e questo, come quello di fonte legislativa, sono diritto vivente. Eppure, c’è una parte del “diritto vivente” che sembra (o è dato per) “morto o morente”. Sono in molti a denunciare lo iato tra il diritto in concreto applicato e molte delle regole cristallizzate nel codice, considerato alla stregua di un reliquiario: negare che la divaricazione esista è difficile, ma di qui ad accettarla senza scomporsi, quasi fosse un dato ineluttabile e irreversibile, ce ne passa. Non si può ragionevolmente credere che elementi costitutivi l’ordinamento possano, con leggerezza, essere riposti nel dimenticatoio sol perché non coerenti con la realtà del diritto che si afferma vivente. C’è chi parla, senza remore, di «disintegrazione del sistema delle fonti»<sup>39</sup> raccomandando di lasciar perdere l’art. 1 prel.<sup>40</sup>, ma – a mio modesto avviso – la disposizione, che è certo

<sup>35</sup> IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., VII.

<sup>36</sup> Emblematico il titolo di un’opera pregevole di A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, che dell’analisi dell’argomentazione fa il tramite per articolare riflessioni a tutto campo su temi di teoria generale del diritto che non risparmiano il terreno dell’interpretazione. Quest’ultimo è arato con sapienza non comune dallo stesso A. nei due volumi della monografia dal titolo *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell’interpretazione dei contratti*, Torino, 2015.

<sup>37</sup> Parla di «declino della legge (nell’ordinamento vivente)» R. GUSTARINI, *Legalità*, in *Rule of Law. L’ideale della legalità*, a cura di G. PINO e V. VILLA, Bologna, 2016, 151, «per alludere al fatto che la legge non può più considerarsi fonte del diritto privilegiata, com’era un tempo (...) per diverse ragioni concorrenti».

<sup>38</sup> L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione Giustizia*, 4/2016, cit., 13.

<sup>39</sup> N. LIPARI, *op. ult. cit.*, 1133.

<sup>40</sup> Definito «un enunciato che si è ormai concordi nel riconoscere privo di qualsiasi valenza

datata, non per questo è da considerarsi superata o inespressiva di significato. Per quanto forte sia la tentazione di farlo, occorre non perdere mai di vista: a) che la legge, fonte primaria di diritto, è sempre scritta e promana dall'esercizio di funzione costituzionalmente attribuita a soggetti eletti a suffragio universale e diretto dal popolo, cui appartiene la sovranità, esercitata nelle forme e nei limiti della Costituzione; b) che la giustizia è amministrata in nome del popolo e che i giudici sono soggetti soltanto alla legge; c) che l'interpretazione è attività disciplinata dalla legge, per via di disposizioni *ad hoc* apprestate; d) che l'art. 12 prel., considerato da alcuni un fossile, è ancora lì a vietare, nell'applicazione della legge, di attribuire ad essa «altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole (...) e dalla intenzione del legislatore»; e) che, in tema di interpretazione del contratto, opera il sindacato di legittimità anche con riguardo alla verifica del rispetto dei canoni legali di ermeneutica, oltre che della coerenza e logicità della motivazione addotta.

Confusione e sconcerto sono ampiamente giustificati, così come il disorientamento. Globalizzazione, postmoderno, sono le nuove categorie entrate nel vortice della riflessione giuridica: il diritto – se lo intendiamo riferito al dato normativo – mantiene forte il legame con la tradizione e le note categorie, ma questo retaggio è da molti considerato un ingombrante fardello, poco utile – se non d'ostacolo – alla comprensione del nuovo. Dunque, *demodé* è la classica configurazione del rapporto tra giudice e legge, che pur disancorata dal modello del «giudice *bouche de la loi* (...) messo in soffitta già da tempo»<sup>41</sup>, riconosce alla legge una sorta di primazia; e superato è anche il formalismo interpretativo<sup>42</sup>. Nell'ottica cooperativa dei formanti certe logiche si affievoliscono e quello giurisprudenziale, non solo emerge quale «imprescindibile momento (...) alla costruzione del diritto vivente, che si concreta in un determinato momento storico-politico»<sup>43</sup>, ma prende decisamente il sopravvento. Il Presidente Rordorf ha ragione quando rileva che «Ciò di cui si discute, a ben vedere, sono l'*ubi consistam* della giurisdizione ed il ruolo del giudice nella società democratica»<sup>44</sup>; ma la premessa è data da un giudice insofferente al ruolo

precettiva» (N. LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, ora in LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., 39).

<sup>41</sup> Così, in un saggio che l'A. ha avuto la cortesia di offrirmi in lettura in dattiloscritto prima della pubblicazione, L. NIVARRA, *Dalla "crisi" all'"eclissi": ovvero, da un paradigma all'altro*, 8.

<sup>42</sup> Riflette sul processo di liberazione dal formalismo interpretativo, utilizzando quali guide il pensiero di Ascarelli e Mengoni e talune decisioni della Corte di Cassazione riconosciute di valore esemplare, NIVARRA, *op. ult. cit.*, 8 ss.

<sup>43</sup> M. GRONDONA, *Diritto dispositivo contrattuale. Funzioni, usi, problemi*, Torino, 2011, XVII.

<sup>44</sup> RORDORF, *Editoriale*, in *Questione Giustizia*, 4/2016, cit., 3.

che il diritto “morente” gli assegna e non più disposto ad attendere che il miracolo della guarigione si compia.

#### 4. Una via d'uscita dalla crisi

Dobbiamo, dunque, rassegnarci a prendere atto che l'ordine giuridico che abbiamo conosciuto è da associare alle grandi narrazioni (illuminismo, idealismo, marxismo, cristianesimo, capitalismo) di cui la società postmoderna ha ineluttabilmente decretato la fine? Siamo, dunque, di fronte ad una manifestazione della condizione postmoderna tempo addietro da Lyotard teorizzata<sup>45</sup>? Non è una lettura implausibile, anche se vi sarebbe preliminarmente da discutere sul valore da conferire all'espressione “postmoderno”, tutt'altro che univoca e non da tutti abbinata a categoria avente dignità scientifica o capace di catalizzare intorno a sé il nucleo di senso dei cambiamenti osservabili nella società contemporanea<sup>46</sup>. Si può, dunque,

<sup>45</sup> J.F. LYOTARD, *La condition postmoderne. Rapport sur le savoir*, Paris, 1979 (nella traduzione italiana: *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere*, Milano, 2002). Da Lyotard in poi, il ricorso all'espressione “postmoderno” è divenuto, dapprima in ambito filosofico e successivamente in altre sfere, sempre più frequente. Può rinviarsi a G. FORNERO, *Il postmoderno e le sue filosofie*, in G. FORNERO e S. TASSINARI, *Le filosofie del novecento*, II, Milano, 2002, 1185 ss. per una sintetica e chiara ricognizione sui tratti caratterizzanti il postmoderno – utile anche per comprenderne il rilievo in ambito giuridico – e per l'identificazione di alcuni tra i più rappresentativi esponenti del movimento. In ordine al pensiero giuridico postmoderno, v. i saggi di J. DERRIDA, *La forza del diritto* e M. BARCELONA, *Diritto e nichilismo: a proposito del pensiero giuridico postmoderno*, entrambi in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 193 ss. e 207 ss. (dal ricco apparato di note a corredo di quest'ultimo può trarsi una più che essenziale bibliografia); in un fascicolo della stessa rivista, qualche anno prima – precisamente, nel 2001, 79 ss. – comparivano, in successione, quattro saggi incentrati sul postmoderno nel diritto di E. Resta, U. Mattei e A. di Robilant, P. G. Monateri e U. Mattei. Meritano considerazione, altresì, molti dei saggi raccolti in SCALISI, *op. cit.*, nonché M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007; A. ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell'epoca del postmoderno*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 367 ss.; E. JAYME, *Osservazioni per una teoria postmoderna della comparazione giuridica*, *ivi*, 813 ss.; G. MINDA, *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*, New York, 1995 (nella traduzione italiana: *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, 2001); E. GLIOZZI, *Postmodernismo giuridico e giuspositivismo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 801 ss. Per un'analisi a più ampio spettro del postmoderno da parte di studiosi di diverse discipline, v. M. FERRARESI, *La società del consumo. Lessico della postmodernità*, Roma, 2005, *passim*.

<sup>46</sup> Come nota FORNERO, *op. cit.*, 1185, «il postmoderno è divenuto una sorta di categoria universale atta ad esprimere il “clima” o l’“atmosfera” del nostro tempo»; un concetto che – aggiunge l'A. (*op. cit.*, 1187) – ad onta del «suo indiscutibile successo, (...) è apparso problematico sin dall'inizio e, anche in seguito, è sembrato alludere a un fenomeno sostanzialmente

opinare circa la conferenza del richiamo al postmoderno in associazione allo scenario – non certo rassicurante – sin qui sommariamente descritto; innegabile è, però, la presenza in quest'ultimo di elementi e dati che rimandano alla narrazione più ricorrente del mondo postmoderno. Chi riflette sul passaggio dal moderno al postmoderno segnala il venir «meno della forza totalizzante di un criterio unificatore e (...) il declino di ogni presunzione di fondamento o di motivazione ultima»<sup>47</sup>; il loro posto è preso, nella dimensione del postmoderno, dalla frammentazione, dalla relativizzazione, dall'incertezza, dalla precarietà, dal succedersi sovente caotico di sconvolgimenti e mutamenti repentini (almeno in apparenza) non legati da alcuna correlazione: tutti elementi che un osservatore minimamente attento e culturalmente attrezzato non fatica a registrare nell'attualità. C'è la crisi di un progetto nell'idea del postmoderno e, forse – altro che casualità e disordine – l'avanzata prorompente di un nuovo ordine<sup>48</sup>: assistiamo, comunque, al cedimento di certezze ritenute incrollabili e all'irrompere di una realtà dominata dalla differenza, da una molteplicità che mal si presta alla riconduzione in schemi unificanti. Dobbiamo, per ciò, rassegnarci, sul terreno nostro, a certificare il definitivo e irreversibile tramonto delle categorie costituenti fondamento del sistema giuridico? «La crisi sembra potersi dirigere verso un approdo nichilistico»<sup>49</sup>, ma non crediamo si tratti di un esito scontato. Anche Nivarra rammenta che catastrofe, nell'etimologia greca, è termine neutro, che sempre segnala un rivolgimento significativo, ma non necessariamente in peggio, degli equilibri esistenti<sup>50</sup>. Se i giochi non sono fatti, non solo ha senso, ma acquista un valore particolarmente significativo, alimentare la tendenza a far sì

«vago», ovvero a un pulviscolo indeterminato di dottrine, prive di denominatore comune».

<sup>47</sup> N. LIPARI, *Diritto e sociologia nella crisi istituzionale del postmoderno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 413. Ricordo anche, per l'accento posto su questo dato, la *Lectio brevis* dal titolo «Il diritto in Italia, oggi, tra modernità e pos-modernità», svolta da P. GROSSI il 13 dicembre 2013 all'Accademia dei Lincei (il testo è reperibile in <[www.lincei.it](http://www.lincei.it)> ultimo accesso: 05/06/2018).

<sup>48</sup> Testimoniato – per dirla con NIVARRA, *op. ult. cit.*, 15 – dall'affermazione di una società che «non ha più bisogno della “politica” perché l'unico conflitto immaginabile, in effetti, non è un vero conflitto, ma un attrito, uno scarto tra il mercato perfettamente concorrenziale iscritto nell'ordine delle cose possibili e, dunque, già solo per questo, dotato di una sua peculiare forma di esistenza, e un “reale” spesso irrazionale (concentrazioni e abusi di potere di mercato, squilibrio di informazioni, opacità dell'offerta, barriere all'ingresso) che proprio per questo esiste ma non è davvero reale. Come è del tutto evidente, una società di questo tipo non necessita del “politico” che viene sostituito dalle *policy*, non ha bisogno di un “potere” perché sono sufficienti delle Agenzie regolative, non reclama un *governement*, ma si accontenta di una *governance*».

<sup>49</sup> G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Contr. impr.*, 2017, 366.

<sup>50</sup> NIVARRA, *op. ult. cit.*, 3.

che il postmoderno sollececi un aggiornamento degli istituti del diritto privato, energico in alcuni ambiti, *soft* in altri, e non l'abbandono della narrazione che su di essi ha fatto perno: revocare in dubbio la persistente vitalità quest'ultima fiacca l'argine più potente alla deriva verso un sistema giuridico irrimediabilmente liquefatto.

### 5. Dopo l'eclissi

Il '900 è alle spalle e il mondo è cambiato. Indagare sulle cause ci porterebbe lontano, ma soccorre il richiamo a Barcellona che, in una "mirabile sintesi" ha delineato il seguente "percorso del ragionamento": «- complessità scaturente dall'attuale policentrismo delle fonti; - difficoltà della loro riduzione a sistema; - problematicità della determinazione dei principi; - inedito primato dell'interprete»<sup>51</sup>. Anche l'analisi lucida di Ferrajoli delinea questo itinerario e concorda sul punto d'arrivo<sup>52</sup>, aggiungendo – tra le cause che hanno fatto enorme lo spazio della discrezionalità giurisdizionale – il dissesto del linguaggio legale (indeterminatezza), l'indebolimento della tradizionale funzione legislativa<sup>53</sup> che pure si esprime nell'inflazione delle leggi, lo sviluppo, nel Novecento, dapprima dello stato sociale e della sfera pubblica e poi della loro crisi (testimoniata dalla crescente corruzione – così diffusa da penetrare in ogni ganglio della vita sociale – che impone il ricorso sempre più frequente ai giudici). Così il mosaico non è ancora completo<sup>54</sup>. Perché

<sup>51</sup> M. BARCELONA, *Un'altra complessità: l'orizzonte europeo e i problemi della causa negoziale*, in *Europa dir. priv.*, 2016, 939.

<sup>52</sup> Si veda FERRAJOLI, *op. cit.*, 13 ss.

<sup>53</sup> Di cui dà conto anche NATALE, *op. cit.*, 6 ss.

<sup>54</sup> Un'ulteriore tessera emerge dallo scenario delineato da NIVARRA, *op. ult. cit.*, dai tratti già in parte scrutinati. A testimonianza del ruolo crescente della giurisprudenza e quali indici rivelatori del nuovo che avanza, l'A. segnala il notevole ridimensionamento dello stato-nazione, la complicazione del sistema delle fonti, «l'inclinazione del legislatore europeo e, sulla sua scia, di quello nazionale, ad avvalersi, nella costruzione del testo normativo, di clausole generali e concetti giuridici indeterminati», la funzionalizzazione del contratto alla concorrenza che fa del primo il «laboratorio di una complessa razionalità superiore di cui il legislatore è l'interprete ed il giudice l'occhiuto custode ma anche l'infaticabile artefice» (*op. ult. cit.*, 5 s.). Ciò posto – forse generalizzando – si dà credito all'immagine di una magistratura militante, assoldata alla realizzazione di un «progetto tipicamente ordoliberalesse» essenzialmente teso al «raggiungimento di soglie sempre più elevate di efficienza del mercato», trasformata in «un corpo amministrativo investito del compito di approssimare la realtà quanto più possibile al modello della concorrenza perfetta» (*op. ult. cit.*, 7). Nel progetto ha una coerente collocazione anche il legislatore, che «si autointerpreta come il semplice funzionario della razionalità del mercato concorrenziale» (*op. ult. cit.*, 15).

un peso non indifferente giocano taluni fattori particolarmente avvertiti nella delicatissima fase storica che stiamo vivendo: la paura che – lo si voglia o no – condiziona pesantemente la nostra vita<sup>55</sup>, il sospetto verso il prossimo che traligna sovente nel rifiuto e nel disprezzo per chi è diverso da noi, la disuguaglianza nella distribuzione della ricchezza che trascina verso la povertà larghe fasce della popolazione, tutte componenti di una situazione di crescente disagio sociale che alimenta il bisogno di protezione, ora e subito, poco importa da chi soddisfatto e a che prezzo.

Difficile, in siffatto contesto, resistere alla tentazione di accreditare l'immagine dell'interprete onnipotente. Difficile, ma doveroso. Al modello dell'interprete onnipotente bisogna reagire, non per revocare in dubbio «l'esigenza di integrare la teoria delle fonti con la teoria dell'interpretazione»<sup>56</sup>, ma per riaffermare l'idea che l'interpretazione è azione regolata: le regole valgono, non solo ad assicurare il corretto svolgersi del rapporto tra giurisdizione e legislazione, ma a presidiare e salvaguardare l'autonomia contrattuale che, tra i due litiganti, certo non gode<sup>57</sup>.

Nemmeno il legislatore, ovviamente, è onnipotente. Lo riconosce l'ordinamento posto, orientato ad affidare alla legge la primazia, non il monopolio nella creazione del diritto. Il termine "creazione" rinvia alla produzione dal nulla, ma non sempre è utilizzato in senso proprio<sup>58</sup>. Ciò

<sup>55</sup> Molti fatti recenti lo evidenziano e, tra questi, valore emblematico riveste la notte di panico che si è vissuta a Piazza San Carlo a Torino il 4 giugno 2017 in occasione della finale di Champions League tra Juventus e Real Madrid: come tutti ricorderanno, la psicosi da attentato terroristico ha generato nella folla lì presente una reazione sconsiderata che ha provocato un morto ed oltre 1500 feriti.

<sup>56</sup> B. PASTORE, *Principio di legalità, positivizzazione giuridica, soft law*, in PINO e VILLA, *Rule of Law. L'ideale della legalità*, cit., 163. Pare all'A. incontestabile «che gli interpreti svolgono il ruolo di mediatori insostituibili tra modelli ordinativi rappresentati dalle disposizioni e la loro interpretazione-applicazione in situazioni concrete, e che nel diritto è strutturalmente presente un rapporto di tensione tra l'astrattezza e la rigidità delle fattispecie e la ricchezza e l'imprevedibilità dei casi che vengono sottoposti all'interprete».

<sup>57</sup> Non si presta la dovuta attenzione al fatto che la degenerazione del rapporto tra legge e giudici inevitabilmente si riverbera sull'autonomia contrattuale, provocandone sovente un'indebita ed eccessiva compressione. Esempi eclatanti non mancano e si collegano alla giurisprudenza in tema di abuso del diritto, come a quella sul "contatto sociale qualificato": a quest'ultimo riguardo, non è chi non veda come il richiamo pervasivo che ad esso si fa implichi, in buona sostanza, la delegittimazione dell'autonomia contrattuale, per definizione legata a comportamenti negozialmente orientati.

<sup>58</sup> Molti degli equivoci, dunque, nascono dall'impiego, talvolta poco sorvegliato, del termine. FERRAJOLI, *op. cit.*, 16, che muove una forte critica alla concezione della giurisdizione come attività creativa, osserva come l'uso di quel termine sia riferito, sia «impropriamente, all'argomentazione della legittima scelta dell'interpretazione giudiziaria più plausibile entro la cornice dei possibili significati razionalmente associabili all'enunciato interpretato sulla

posto, eviteremmo di dire che nel nostro ordinamento è l'attività giurisprudenziale a dare origine e vita alla norma<sup>59</sup>, mentre non avremmo particolari remore ad affermare che «Legge e concretizzazione giudiziale concorrono, in una relazione di complementarità, nell'individuazione della regola di diritto»<sup>60</sup>. L'analogia *iuris* impone ai giudici di colmare le lacune o – come altri sottolinea<sup>61</sup> – consacra l'accesso dell'operazione interpretativa del giudice nel sistema delle fonti del diritto. Ci sono, poi, le clausole generali, l'uso accorto delle quali<sup>62</sup> – buona fede *in primis* – consente di dar risposte pertinenti ed equilibrate ai bisogni di tutela emergenti<sup>63</sup>.

Dogmatica *vs.* ermeneutica: è questa la sfida che si consuma alla fioca luce dell'eclissi cui Castronovo – insieme a molti altri – assiste. Non c'è da augurarsi che l'una o l'altra escano sconfitte. Viene anche dal chiaro A. l'auspicio di un «possibile equilibrio»<sup>64</sup>, perché di entrambe c'è bisogno. Dogmatica ed ermeneutica sono momenti essenziali e imprescindibili nell'edificazione del sistema. C'è un'esigenza prioritaria di attualizzazione del diritto, occorre far sì che quest'ultimo risulti nell'immediato adeguato all'evolversi dei tempi: per far ciò, bisogna che il primato della legge passi necessariamente attraverso l'attività ermeneutica del giudice e le clausole generali sono lo strumento principe che il legislatore ha scientemente ospitato nell'ordinamento di *civil law* a questo fine<sup>65</sup>. Occorre, però, farne buon

---

base delle regole della lingua impiegata, delle tecniche interpretative accreditate e delle precedenti interpretazioni giurisprudenziali o dottrinarie; sia (...), nel senso proprio e forte di «creazione», all'argomentazione giudiziaria a sostegno della scelta *illegittima* di significati normativi che sono al di fuori di tale cornice». Anche M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Annali IX*, Milano, 2016, 398 rileva che «non è stato ancora chiarito che cosa s'intenda per creazione giudiziaria del diritto». Sul senso da attribuire alla «idea stessa di creatività giurisprudenziale» riflettono R. PARDOLESI e G. PINO, *Post-diritto e giudice legislatore. Sulla creatività della giurisprudenza*, in <[www1.unipa.it](http://www1.unipa.it)> (ultimo accesso: 05/06/2018). Cfr. anche, in argomento, A. LAMORGESE, *L'interpretazione creativa del giudice non è un ossimoro*, in *Questione Giustizia*, 4/2016, cit., 115 ss.

<sup>59</sup> Lo nega apertamente LUCIANI, *Interpretazione conforme*, cit., 399 ss., traendo argomento principalmente da una serrata critica alla distinzione tra disposizione e norma.

<sup>60</sup> PASTORE, *op. loc. ult. cit.*

<sup>61</sup> Si veda N. LIPARI, *Morte e trasfigurazione dell'analogia*, ora in LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., 60 ss.

<sup>62</sup> «Il giudice non deve ergersi ad arbitro per sovvertire il contenuto del contratto e gli obblighi delle parti come da esse convenuti o come si desumono dall'insieme delle pattuizioni, secondo sue particolari concezioni e senza tenere conto della loro volontà» (F. BENATTI, *Norme aperte e limiti ai poteri del giudice*, in *Europa dir. priv.*, 2013, 25).

<sup>63</sup> Cass. 20 aprile 1994, n. 3775, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 852, con nota di L. PICARDI – riguardante il noto caso Fiuggi – riveste, a quest'ultimo riguardo, valore emblematico.

<sup>64</sup> CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, 3, nota 2.

<sup>65</sup> Vi «sono nell'ordinamento (in ogni ordinamento) fattori che invitano il giudice a far

uso. Capita, invece, che le clausole generali diventino funzionali alla dissoluzione dell'ordinamento esistente: una sorta di cavallo di Troia teso a disgregarne le fondamenta e a consentire l'approdo ad un sistema ordinamentale diverso, che – prendo a prestito espressioni tratte da una tra le sentenze della Corte di Cassazione che più hanno fatto discutere – «si configura come semi-aperto», stante proprio il potere delegato all'interprete, «nell'ambito di una più ampia discrezionalità, di “attualizzare” il diritto, anche mediante l'individuazione (là dove consentito, come nel caso dei diritti personali, non tassativi) di nuove aree di protezione di interessi»<sup>66</sup>. Integra il quadro l'evoluzione della giurisprudenza, la quale, impossessatasi della Costituzione<sup>67</sup>, fa un «uso autarchico e deprogettualizzato dell'argomento costituzionale»<sup>68</sup>, ricorrendo sempre più frequentemente «ai principi, così da poter superare (...) le strettoie dell'enunciato normativo, nel tentativo di indirizzare la funzione giurisdizionale verso le concrete esigenze della giustizia sostanziale»<sup>69</sup>, sgombrando la strada ad una sorta di pervasiva e generalizzata *Drittwirkung* di valori e principi costituzionali<sup>70</sup>. Si può dar torto a Castronovo quando lascia intendere che, stando così le cose, tutto diventa possibile<sup>71</sup>? La domanda è retorica e la riprova è agevole da acquisire, sol che si guardi a

---

esercizio di forme più o meno intense di creatività interpretativa: clausole generali, concetti elastici, ricorso a principi o all'equità, e più in generale questioni lasciate volutamente in sospeso in sede legislativa e rimesse alla determinazione all'interprete, quando non ignorate per la ineluttabile incompletezza (a maggiore ragione diacronica) della trama disciplinare. Queste sono forme di creatività delegata, o autorizzata, dall'ordinamento o meglio dal legislatore» (PARDOLESI e PINO, *op. cit.*).

<sup>66</sup> Cass. 11 maggio 2009, n. 10741, in <[www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it)> (ultimo accesso: 05/06/2018). La sentenza ha riconosciuto soggettività giuridica al concepito, nato con malformazioni ascrivibili a responsabilità dei medici.

<sup>67</sup> Il tramonto della Costituzione come progetto e la crisi della scienza giuridica hanno – secondo NIVARRA, *op. ult. cit.*, 13 – segnato «il passaggio da un assetto pluralistico ad un assetto politeistico dei valori costituzionali, tipico di una società (apparentemente) abbandonata a se stessa, in cui la parcellizzazione del conflitto va di pari passo con la parcellizzazione degli interventi finalizzati a comporlo e, dunque, con l'imporsi della decisione giudiziale come modalità elettiva di regolazione del ciclo sociale».

<sup>68</sup> NIVARRA, *op. loc. ult. cit.*

<sup>69</sup> F. MACARIO, *L'autonomia privata nella cornice costituzionale: per una giurisprudenza evolutiva e coraggiosa*, in *Questione Giustizia*, 4/2016, cit., 58.

<sup>70</sup> Cfr., sul punto, oltre al saggio di Macario citato nella nota che precede, quelli raccolti in *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Atti del II Convegno nazionale della Unione dei privatisti, a cura di S. MAZZAMUTO e L. NIVARRA Torino, 2017, nonché G. D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ.*, 2016, 443 ss.; G. VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 666 ss.

<sup>71</sup> CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, 88 ss.

Cass., Sez. Un., 13 settembre 2005, n. 18128 (sui poteri officiosi del giudice di riduzione della penale eccessiva)<sup>72</sup> e Cass. 18 settembre 2009, n. 20106 (sull'abusività del recesso *ad nutum* dei concessionari Renault)<sup>73</sup>.

La certezza del diritto è un mito al tramonto ed è illusorio pensare che possa tornare in auge – ove mai esistita – la figura del giudice destinato a fungere da mera “bocca della legge”. Come nota Rordorf, «il significativo ampliamento della funzione creativa della giurisprudenza appare oggi un dato non controvertibile, del quale occorre prendere laicamente atto»<sup>74</sup>, ma anche secondo Lipari è innegabile «che l'utente della giustizia (...) avverta l'esigenza di una ragionevole prevedibilità delle decisioni giudiziali»<sup>75</sup>. C'è in ballo il principio di uguaglianza e la parità di trattamento tra i cittadini. È, dunque, mestieri «trovare, sia pure nel contingente storico, un momento di sintesi, una ragionevole prevedibilità di esiti»<sup>76</sup>. Siamo alla ricerca di un equilibrio ragionevole, di un decoroso *modus convivendi* di dogmatica ed ermeneutica, a nostro avviso raggiungibile solo reagendo alla liquefazione del sistema giuridico. Lo troveremo? Temo che non basti caricare «il ruolo, ormai inevitabilmente sincrono, di dottrina e giurisprudenza di una responsabilità nuova»<sup>77</sup>, né la ragionevolezza nell'operare del «filtro della dottrina e della giurisprudenza, riconciliate in un'ottica sostanzialmente unitaria»<sup>78</sup>. La nomofilachia può dare un contributo notevole<sup>79</sup>, favorendo il formarsi di indirizzi giurisprudenziali coerenti: ma anch'essa deve trovare un non facile equilibrio tra conservazione e innovazione<sup>80</sup>.

Il passaggio è difficile, ma, se l'accostamento all'eclissi è pertinente, c'è da pensare al “dopo”<sup>81</sup>, che uguale al “prima” verosimilmente non sarà: la

<sup>72</sup> In *Corr. giur.*, 2005, 1534, con nota di A. DI MAJO.

<sup>73</sup> In *Resp. civ. e prev.*, 2010, 345, con nota di A. GENTILI.

<sup>74</sup> RORDORF, *op. cit.*, 4.

<sup>75</sup> N. LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, ora in LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., 46.

<sup>76</sup> LIPARI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>77</sup> LIPARI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>78</sup> LIPARI, *op. ult. cit.*, 45.

<sup>79</sup> CANZIO, *op. cit.*, 365 ne parla come della «risposta legislativa alla postmodernità del discorso giuridico».

<sup>80</sup> Obiettivo raggiungibile se non risulterà tradita la sua vocazione, che – come precisa R. RORDORF, *Pluralità delle giurisdizioni ed unitarietà del diritto vivente: una proposta*, in *Foro it.*, 2017, V, 123 – è legata a doppio filo all'esigenza di «dare coerenza sistematica al diritto vivente, evitando che si produca nell'ordinamento un intollerabile tasso di disordine». Sulle importanti novità apportate dalla L. 25 ottobre 2016, n. 197 al giudizio di legittimità, v. C. CONSOLO, *La Cassazione e il suo nuovo volto “gennaio” (doppio ma, infine, disambiguato)*, in *Corr. giur.*, 2017, 589 ss.

<sup>81</sup> Come, d'altronde, fa CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, 10, che vaticina «il recupero del sistema»,

partita, dunque, non è chiusa e qualcosa si può – e si deve – fare perché la transizione approdi ad una condizione migliore dell'attuale. Un'iniezione di fiducia viene dalle parole rivolte dal Presidente Sergio Mattarella ai Magistrati ordinari in tirocinio nominati con D.M. 18 gennaio 2016, ricevuti in Quirinale il 6 febbraio 2017; parole che, se troveranno ascolto, spingono a guardare con ottimismo alla possibilità che logiche di sistema ritrovino la via per affermarsi, che – per dirla con Castronovo – il diritto recuperi la sua funzione ordinante.

«Sarà vostro compito riuscire a dare le risposte che l'ordinamento giuridico consente, attraverso l'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni che conducono a individuare gli interessi in rilievo e a bilanciare i valori di cui essi sono espressione, disposizioni che vanno considerate innanzitutto nei loro espressi enunciati».

«Non fatevi condizionare da nulla se non dall'autentica volontà della legge». Queste le esortazioni che il Capo dello Stato ha indirizzato a quell'uditorio, al quale, a mo' di "sommesso suggerimento", è stato destinato l'invito a «non smarrire mai il senso dei propri limiti, particolarmente di quelli istituzionali». Il Capo dello Stato – che è anche il Presidente

---

riponendo fiducia nel fatto che la «funzione ordinante (...) è la prima ragione del diritto». Si fa cenno, invece, alla irreversibilità – non è chiaro se da riferire all'eclissi o alla crisi alla quale questa è associata – nelle conclusioni rassegnate da (e di) NIVARRA, *op. ult. cit.*, 24: ci sia, allora, consentito chiedere se, nella prospettiva che l'A. abbraccia, il futuro non ci riservi altro che la sottomissione, impotenti, alla perenne tirannia dell'ordine cosmico dettato da un mercato ipermoderno, alla continua e spasmodica ricerca della perfezione concorrenziale, alle cui dinamiche tutto e tutti sono asserviti. Che il "disordine" abbia finora giovato al capitale e alla finanza è innegabile, ma – nella situazione data – argomentare da ciò il definitivo crollo di ogni progettualità alternativa è avventato. «Bisogna avere un caos dentro di sé, per generare una stella danzante» – diceva Nietzsche – e il caos, sovente, è l'immagine riflessa di una realtà multiforme e popolata da dati che rimandano a valori e matrici non omogenei che sono lì a scontrarsi e a contendersi il campo. È apprezzabile, oltre che intellettualmente comprensibile e giustificata, la spinta ad attribuire sempre un senso agli accadimenti, a scovare il *fil rouge* capace di dar consistenza ad una trama ove dati in apparenza scollegati tra di loro possano logicamente assestarsi in un contesto coerente ed armonico: cercare un ordine anche – e soprattutto – dove il disordine sembra farla da padrone non è mai esercizio inutile, ma il tentativo può non essere coronato da successo o offrire risposte solo in parte affidabili e, allora, capiterà di dover ammettere che non sempre la caduta dei paradigmi esistenti è frutto di azioni e/o strategie politiche architettate in funzione dell'affermazione di un disegno preciso e di segno opposto, che là dove la complessità è la sola ragione unificante e la varietà si palesi refrattaria alla *reductio ad unum* può essere – nel migliore dei casi – fuorviante accedere a chiavi di lettura alternative, ancorché seducenti e scaturenti da dotte elucubrazioni.

del CSM – ha chiesto, in definitiva, alle giovani toghe di non invadere il campo riservato agli altri poteri, al Governo e al Parlamento, e di non eleggere a modello il giudice-protagonista e sovraespuesto. L'autonomia e l'indipendenza dei magistrati – ha sottolineato con forza il Presidente della Repubblica – non si toccano e vanno strenuamente salvaguardate: ma sono valori che «evitando di correre il rischio dell'arbitrio» e «nel rispetto delle competenze altrui vedono la migliore garanzia per la loro tutela». Considerata l'occasione, l'attenzione non poteva che concentrarsi sul ruolo del giudice, ma è fuori di discussione la necessità che anche il legislatore non perda la via maestra o, per meglio dire, la ritrovi, riuscendo a sconfiggere l'apatia e la confusione che ne hanno sovente contrassegnato l'operato: occorre – in altri termini – che la politica riguadagni il ruolo centrale che le compete e la capacità di elaborare, a livello nazionale e sovranazionale, scelte chiare ed adeguate, all'altezza delle sfide epocali che decideranno del futuro nostro e delle generazioni a venire. Della dottrina poco si parla, segno della crisi che da un bel po' sta vivendo<sup>82</sup>, dalla quale – viste le mille cause che ne sono alla base – uscire sarà un'impresa: il tasto toccato è dolente e, per non prostrare lo slancio ottimistico che ispira queste finali considerazioni, meglio soprassedere.

### *Addenda*

Ho cercato, nel primo paragrafo del mio scritto, di evidenziare le ragioni che inducono a ritenere che la democrazia, lo stato di diritto e i diritti fondamentali, in Europa, siano in pericolo. La situazione si è fatta ancor più grave e preoccupante nel periodo successivo all'elaborazione del saggio, ciò che giustifica l'aggiunta di questa breve nota. Questa pericolosa china trova riscontro in eventi numerosi, che non è dato qui compiutamente enumerare: mi limito, dunque, a segnalare che il 20 dicembre 2017 la Commissione europea ha proposto al Consiglio di adottare una decisione in base al co. 1 dell'art. 7 TUE contro la Polonia. Costituendo le recenti riforme ivi approvate del sistema giudiziario una seria minaccia allo stato di diritto, all'indipendenza della magistratura e al principio della separazione dei poteri, si sono infatti palesati i presupposti che legittimano una verifica dell'esistenza di «un evidente rischio di violazione grave da parte di uno Stato membro dei valori di cui all'art. 2». È la prima volta che la misura viene applicata, ma

<sup>82</sup> Orfana, com'è, «di un sistema che si è ormai disgregato e renitente a ricostruire l'*ubi consistam* della sua identità nella ri-organizzazione di un quadro complesso e molteplice per la sovrapposizione delle fonti sovranazionali» (PARDOLESI e PINO, *op. cit.*).

«the facts leave us with no choice» – ha affermato il Primo vicepresidente della Commissione europea Frans Timmermans – giacché «This is not just about Poland, it is about the EU as a whole». Rifletteremo sugli sviluppi della vicenda e sugli esiti, ma il tono della reazione polacca ingenera forte apprensione e non lascia presagire un allentamento della tensione. Peraltro, il tentativo di limitare i poteri della magistratura ed accentuare il controllo politico sull'operare delle corti non è solo in atto in Polonia. Frenare la china è un imperativo per chi ha a cuore le sorti dell'UE e formulare l'auspicio che possano, a questo fine, rivelarsi efficaci i provvedimenti adottati contro la Polonia e gli altri Paesi del Gruppo di Visegrad è il minimo che un convinto europeista possa fare.

Chiudo con una segnalazione utile al lettore: il bel saggio di L. Nivarra, *Dalla "crisi" all'"eclissi": ovvero, da un paradigma all'altro*, che ho più volte citato dal dattiloscritto, è pubblicato in *Europa dir. priv.*, 2017, 801 ss.



## Adolfo di Majo

### *Una riflessione sul diritto post-moderno*

SOMMARIO: 1. L'Eclissi del diritto civile? – 2. La condizione post-moderna. – 3. Conoscenza e sapere. – 4. La demolizione delle Narrazioni e la ricerca di una nuova legittimazione. – 5. Condizione post-moderna e sapere giuridico. Ci si può salvare con la tecnica?

#### 1. *L'Eclissi del diritto civile?*

È da qualche tempo che il sapere giuridico è soggetto a diagnosi di vario tipo ma che comunque ne mettono in discussione metodi e contenuti, a tal punto da agitarne le acque. È quanto mai opportuno segnalarne la presenza per valutarne le conseguenze e la ricaduta sul piano operativo.

Se gli indirizzi sono ciascuno di segno diverso, il loro denominatore comune è comunque una ri-definizione, spesso in senso critico, dello “stato presente” del sapere giuridico.

Una prima diagnosi è quella di una vera e propria “eclissi” del diritto civile, che, com'è noto, è considerato un po' l'archetipo del sapere giuridico o almeno di quella parte di esso dotata di una consolidata tradizione<sup>1</sup>.

Con esso si sottolinea come il diritto civile, nella sua concreta applicazione, è andato perdendo la sua propria identità, affidata per tradizione ad enunciati chiari e visibili, che sono “scolpiti” nel codice civile. Ciò è avvenuto ad opera del soprapporsi ad essi di più generali “principi”, desunti in buona parte dalla Costituzione e dai Trattati europei che hanno finito con il sostituire pressoché la giurisdizione del giudice ordinario con quella della nostra Corte Costituzionale e, andando più a monte, con quella della Corte di Giustizia europea<sup>2</sup>. Si è così sottolineato come «l'ampliamento del novero dei diritti, operato anzitutto dalla Costituzione» ha creato «uno spazio di tutela inusitato, rispetto al quale ultimamente il legislatore ... è sembrato atteggiarsi in senso antagonistico».

E, a fronte di detto fenomeno, che si è definito di “giurisdizionalizzazione”

<sup>1</sup> C. CASTRONOVO, *L'eclissi del diritto civile*, Milano, 2015.

<sup>2</sup> N. LIPARI, *Diritto e sociologia nella crisi istituzionale del post-moderno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 414 ss.

del diritto, si può ben dire che la giurisprudenza ha assunto carattere “creativo” mentre la dottrina è apparsa “remissiva” e cioè nel senso che si è limitata a registrare ciò che la giurisprudenza propone. E, in tale contesto, anche il richiamo al “principio di effettività” può rivelarsi fuorviante, perché tale da legittimare un diritto extralegale<sup>3</sup>.

La “remissività” della giurisprudenza ha trovato conferma nella valorizzazione che essa ha dato, ai principi di carattere generale, primo tra tutti, a quello di *buona fede e correttezza* nei rapporti giuridici, nonché a *clausole generali*, come quella del “danno ingiusto”, quale fonte della responsabilità civile, che ha comportato una vera e propria “deriva” verso esiti di “incertezza” e di “imprevedibilità” delle decisioni rese dai giudici. I giudici sono i veri e propri “manovratori” delle clausole generali.

L’indirizzo viene, tra l’altro, supportato, anche in sede teorica, dall’affermazione secondo cui il momento significativo nel processo di formazione della decisione non è tanto il momento della “posizione” della norma, così come formulata dal legislatore, bensì quello della sua “applicazione”, alla quale presiede l’interpretazione ad opera del giudice. Ed è all’esito di tale interpretazione che la norma manifesta la sua vera “valenza”. Si è così definito che l’attuale momento è quello della “giurisdizionalizzazione” del diritto, in contrapposizione alla sua “posizione” formale<sup>4</sup>.

## 2. La condizione post-moderna

Di una tale prospettazione “dello stato del diritto” potrebbe offrirsi una ipotesi di lettura, come quella offerta in sede teorica dalla c.d. “condizione post-moderna”, così da verificare se quanto si viene sostenendo con riguardo allo stato presente del diritto possa essere trovare o meno una giustificazione in uno *statuto teorico* più complessivo, che è quello appunto della “post - modernità” e cioè in una fase del sapere «che è in conflitto, in

<sup>3</sup> Codesta è l’analisi di CASTRONOVO, *L’eclissi del diritto civile*, cit.

<sup>4</sup> Ma in tali diagnosi non mancano letture più propriamente politiche (come quella di L. NIVARRA, *Dalla “crisi” all’“eclissi”, ovvero da un paradigma all’altro*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 801 ss.) le quali riconducono la crisi del diritto ad una forma di conflitto, che non è più quello tradizionale esistente tra i singoli o tra il singolo e la collettività ma quella tra mercati, ove ad un mercato che si vorrebbe perfettamente concorrenziale si sovrappone un mercato “irrazionale”, alterato da abusi di potere, squilibrio di informazione e quant’altro, conflitto la cui soluzione non abbisogna del “politico” e quindi del diritto ma più semplicemente di una *policy*, e cioè di un criterio regolatore, nel senso di una *governance* più che di un *gouvernement*. Ma è evidente che ad una tale diagnosi la risposta non può non essere che di natura “politica” non già la presa d’atto di un diritto “post moderno”.

primo luogo, con le Narrazioni»<sup>5</sup>.

Ma, evidentemente, per tale qualificazione non sarebbe sufficiente il dato *meramente temporale*, così come esiste la fase post-industriale e quant'altro, e cioè la designazione delle diverse caratteristiche di un'epoca, che subentra ad altre. Occorre ben altro. Occorre individuarne i caratteri veramente differenziali, tali da definirne una diversa "identità".

Ebbene, è in tale direzione che la condizione (della cultura) "post-moderna", è stata definita da un filosofo francese<sup>6</sup>, come quella di un "sapere" che risulta, in primo luogo, privato delle c.d. "narrazioni", che hanno sempre tradizionalmente accompagnato ogni forma di sapere<sup>7</sup>. «Dove può risiedere la legittimità, dopo la fine delle metanarrazioni», si chiede il filosofo?

Il discorso può applicarsi anche al sapere giuridico, che, anch'esso, pur vantandosi di essere un sapere scientifico, è tributario di grandi Narrazioni, speculative ed emancipative, quali sono in definizione gli Stati, la Nazione, le Istituzioni, i partiti, le professioni e, diciamo pure, le dottrine e le categorie da esse create (!).

E si potrebbe dire che ciò potrebbe essere con tutta probabilità all'origine del venir meno «della forza totalizzante di un criterio unificatore e il declino di ogni presunzione di fondamento e di motivazione ultima»<sup>8</sup>.

Si è altresì sottolineato che, data «la negazione di un pensiero universale», occorre pensare ad «una teoria della complessità fondata sul principio della relatività della conoscenza e dei valori»<sup>9</sup> così come «principio euristico della

<sup>5</sup> V.G. MINDA, *Teorie post moderne del diritto*, Milano, 1995; A. ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell'epoca del post-moderno*, in *Riv. dir. civ.* 1997, I, 367 ss.; M. BARCELLONA, *Diritto e nichilismo, a proposito del pensiero giuridico post-moderno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 193 ss.

<sup>6</sup> J.F. LYOTARD, *La condizione post-moderna*<sup>3</sup>, Milano, 2017. L'opera, in Francia, risale al 1979. La definizione "post-moderna" è corrente nella letteratura sociologica, specie del continente americano. Essa designa lo stato della cultura dopo le trasformazioni subite dalle regole dei giochi della scienza e della letteratura (dalla Introduzione). L'Autore, com'è noto, parte dalla premessa che «il sapere scientifico è una specie di discorso» e che esso verta «sul linguaggio» e sui problemi che a questo si riconducono (comunicazione, cibernetica, informatica ecc.). Esso si studia di verificare l'incidenza delle trasformazioni tecnologiche sul sapere. E la trasformazione generale «non lascia intatta la natura del sapere» (p. 11). Di qui il problema della sua «legittimazione» in quanto forma di «merce - informazione», così come quella «del legislatore». La domanda assillante è dunque la seguente: «chi decide cos'è il sapere e che cosa conviene decidere?».

<sup>7</sup> Del tipo ad es. Illuminismo, filosofia idealistica tedesca, cristianesimo e quant'altro ma si può aggiungere, secondo LYOTARD, *La condizione post-moderna*, cit., 57 anche «il consenso popolare» quale segno di legittimazione.

<sup>8</sup> Così LIPARI, *Diritto e sociologia nella crisi istituzionale del post-moderno*, cit., 413.

<sup>9</sup> Così A. ZACCARIA, *Il diritto privato europeo, nell'epoca del post-moderno*, in *Riv. dir. civ.*, 1997,

post-modernità è la ricerca delle differenze delle quali si assume l'esistenza».

Di qui i caratteri ormai dominanti della "frammentazione" e della "relativizzazione" del comando giuridico, così da alimentare una situazione di "incertezza" e "precarietà"<sup>10</sup>.

Ebbene, non si può non prendere atto della tendenziale corrispondenza di tale analisi allo stato presente del sapere giuridico.

### 3. *Conoscenza e sapere*

Se ci è consentito un approccio a siffatta prospettazione, la quale, in termini di "eclissi", sembra aver preso piede in molte riflessioni dei giuristi, è da osservare che essa ha colto più l'aspetto, per così dire, "di rottura" causato dall'indirizzo che descrive la condizione "post moderna" dell'attuale stato del sapere scientifico che non quello rappresentativo dell'identità di essa, ma tale da rendere possibile in positivo *una lettura più realistica e ravvicinata rispetto ad essa*.

Del resto, a tale proposito, la stessa prospettazione della condizione c.d. "post moderna" è tale, essa stessa, da contenere *indicazioni* e messaggi, non tanto di dissoluzione quanto di una migliore ri-definizione degli stessi termini del problema. Ed è all'esito di tale *ri-definizione* che può essere consentito di disporre di ipotesi di lettura, meno radicali e drammatiche.

Quel che, in primo luogo, appare al sottoscritto un *incipit* più che significativo e/o almeno dal quale ha ritenuto di prendere le mosse la stessa lettura della c.d. condizione post-moderna e la quale merita adesione è una più corretta e matura definizione dello stesso "sapere" in generale, che non si riduce alla sola "conoscenza" di quanto ad esso viene sottoposto.

In realtà, sarebbe persino ovvio osservare che lo stesso oggetto della "conoscenza", specie nel campo del diritto, non può ridursi alla larga serie di enunciati, di tipo *denotativo* e/o *performativo* o *prescrittivo*<sup>11</sup> che vengono in questione bensì alla capacità di essi, di farsi carico di criteri diversi, oltre di quello primario *della verità*, più o meno probabile, anche di quello *di efficienza* ad es. o di *giustizia* o di *felicità*. Il sapere è dunque, per riferire

---

I, 367 ss. Anche da E. JAIME, *Osservazioni per una teoria post-moderna della comparazione giuridica*, *ivi*, 829 ss., si insiste «sulla molteplicità, la convivenza di culture diverse, la narrazione e la comunicazione ed il significato esistenziale di impressioni e sentimenti».

<sup>10</sup> G. GRISI, *Giudice e legge nell'agone del postmoderno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, 431.

<sup>11</sup> Secondo Lyotard, l'enunciato di tipo *denotativo* ha un contenuto *descrittivo* ("l'Università è malata"), quello *performativo* ha un contenuto *di efficienza* ("l'Università è aperta"), quello *prescrittivo* ("dati i mezzi all'Università"), si articola in ordini o comandi.

le parole di colui che ha teorizzato la condizione “post moderna”, ciò che rende capaci di proferire “buoni” enunciati *denotativi*, così come “buoni” enunciati *prescrittivi* e buoni enunciati *valutativi*<sup>12</sup>.

Ma ciò comporta una conseguenza assai semplice: e cioè che il “sapere” non si nutre solo (della lettera) dell’enunciato, ma dell’insieme di altre componenti, operanti in varie direzioni, che non possono che completarne il significato nelle varie direzioni enunciate.

È indubbio che una tale ri-definizione del sapere, rapportata al campo del diritto, è tale da fornire un valido supporto alle note posizioni che predicano come gli enunciati normativi non possono essere riguardati nel loro semplice valore letterale ma in quanto elementi e/o “pezzi” di un processo ben più complesso, e ciò all’esito del loro necessario riferimento ad idee e/o criteri che siano in grado di misurarne ad es. *l’efficacia* (più che l’efficienza) e/o la *giustizia*. Un valore *pratico*, il primo, un valore *morale* la seconda.

#### 4. *La demolizione delle Narrazioni e la ricerca di una nuova legittimazione*

Venendo ora all’altro e ben più significativo aspetto della condizione “post moderna” perché è tale da caratterizzarla per definizione, è ciò che si è definito l’abbattimento delle c.d. “Narrazioni”. Si legge nell’opera del filosofo, da cui si è preso lo spunto, che la definizione “post - moderna” deriva «dall’incredulità nei confronti delle meta-narrazioni» e la domanda da porsi è questa: «dove può risiedere la legittimità, dopo la fine delle meta-narrazioni?»<sup>13</sup>.

Ora, in ordine a tale aspetto, occorre fare precisazioni.

L’Autore più volte qui richiamato fa parola delle due principali forme del sapere, quello *narrativo* e quello *scientifico*, al quale ultimo appartiene anche il *sapere giuridico*.

Ebbene, mentre il *sapere narrativo* non ha bisogno di legittimazione, perché si autolegittima da sé, attraverso la sua trasmissione, senza ricorrere ad altri supporti, il *sapere scientifico* in quanto fondato su enunciati di tipo *denotativo* o *prescrittivo*, a loro volta fondati su atti *deliberativi*, o su *atti di volontà* (quali i comandi giuridici) ha bisogno di *legittimazione*. Ed essa storicamente è stata fornita proprio dalle Narrazioni, di tipo *emanipativo* o *speculativo*, naturalmente non in senso formale e fondativo, ma di supporto per essere *condivisi* dalla collettività. Il che significa che

<sup>12</sup> LYOTARD, *La condizione post-moderna*, cit., 38.

<sup>13</sup> LYOTARD, Introduzione a *La condizione post-moderna*, cit., 6.

condizione di legittimazione del sapere scientifico e/o giuridico è proprio la Narrazione-racconto con riguardo alla materia di cui esso si compone.

Ebbene, la decomposizione delle grandi Narrazioni, così come enunciata, derivante a sua volta, tra altri fattori, dalla «prosperità capitalistica e dal decollo tecnologico», non può non avere provocato effetti traumatici nel campo del sapere scientifico e quindi anche del sapere giuridico, giacché specie quest'ultimo non è una componente *immediata* del “legame sociale”, come il sapere narrativo, che del legame sociale è frutto diretto, ma solo indiretta, attraverso lo Stato, le sue istituzioni, le sue “professioni”, onde il senso di vuoto o smarrimento, per il venire meno della funzione mediatrice esercitata dalle Narrazioni.

Ecco dunque perché la questione dello Stato e del sapere giuridico si trovano strettamente intrecciate<sup>14</sup>.

Volendo fare qualche esempio. È possibile pensare autonomamente ad una nota figura del sapere giuridico, come il “negozio giuridico”, senza il supporto della Narrazione emancipativa sulla “autonomia della volontà” e al “contratto”, senza pensare alla Narrazione emancipativa dell’”accordo di volontà” e all’obbligo “di protezione” verso altri, senza la Narrazione “del contatto sociale”? E che dire del “danno risarcibile” senza pensare alla Narrazione sull’idea di “appartenenza”?

Dunque, avendo il sapere «perso il suo carattere principalmente narrativo»<sup>15</sup>, esso va alla ricerca di altra forma di legittimazione.

Si è dunque in presenza «di un processo di delegittimazione, mosso dall’esigenza di legittimazione»<sup>16</sup>.

E tale ricerca non può non dirigersi verso un orizzonte profondamente diverso da quello rappresentato dalle grandi Narrazioni, e che è quello “di una pragmatica” del sapere, che si serva, in larga parte, di *argomentazioni* e di *procedure*, destinate a rendere condivisibili gli enunciati che si propongono, e ciò a seguito di *verifiche probatorie*.

Proprio muovendo dall’esigenza che la pragmatica del sapere scientifico abbia bisogno che i propri enunciati siano forniti di “prova”, e cioè di essere verificati nella realtà, così da poter essere condivisi, ecco dunque che una particolare attenzione “alla realtà” è un passaggio obbligato. E di detta realtà occorre impadronirsi attraverso tecniche adeguate e il loro rafforzamento. È ciò che si predica per la condizione “post moderna”.

Soggetti “ad una rigorosa amministrazione della prova” sono gli enunciati. Basta pensare alla grande incidenza che ha la prova “del fatto” e/o “delle

<sup>14</sup> LYOTARD, *La condizione post-moderna*, cit., 49.

<sup>15</sup> LYOTARD, *La condizione post-modern*, cit., 51

<sup>16</sup> LYOTARD, *La condizione post-moderna*, cit., 72.

situazioni di fatto” e alla necessità della loro “constatazione” nell’applicazione del diritto<sup>17</sup>.

Sembra questo il nuovo orizzonte del sapere scientifico, una volta privato (del sostegno) delle Narrazioni.

Ed è altresì anche evidente come la pragmatica così delineata è in funzione di un ulteriore obiettivo, che è quello “della performatività” e cioè a dire del miglior rapporto che può instaurarsi tra *input - output* e cioè di un “ottimizzazione” delle prestazioni<sup>18</sup>. Non conta più soltanto che un enunciato sia “vero o falso” ma che esso sia “giusto” e le probabilità che esso sia “giusto”, ci dice il filosofo, aumenteranno in ragione della possibilità che esso venga anche attuato.

L’amministrazione della prova «è per principio una parte dell’argomentazione destinata a fare accettare un nuovo enunciato come la testimonianza o il corpo del reato nel caso della retorica giudiziaria»<sup>19</sup>.

È inutile dire che, attraverso la prova, viene fuori la registrazione del fatto e, a tal riguardo, soccorre l’intero strumentario tecnico, che ha «la funzione di registrare dati o di operare sul contesto»<sup>20</sup>. Il piano viene dunque a pendere dalla parte *dell’efficacia* e non (della ricerca) “della verità”, perché si tratta di stabilire il miglior rapporto tra *input e output*. Si abbandona la Narrazione legittimante, idealista o umanista, «in favore di un criterio, che è quello della potenza», a tal punto da doversi chiedere se il criterio della potenza «possa produrre legittimazione»<sup>21</sup>.

Sembrano discorsi e argomenti assai distanti e remoti da quelli in uso presso il giurista, non certo abituato a valutare la norma secondo il principio e/o il criterio “della efficacia” e comunque della possibilità “di attuazione”.

Ma il loro vantaggio è di essere estremamente realisti, una volta abbandonato il più tranquillo principio della Narrazione legittimante.

Del resto, in termini più generali, il messaggio del filosofo appare chiaro. È un richiamo “alla realtà”, che è quella che fornisce la prova per l’argomentazione scientifica ed i risultati «per le prescrizioni e le promesse d’ordine giuridico, etico e politico». E «ci si impadronisce delle une e degli altri, impadronendosi della realtà, ciò che è consentito dalle tecniche. Rinforzando

<sup>17</sup> «È attraverso la prova che “la realtà” viene chiamata in causa ed oggetto di dibattito», LYOTARD, *La condizione post-moderna*, cit., 80.

<sup>18</sup> Scrive LYOTARD *La condizione post-moderna*, cit., 84 «lo Stato e/o l’impresa abbandonano la narrazione legittimante, idealista e/o umanista per giustificare il nuovo gioco» per il discorso dei finanziatori esiste un solo gioco credibile, quello della potenza.

<sup>19</sup> LYOTARD, *La condizione post-moderna*, cit., 80.

<sup>20</sup> LYOTARD, *La condizione post-moderna*, cit., 80.

<sup>21</sup> LYOTARD, *La condizione post-moderna*, cit., 84.

quest'ultime, si rinforza la realtà, dunque la probabilità di essere giusti e di aver ragione»<sup>22</sup>.

Ma a questo punto è più che naturale che, a fronte di tale prospettiva, il giurista, sul quale ancora opera l'incidenza delle Narrazioni legittimanti, non può che manifestare insofferenza e/o difficoltà, a ragione della sostituzione ad es. del principio "della efficacia", sia pure collegato all'uso delle "tecniche", con i diversi principi storicamente recati dalla Narrazione, specie sul terreno etico e politico.

Ma si tratta, in ogni caso, di prendere atto della crisi della legittimazione fornita dalle Narrazioni e dal sopraggiungere di altri supporti, che ne dovrebbero, in ipotesi, prendere il posto.

### 5. *Condizione post-moderna e sapere giuridico. Ci si può salvare con la tecnica?*

Occorre ora chiedersi se siffatti connotati, che sono apparsi caratterizzanti, per il filosofo, la c.d. condizione "post-moderna" possano essere tradotti anche nel campo del diritto ossia del sapere giuridico oppure che essi si rivelino, in realtà, in traducibili nel linguaggio giuridico. L'Autore riferito non ha naturalmente pensato a tale traducibilità, se non in via indiretta e riflessa.

Eppure spunti nella sua trattazione possono rinvenirsi.

Può, in primo luogo, aversi riguardo al rapporto tra il *diritto* e il *legame sociale*, visto che il primo è una sovrastruttura del secondo e che l'Autore riferito, proprio con riguardo al sapere scientifico, del quale il diritto è una *species*, osserva che, detto sapere, a differenza di quello *narrativo*, rispetto al legame sociale «è una componente indiretta, perché diviene una professione e dà origine a delle istituzioni»<sup>23</sup> e a quant'altro potrebbe essere riferito alla area delle Narrazioni. «Nasce dunque un nuovo problema, quello del rapporto tra l'istituzione scientifica e la società»<sup>24</sup>.

Sembra dunque di poter osservare che, quanto alla condizione post-moderna, sembra, questa, una diversa prospettiva che offre una qualche consistenza e parvenza di credibilità, in quanto fondata su di una ipotesi che ha conferma nella realtà e cioè nella crisi che hanno subito le grandi Narrazioni, *speculative* ed *emancipative*, specie nel sapere giuridico, il che è un dato certo, ad opera delle grandi trasformazioni che hanno avuto per oggetto i rapporti di potere nel campo sociale ed economico

<sup>22</sup> LYOTARD, *La condizione post-moderna*, cit., 86.

<sup>23</sup> LYOTARD, *La condizione post-moderna*, cit., 49.

<sup>24</sup> LYOTARD, *La condizione post-moderna*, cit., 49.

(dallo Stato ad es. ai vari potentati economici e finanziari, dotati di sistemi informativi che consentono non solo di controllare la realtà ma anche di rimodularla). Di pari efficacia invece non sembrano, almeno sul piano delle diagnosi che ne sono alla base, altre ipotesi di lettura, che pur si sono affacciate, quella ad es. che, in forma più generica, individuava nella condizione post-moderna, un principio «di relatività della conoscenza e dei valori, dalla quale sono state fatte discendere, da un lato, l'esigenza di difendere l'entità dei vari gruppi di individui e, dall'altro, la necessità di promuovere la comunicazione interculturale»<sup>25</sup>.

Così come, da parte di altri, sempre insistendo sui valori post-moderni, quali «la molteplicità, la convivenza di culture diverse, la narrazione e «la comunicazione ed il significato essenziale di impressioni e sentimenti»<sup>26</sup>.

Trattasi di meri *epifenomeni* e cioè di aspetti esteriori, che non vanno alla radice del fenomeno costituito dalla condizione post-moderna e alla sua incidenza sui veri fattori che segnano l'avvento della modernità. Non si suggeriscono dunque risposte e rimedi, se non sul terreno generico «della convivenza e della comunicazione».

Vero invece che la ricerca va orientata verso le nuove forme di legittimazione nella condizione post-moderna del diritto.

Ed è allora che su di un terreno propositivo può trovarsi anche un argomento di confronto tra la condizione post-moderna e il sapere giuridico. Tale, come si è detto, come suggerito, è quello di un diverso rapporto tra il sapere giuridico e «il legame sociale», non più mediato dalle Narrazioni, emancipative e speculative. Siffatto rapporto, si è detto, non può che avere riguardo ad uno e più diretto coinvolgimento «del legame sociale», quale forma della realtà, con il sapere giuridico.

L'espressione «enfatica» del filosofo, secondo la quale occorre «impadronirsi della realtà», il che appare consentito «dalle tecniche», ha, in definitiva, un fondamento di vero, nella misura in cui si auspica un circuito virtuoso, in base al quale, se l'uso della tecnica non può che «rinforzare» la realtà, si rafforza anche «la probabilità di essere giusti e di aver ragione»<sup>27</sup>. E, per altro verso, il rafforzamento «delle tecniche» presuppone che si possa disporre del sapere scientifico e dell'autorità decisionale.

Ed occorre, sul terreno più specifico del diritto, a tal punto, anche rispondere che alla «attrezzatura» di cui dispone o può disporre il sapere giuridico deve corrispondere un diverso rapporto con la realtà.

E la risposta non risulta impossibile. È evidente che le stesse forme che

<sup>25</sup> Così ZACCARIA, *Il diritto privato europeo all'epoca del post-moderno*, cit., 380.

<sup>26</sup> JAYME, *Osservazioni per una teoria postmoderna della comparazione giuridica*, cit., 829.

<sup>27</sup> LYOTARD, *La condizione post-moderna*, cit., 86

è venuto assumendo il discorso giuridico e che tutte fundamentalmente si ispirano ai criteri *della diversificazione e della frammentazione*, in relazione ai vari aspetti del “legame sociale”, sono le più idonee a ciò che si è definito un processo di maggior coinvolgimento di esso stesso nel discorso giuridico. E tale è inutile dire può essere l’armamentario “dei principi”, così come definiti quali *alternative* a ben più rigidi enunciati recati dalle regole, così come clausole generali (buona fede o solidarietà o dignità della persona), suscettibili di essere variamente impiegate a seconda dei contesti socio-economici in cui esse si trovano ad operare<sup>28</sup>.

È altresì da osservare, sul terreno della applicazione, la prospettiva segnata dai *rimedi*<sup>29</sup>, i quali, al posto dei diritti soggettivi e delle azioni processuali, sono più vicini ai bisogni di tutela che può esprimere il legame sociale. Essi recano la migliore “fotografia” di quest’ultimo, come sempre adeguatamente e/o inadeguatamente rappresentato nella (costruzione giuridica della) fattispecie e nei suoi effetti, così da poter rappresentare una più effettiva tutela degli interessi emergenti dal legame sociale (più che dalla fattispecie).

Né è da sottovalutare il segnale lasciato da indirizzi giurisprudenziali<sup>30</sup> che abbiano a privilegiare proprio il rapporto *input-output* e cioè “di efficacia” della decisione e che, di conseguenza, ricerchino il percorso argomentativo e motivazionale più adeguato per raggiungere il risultato, pur nel rispetto di regole e procedure<sup>31</sup>. Ma primo fra tutti è da considerare il principio di “effettività della tutela” che dalla declamazione teorica deve scendere sul terreno operativo. Esso guarda più “alle conseguenze” e cioè all’analisi degli effetti<sup>32</sup> che alle cause delle possibili violazioni, e che ben si coniuga con l’esigenza che enunciati di tipo “performativo”, come sono quelli del sapere giuridico, abbiano ad essere misurati con il metro dell’efficacia e del rapporto *input-output*. E si può osservare che il principio di “effettività”, pur così presente nel diritto europeo, è quello più distante rispetto all’influsso delle Narrazioni e quindi più vicino allo stato “della condizione post-moderna”.

<sup>28</sup> V. al riguardo GRISI, *Giudice e legge nell’agone del postmoderno* cit., *passim*.

<sup>29</sup> Sul punto v. A. DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, 703 e ss. Nonché S. MAZZAMUTO *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 585 ss. e D. MESSINETTI, *La sistematica rimediale*, Le Tutele contrattuali e il diritto europeo, Napoli, 2012, 103 ss.

<sup>30</sup> Per il quale si può aver presente l’indirizzo giurisprudenziale con riguardo ai c.d. *danni punitivi* (Cass. s.u. 5.7.2017, n. 16601) e all’utilizzazione del c.d. “contatto sociale” (Cass. 12.7.2016, n. 14188).

<sup>31</sup> Il riferimento obbligato è naturalmente a G.N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Berlin, 1969, e cioè ad una forma di legittimazione che si realizza attraverso le procedure nella società post-industriale.

<sup>32</sup> Così MESSINETTI, *La sistematica rimediale*, cit. 105.

In conclusione, la condizione post-moderna, se ha scompaginato i termini del rapporto tradizionale tra Narrazioni e Saperi, specie con riguardo al sapere scientifico, è anche tale da indicare percorsi, che possono condurre a nuove forme di legittimazione del sapere, non più supportato dall'esempio delle Narrazioni. Mai come in ordine al sapere giuridico, più che per il sapere narrativo, le Narrazioni hanno avuto una così grande influenza "legittimante", quale strumento di mediazione tra "realtà e diritto".

Ma mai, come per tale sapere, l'uso di percorsi diversi può assicurare che altre forme di legittimazione subentrino e abbiano a succedere, ove più vicine agli interessi "materiali" e non più (ri)vestite della "forma" data ad esse dalle c.d. Narrazioni (idealistiche o umanistiche). Né si abbia timore di "revocare in dubbio la persistente vitalità della Narrazione" ove, al posto di essa, sia dato rinvenire altri supporti, senza che il sistema giuridico abbia così "a liquefarsi"<sup>33</sup>.

Il discorso dunque resta aperto, per proposte e suggerimenti di lettura, che intendano essere rappresentativi della nuova forma di rapporto tra diritto e legame sociale, ove il diritto post-moderno sia destinato ad acquistare "forza" e cioè "potere", sul piano dell'efficacia e del raggiungimento dei risultati.

---

<sup>33</sup> Il timore è di GRISI, *Giudice e legge nell'agone del postmoderno*, cit., 444.



## Salvatore Mazzamuto

### *Il diritto pos-moderno: un concetto inutile o addirittura dannoso?*

SOMMARIO: 1. Pos-modernità e postmodernismo giuridico. – 2. Le ricadute sul piano ordinamentale alla luce della contrapposizione tra ordine e disordine. – 3. L'alternativa possibile: il riconoscimento delle strutture stabili e una rinnovata concezione del sistema.

#### 1. *Pos-modernità e postmodernismo giuridico*

L'espressione diritto pos-moderno non ha a mio avviso valore scientifico, per lo meno nel campo del diritto, giacché non riesce nemmeno ad assurgere a categoria storiografica sia pure di sapore descrittivo: non riesce, ad esempio, a dirci quando ha inizio la pos-modernità, né se si tratti di mere tendenze o di un fenomeno già assestato e lo dimostrano le incertezze sulla stessa morfologia del movimento di idee che l'ha assunta a vessillo, a partire dall'individuazione delle correnti di pensiero riconducibili al relativo paradigma epistemologico nel dibattito americano, il quale è senza dubbio quello che sinora ha approfondito maggiormente le implicazioni della pos-modernità nella teoria del diritto<sup>1</sup>.

Nel più ristretto perimetro della scienza civilistica<sup>2</sup>, la pos-modernità

<sup>1</sup> Cfr. G. MINDA, *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century End*, New York-London, 1995, trad. it. A cura di M. BARBERIS, *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, 2001, *passim*.

<sup>2</sup> Nel campo del diritto civile non mancano le riflessioni specifiche sulla pos-modernità: cfr. A. ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell'epoca del postmoderno*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I 367 ss.; E. JAYME, *Osservazioni per una teoria postmoderna della comparazione giuridica*, *ivi*, 813 ss.; N. LIPARI, *Diritto e sociologia nella crisi istituzionale del postmoderno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 409 ss.; L. MENGONI, *Le aporie decostruttive del diritto secondo Jacques Derrida*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 353 ss.; U. MATTEI-A. DI ROBILANT, *International style e postmoderno nell'architettura giuridica della nuova Europa. Prime note critiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 89 ss.; P.G. MONATERI, «Jumping on someone else's train». *Il diritto e la fine della modernità*, *ivi*, 123, in critica della posizione precedente, nonché la replica di U. MATTEI, *Sul treno (ma di chi?) con il biglietto! Qualche puntualizzazione sull'ideologia della post-modernità*, *ivi*, 135 ss.; V. SCALISI, *Regola e metodo nel diritto civile della postmodernità*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 283 ss.; ID., *Per un'ermeneutica giuridica "veritativa" orientata a giustizia*, *ivi*, 2014, 1249 ss.; F. DI MARZIO, *Sul discorso giuridico ai tempi del postmoderno. (Spunti dal memento pratico sul fallimento)*,

sembra esaurirsi, come si dirà meglio appresso, o in uno sforzo di teoria ideologica del diritto, e quindi in un'ennesima narrazione, ovvero in un vero e proprio progetto di politica del diritto che però corre il rischio di scambiare l'essere con il dover essere. Tenuto conto tuttavia dell'uso conformistico di tale espressione ormai diffusa *urbi et orbi* le si può riconoscere soltanto un valore stipulativo per denotare l'odierna crisi dell'esperienza giuridica per come essa è venuta strutturandosi nella modernità, di cui però occorrerebbe meglio precisare i contorni<sup>3</sup>.

Nel più lucido tentativo di fare emergere i presupposti epistemologici del postmodernismo giuridico Mario Barcellona ha evidenziato che, in buona sostanza, gli assunti di tale corrente di pensiero restano imprigionati nella logica oppositiva alle premesse della concezione moderna del diritto, risolvendosi in una critica della teoria del soggetto e delle certezze epistemologiche su cui poggia la modernità<sup>4</sup>. Il postmodernismo giuridico ripudia l'“io giuridico” come un “io formale”, vale a dire la costruzione formale del soggetto della conoscenza giuridica che è anche, per necessità, il destinatario delle proposizioni normativa e dell'intero sistema giuridico, a favore dell'“io decentrato” o “situato” ossia dell'io formato dalle relazioni con gli altri e, dunque, un “io reale”.

La critica che il pos-modernismo scaglia contro il modernismo è quella di essersi risolto in una storia di occultamento del soggetto reale attraverso il soggetto formale<sup>5</sup>. Questo mutamento di paradigma in ordine all'“io giuridico” si riflette sulla portata della norma giuridica in quanto il postmodernismo giuridico mette in dubbio la possibilità di risolvere i problemi giuridici all'interno di un insieme ideale di soluzioni universali. Tale impossibilità di elaborare precetti universali discende anche dagli assunti epistemologici pos-moderni riassumibili, con una buona dose di

---

in *Pol. dir.*, 2005, 145 ss.; L. FRANZESE, *Mondializzazione dell'economia e diritto sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 677 ss.; N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, 3 ss. Cfr. anche K.H. LADEUR, *Superamento della complessità attraverso la capacità di apprendimento del diritto. L'adeguamento del diritto alle condizioni del Postmoderno. Una critica alla teoria giuridica del discorso di Jürgen Habermas*, in *Riv. it. fil. dir.*, 1996, 480 ss.; A. ANDRONICO, *La decostruzione come metodo*, Milano, 2002, *passim*; E. GLIOZZI, *Postmodernismo giuridico e giuspositivismo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 801 ss.

<sup>3</sup> Un tentativo assai felice di analisi critica degli elementi identificativi del movimento di pensiero giuridico, assai variegato, che si richiama espressamente ai dettami della pos-modernità è stato condotto, con la consueta lucidità, da M. BARCELLONA, *Diritto e nichilismo: a proposito del pensiero giuridico postmoderno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 207 ss. e ID., *Critica del nichilismo giuridico*, Torino, 2006, *passim*, in part. 181 ss.

<sup>4</sup> BARCELLONA, *Diritto e nichilismo: a proposito del pensiero giuridico postmoderno*, cit., 207 ss.

<sup>5</sup> MINDA, *Teorie postmoderne del diritto*, cit., 397.

approssimazione, nella negazione dell'ἐπιστήμη, ossia nella negazione dell'esistenza di *quid* dotati di oggettività: fatti o testi ispirati o governati da una ragione universale cui sia possibile accedere direttamente per risalire a verità incontrovertibili sulla realtà e sul diritto. Per il pos-modernismo giuridico fatti e testi esistono soltanto nel linguaggio e quest'ultimo ha una natura squisitamente culturale, sicché non esistono proposizioni sulla realtà circostante o sul diritto che non dipendano dal contesto culturale<sup>6</sup>.

Dell'approccio radicalmente antifondazionale sul piano epistemologico del post-modernismo giuridico sono stati tuttavia messi in dubbio la coerenza<sup>7</sup> e, soprattutto, il rispetto del proprio quadro filosofico di riferimento, ossia la filosofia nietzschiana e heideggeriana. In particolare, viene mossa alle correnti del postmodernismo giuridico l'accusa di aver confuso il piano dell'essere con quello degli enti, applicando ai secondi – che nel pensiero heideggeriano sono esplicitabili<sup>8</sup> – l'inaccessibilità che invece riguarda il primo, destinato com'è a trascendere gli enti<sup>9</sup>. In tal modo, il postmodernismo giuridico riferisce «al diritto come νόμος che si dà nel tempo ed alla sua interpretazione l'inattingibilità che è del diritto come δίκη che si dà oltre il tempo ed il limite ontologico che per conseguenza ipotoca la sua ermeneusi»<sup>10</sup>. Soltanto alla luce di tale travisamento si giustifica il sillogismo istituito dal postmodernismo giuridico: a) il linguaggio non dà accesso a verità universali e incontrovertibili; b) il diritto opera e si esaurisce nel linguaggio; c) il diritto risulta, pertanto, irriducibile al discorso razionale e la sua interpretazione è una mera prestazione soggettiva determinata dal contesto<sup>11</sup>. Questa concatenazione di assiomi presuppone, quindi, che la conoscenza debba necessariamente riguardare dati incontrovertibili e che l'ordine implichi una condizione di permanenza; mentre la filosofia contemporanea, pur destituendo di fondamento la pretesa di accedere alla ragione universale e all'ordine naturale, ammette la possibilità di concepire una ragione temporale e un ordine artificiale. Ne discende che

«il diritto non può più legittimarsi per la sua corrispondenza alla razionalità universale, non anche che esso non possa rispondere ad una razionalità temporale, si trae che l'ordine giuridico non può più

<sup>6</sup> BARCELLONA, *Diritto e nichilismo: a proposito del pensiero giuridico postmoderno*, cit., 221-222.

<sup>7</sup> BARCELLONA, *op. cit.*, 222-225.

<sup>8</sup> M. HEIDEGGER, *In cammino verso il linguaggio*, Milano, 1973.

<sup>9</sup> M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, Torino, 1996, 99, 675 ss. dove è tracciata la differenza ontologica tra essere ed ente.

<sup>10</sup> BARCELLONA, *Diritto e nichilismo: a proposito del pensiero giuridico postmoderno*, cit., 229.

<sup>11</sup> BARCELLONA, *op. cit.*, 230.

legittimarsi per la sua congruenza all'ordine reale, "naturale", non anche che esso non possa darsi come costruito sociale».

Tutto ciò implica «l'artificialità e non l'indeterminabilità del diritto e dell'ordine che incorpora»<sup>12</sup>.

## 2. *Le ricadute sul piano ordinamentale alla luce della contrapposizione tra ordine e disordine*

Alla luce di questa succinta premessa assumono un significato più profondo le questioni, spesso affrontate in modo sparpagliato e disorganico, che nell'attuale dibattito civilistico vengono ricondotte, ora con maggiore ora con minore consapevolezza, sotto le insegne della pos-modernità e che, pur concernendo il discorso sul diritto e sugli assetti istituzionali all'interno dell'ordinamento, iniziano a influenzare in maniera sempre più decisiva la dimensione applicativa delle regole.

I punti nodali dell'odierno dibattito sul diritto pos-moderno enfatizzati soprattutto da certa critica, sono assai noti: il diritto liquido<sup>13</sup>, il diritto giurisdizionalizzato<sup>14</sup>, la globalizzazione<sup>15</sup>, il moltiplicarsi scoordinato delle fonti interne ed europee, la crisi della legislazione statale, la comparsa qua e là di un nuovo *Wertabsolutismus*, quasi a dimenticare gli orrori del *Führerprinzip*, e ciò ad onta di una declamata discorsività dei valori, il primato del giudice in apparente chiave progressista ma in realtà di ispirazione ordoliberal, messo a presidio creativo di una serie infinita di diritti individuali, o in chiave neomarxista, eletto a strumento principe del capitalismo internazionale, il tramonto della certezza del diritto<sup>16</sup>, l'irrompere dell'effettività come grimaldello di un diritto di matrice sempre più marcatamente pretoria<sup>17</sup>, il soppiantamento delle regole ad opera dei

---

<sup>12</sup> BARCELLONA, *op. cit.*, 231.

<sup>13</sup> Cfr. in chiave gius-economica M.A. QUIROZ VITALE, *Il diritto liquido. Decisioni giuridiche tra regole e discrezionalità*, Milano, 2012, *passim*.

<sup>14</sup> Sul punto cfr. per due approcci antitetici al tema: N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, *passim*, in part. 15 ss., 39 ss., 155 ss., più che aperturista; e C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, *passim*, in part. 87 ss., assai critico nei confronti degli eccessi della giurisprudenza creativa e della balbuzie di una dottrina spesso compiacente.

<sup>15</sup> M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente*. Globalizzazione e tempo delle istituzioni, Bologna, 2002, *passim*; F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, *passim*; N. IRTI, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 625 ss.

<sup>16</sup> Cfr. N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, *passim*.

<sup>17</sup> Cfr. G. VETTORI, *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, Annali X, Milano, 2017,

principi<sup>18</sup>, e così via discorrendo. Ciò che non si considera a sufficienza è che buona parte delle questioni ora evocate erano già state poste sotto forma di crisi dello Stato nazione alla base dell'elaborazione dell'istituzionalismo classico e, in particolare, dell'aureo libretto di Santi Romano *L'ordinamento giuridico* apparso nel 1917<sup>19</sup>: *nihil novi sub sole* insomma o, se si preferisce, corsi e ricorsi storici.

L'idea che qui intendo avanzare è che dietro l'odierno dibattito si celi una doppia strategia più o meno sofisticata volta a sottovalutare la necessità del superamento dell'attuale *Rechtschaos* e del tentativo di cristallizzarlo come nuova verità rivelata: la lettura ideologica<sup>20</sup>, infatti, considera l'attuale disordine ed il primato della giurisdizione inemendabili perché funzionali al dominio del capitalismo internazionale; la lettura di politica del diritto<sup>21</sup>, a sua volta, scambia l'essere per il dover essere e rilegge il disordine come l'alba di un nuovo ordine le cui uniche istanze razionalizzatrici sarebbero costituite dall'autonomia dei privati e dalla creatività dei giudici quali unici soggetti legittimati a cogliere il divenire continuo dell'axiologia sociale.

Una cosa è certa: la dialettica tra diritto economia e mercato non è una novità del pos-moderno. La strutturazione del mercato in senso veteroliberales salutò la eliminazione dell'arresto per debiti, l'irrelevanza della condizione personale del debitore ai fini dell'esigibilità della prestazione, l'avversione alle tecniche di coercizione indiretta, come conquiste dell'individualismo liberale ma si trattava in realtà anche di strumenti di attuazione di un mercato basato sul *laissez faire*; la propensione alle tecniche coercitive in chiave filo concorrenziale, la disciplina del sovrindebitamento come *freshrestart* per la promozione di produzione e consumi costituiscono oggi l'espressione di

---

381 ss.; nonché S. PAGLIANTINI, *Diritto giurisprudenziale, riconcettualizzazione del contratto e principio di effettività*, in *Persona e mercato*, 2015, 112 ss. ma v. anche ID., *I derivati tra meritevolezza dell'interesse ed effettività della tutela: quid noctis?*, in *Europa dir. priv.*, 2015, 383 ss.

<sup>18</sup> Cfr. i rilievi, pienamente condivisibili, di G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, Giust. civ., 2015, 247 ss.; ID., *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, ivi, 2016, 443; ma v. altresì il volume collettaneo AA.VV., *Principi e clausole nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, a cura di G. D'AMICO, Milano, 2017, *passim*; di G. D'AMICO-S. PAGLIANTINI, *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole*. Saggi, Torino, 2018, *passim* e di F. PIRAINO, *Buona fede, ragionevolezza e «efficacia immediata» dei principi*, Napoli, 2017, *passim*.

<sup>19</sup> SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1917.

<sup>20</sup> Sulla quale cfr. L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, Napoli, 2010, che ne è il più acuto sostenitore.

<sup>21</sup> La posizione più significativa in tal senso è quella rappresentata da LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio cit.*, *passim*.

un rinnovato interventismo normativo rivolto all'attuazione di un mercato sempre più regolato in senso concorrenziale e sempre più efficiente. Ma allora qual è la novità che induce a coniare l'espressione diritto pos-moderno? L'alternativa legislazione-giurisdizione non lo è certamente giacché essa ha sempre attraversato la storia del diritto con esiti alterni: *civil law*, *common law* e così via discorrendo.

Ordine e disordine, questa sembra essere viceversa la grande dicotomia su cui oggi ci si deve interrogare ed è questo il tema che sembra sottendere quella variegata forma di questioni che si è soliti ricondurre nell'alveo della "moderna complessità"<sup>22</sup>. Due strade si aprono all'interprete: abbandonarsi ad essa o tentare in qualche modo di porla a sistema. La prima vede nell'alternativa poco più d'un anacronistico retaggio illuminista, il tentativo – all'epoca mistificatore, oggi vano – di racchiudere i fatti del mondo nella fredda norma. All'opposto del disordine, la seconda soluzione, lungi dal riproporre la restaurazione del primato della legge con il corollario di un giudice quale mero esecutore del legislatore, intende disegnare un ordinamento che sia aperto ma allo stesso tempo sistematico: aperto, perché non insensibile alle istanze sociali anche non cristallizzate in una norma; sistematico, perché non rassegnato alla rinuncia ad una organizzazione dotata di organicità: il che sembra essere l'unico antidoto ad un empirismo giudiziale<sup>23</sup> destinato oggi ad avere la meglio in svariati campi del diritto civile, a cominciare dalla responsabilità.

Della prima soluzione, quella che asseconda il disordine, di cui gli attuali scenari della responsabilità civile e del contratto rappresentano un buon esempio, alcuni lamentano l'incalcolabilità (poco confacente ai bisogni del sistema economico)<sup>24</sup>, altri segnalano la minaccia al principio d'uguaglianza, secondo l'insegnamento che vuole un diritto certo come prima garanzia del fatto che dinnanzi a casi analoghi l'ordinamento, per mano del giudice, non dia soluzioni differenti<sup>25</sup>. In termini più generali c'è chi ha parlato di una vera e propria eclissi del diritto civile<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> Vedi, da ultimo, C. CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017; G. ALPA, *Giuristi e interpretazioni. Il ruolo del diritto nella società postmoderna*, Genova, 2017.

<sup>23</sup> Sul punto cfr. soprattutto L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, Jus, 1976, 3 ss. ora in ID., *Diritto e valori*, Bologna, 1985, 11 ss.; ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*. Saggi, Milano, 1996, *passim*; L. MENGONI-F. MODUGNO-F. RIMOLI, *Problema e sistema*. Saggi di teoria dei sistemi giuridici, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2017, *passim*.

<sup>24</sup> Il riferimento è chiaramente a IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., *passim*.

<sup>25</sup> Cfr. C. ATIAS, *Teoria contro arbitrio. Elementi per una teoria delle teorie giuridiche*, trad. it., Milano, 1990, 8 ss.

<sup>26</sup> CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., *passim*; ID., *L'aporia tra ius dicere e ius facere*,

### 3. *L'alternativa possibile: il riconoscimento delle strutture stabili e una rinnovata concezione del sistema*

Nell'alternativa tra la «festosa irresponsabilità epistemologica»<sup>27</sup> e il vetero-positivismo dogmatico c'è una terza soluzione, quella che prospetta un sistema aperto ma dotato di organicità e che suggerisce un rapporto più articolato tra il fatto e la norma<sup>28</sup>: un rapporto comunque irriducibile a quello che oggi si tende a istituire quando si afferma che la una norma, ove non soddisfi il senso di equità del singolo giudice, può essere semplicemente elusa in favore di un'applicazione diretta dei principi<sup>29</sup>; il che altro non significa se non abbandonarsi ad un empirismo giudiziale sottratto a qualsiasi controllo<sup>30</sup>.

Sullo sfondo del dibattito sul diritto pos-moderno aleggia il convincimento che l'economia abbia ormai assunto il ruolo egemone di organizzazione della società con lo Stato ridotto al ruolo di mero esecutore e proprio questo primato dell'economia potrebbe segnalare un limite della tesi del diritto pos-moderno. Va registrata, infatti, questa duplice tendenza. Ogniquale volta si tratta di profili economici, specie macroeconomici, si assiste ad un proclive rinvio, da parte del giudice nazionale, alla Corte europea di giustizia ovvero più o meno tacitamente ad altri centri di direzione, come a disconoscere la propria legittimità ad interferire nella materia: appare particolarmente felice la definizione dei giudici nazionali come «corti europee decentrate»<sup>31</sup>. Invece, là dove viene in rilievo ciò che riguarda l'individuo

---

in *Europa dir. priv.*, 2016, 981 s.; ID., *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione. A proposito di giustizia*, in *Europa dir. priv.*, 2017, 765 ss.

<sup>27</sup> Questa l'espressione usata da L. NIVARRA, *Clausole generali e principi generali del diritto nel pensiero di Luigi Mengoni*, *Europa dir. priv.*, 2007, 440, nt. 66.

<sup>28</sup> Il che pone al centro il problema della consapevolezza ermeneutica e non è certo un caso che un civilista acuto e sensibile al problema della comprensione come Giuseppe Benedetti abbia dedicato proprio all'ermeneutica una parte significativa dei propri studi: v. ora G. BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione. Scritti su ermeneutica e diritto*, Torino, 2014, *passim*, in part. 85 ss. Sul punto non si può prescindere neppure da BARCELONA, *Critica del nichilismo giuridico*, cit., 135 ss. e dalla sua analisi delle questioni che oggi si agitano nel campo della conoscenza designabile con la formula "teoria dell'interpretazione".

<sup>29</sup> P. PERLINGIERI, *La giustizia secondo costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice*, in *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, a cura di P. FEMIA, Napoli 2006, 10 ss.; ID., *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 325 ss.; ID., *Il principio di legalità nel diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 200.

<sup>30</sup> Sul tema v. da ultimo G. GRISI, *Giudice e legge nell'agone del postmoderno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, 431 ss. e in questo volume.

<sup>31</sup> L. ANTONIOLLI, voce *Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, Enc. dir., Annali I, Milano, 2007, 419 s., 431 s., 436 s.; parla dei giudici nazionali come "periferiche"; L. NIVARRA, a

isolatamente preso – per ciò che si potrebbe definire socialmente meno penetrante: i diritti individuali, la sfera di autodeterminazione del soggetto ma anche la microeconomia – la tendenza è alla creazione di un alveo entro il quale il giudice è svincolato da un qualsiasi rapporto cogente con il diritto statale. Questo ruolo di cui il giudice viene investito, può essere sì un indice del recupero della fattualità del diritto e di una piena consapevolezza della complessità sociale contro l'astrattezza della norma<sup>32</sup>, ma potrebbe anche rappresentare il segno della progressiva destituzione dello Stato dal compito di regolare i rapporti sociali<sup>33</sup>. L'insegnamento ormai dominante, che vuole gli individui unicamente concentrati alla massimizzazione dei propri desideri individuali<sup>34</sup>, trova, per un verso, il suo riconoscimento nel diritto europeo, il cui unico orizzonte di senso sembra il mercato e la sua efficienza e, per altro verso, l'interlocutore più prossimo nel giudice, incaricato di assecondare le istanze di libertà.

Ciò che manca in questa dialettica è lo Stato e con esso quei diritti sociali concepibili solo all'interno di una statualità forte. Al di là dello spontaneismo, pur sempre vivo in varia misura, i diritti sociali rappresentano proprio il tentativo più organico di ordinare, attraverso l'opera della legge e quindi dello Stato, un determinato tipo di complessità sociale. Esiste, dunque, una complessità che è impensabile affidare al giudice, se non altro perché il suo compito istituzionale – decidere il caso concreto – appare incompatibile con una qualsiasi forma di progettualità. Va aggiunto che tale mancanza di strategia, tale rinuncia al “dover essere” della società, non è un'opzione politicamente neutra rappresentando precisamente quello spontaneismo che von Hayek – non a caso un fermo sostenitore della superiorità del diritto giurisprudenziale – poneva a struttura dell'ordine economico<sup>35</sup>.

Ora, in questo quadro, invece di perdersi in quell'autentica notte in cui tutte le vacche sono grigie, qual è il diritto pos-moderno, può essere utile soprattutto mettere l'accento sulla ricerca dei criteri ordinanti dell'odierna complessità. Solo tramite questi, sembra, infatti, che gli scenari descritti possano essere in qualche modo scongiurati. Il dissolvimento del

---

proposito di *Eclissi del diritto civile* di CARLO CASTRONOVO, Europa dir. priv., 2016, 1194.

<sup>32</sup> Per tale idea v. P. GROSSI, *L'«invenzione» del diritto*, Roma-Bari, 2017 e LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., *passim*.

<sup>33</sup> Sul punto cfr., anche L. NIVARRA, *Dalla “crisi” all’“eclissi”: ovvero, da un paradigma all'altro*, in Europa dir. priv., 2017, 801 s.

<sup>34</sup> F. DENOZZA, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, in Riv. dir. comm., 2014, 13 ss. Più in generale sul punto cfr. P. DARDOT-C.LAVAL, *La nuova ragione del mondo. Critica della razionalità neoliberista*, Roma, 2003; imprescindibile il richiamo a M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, Milano, 2005.

<sup>35</sup> F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione, libertà*, Milano, 2000.

diritto nella pura dialettica giudiziale e lo spostamento di tutte le leve reali dell'economia fuori da un qualsiasi controllo statale, possono trovare nei suddetti criteri un antidoto che permetta allo spontaneismo sociale di non risolversi in una disorganizzata competizione tra deboli e forti.

Qualche interrogativo finale: *a)* le tendenze per così dire pos-moderne costituiscono di certo una fenomenologia abbastanza assestata, ma tutto ciò autorizza già a decretare la morte della grande narrazione dei codici e delle categorie giuridiche ovvero richiede soltanto una loro rivisitazione ancorché robusta? *b)* esistono in altre parole controspective sufficienti a far pensare che sia ancora possibile un sistema giuridico magari più aperto ma non irrimediabilmente liquefatto? *c)* il diritto ha già perso la sua funzione ordinante nella dialettica struttura-sovrastuttura, oppure si è ridotto nell'era pos-moderna ad una mera funzione regolatrice a carattere esecutivo promanante dai centri di potere globali, dal mondo digitale e talvolta anche dalla giurisprudenza (ormai libera e a sfondo equitativo)? Una funzione regolatrice sicuramente non bilanciata dall'indebolimento e dalla dispersione degli altri centri tradizionali di produzione normativa: la legislazione (ormai frammentaria e priva di progettualità), l'autonomia privata (ormai ipercompressa), il mercato nella sua dimensione sociale (ormai in buona parte iperregolato).

L'epilogo del discorso non può che essere la convinta riaffermazione dell'assoggettamento dell'interprete alla legge e la riaffermazione dell'immanenza del vincolo del sistema, perché viceversa non si fa altro che distruggere l'oggetto stesso del sapere giuridico<sup>36</sup>. Una tale professione di fede esige, però, ancora una messa a punto del concetto di sistema del quale possono darsi perlomeno tre varianti. La prima è quella che risale alla riflessione scientifica ottocentesca che concepisce il sistema come un *a priori* rispetto alla legge, la quale si limita a riprodurre fedelmente l'insieme organico e completo delle essenze e dei concetti, e proprio in virtù di questa concezione metafisica di fondo il sistema giuridico è finito per strutturarsi come un dispositivo chiuso, proprio in quanto organico e completo, e dunque impermeabile alle nuove istanze e alle mutevoli indicazioni che provengono dall'esterno, dalle altre branche del sapere e dalle prassi sociali. La seconda variante concepisce il sistema funzionale e, secondo il paradigma dell'autoriflessione<sup>37</sup>, autopoietico, ossia aperto ma operativamente chiuso, in quanto gli impulsi che provengono dall'esterno devono essere comunque rielaborati secondo procedure interne, configurando un problema

<sup>36</sup> Cfr. in tal senso BARCELLONA, *Critica del nichilismo giuridico*, cit., 135 ss.

<sup>37</sup> N. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1993, trad. it. *Il diritto della società*, Torino, 2012, 29 ss.; ID., *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, Bologna, 363 ss.

sociale e riconnettendovi una soluzione, in ossequio all'idea dell'autonomia del diritto rispetto alla società<sup>38</sup>.

La terza variante, che è la più plausibile nell'odierno contesto, è quella di un sistema sicuramente aperto ma sottoposto al vincolo del rispetto dell'ordine estrinseco svelato dall'esperienza empirica, della coerenza logica<sup>39</sup>, di quella assiologica, in vista della stabilizzazione delle forme del pensiero, così da scongiurare il rischio del pensiero episodico e congiunturale. La possibilità di costruire un sistema di concetti e di precetti per poi sottoporlo a una verifica permanente che scongiuri scollamenti tra i fatti e le regole poggia sulla fiducia epistemologica nell'esistenza di asserti stabili, anche soltanto in termini temporalmente definiti in quanto verità storiche e non trascendenti, e di strutture sociali dotate di una sufficiente resistenza, in quanto frutto di un ordine istituito per un certo tempo. Il compito del diritto consiste nel riconoscere queste oggettività conformate in senso storico, cogliere la razionalità che le percorre, delineare l'ordine che le unisce e rielaborare i dati fenomenici in altrettanti modelli generali di regolazione consacrati in testi, operando, però, anche delle opportune selezioni per escludere dal campo della rilevanza giuridica quegli interessi, quelle prassi, quelle strutture organizzative che per ragioni politiche è preferibile non legittimare.

La pluralità dei fenomeni, delle istanze e delle forme organizzative e la loro multiformità, espressione di una oggettiva complicazione della società contemporanea, oltre che la velocità dei mutamenti, se non a volte dei capovolgimenti, accentuano il ruolo dell'interpretazione in vista dell'applicazione<sup>40</sup> e, dunque, enfatizza senza alcun dubbio il ruolo dell'interprete e, in specie, del giudice. Ciò non autorizza, però, a polverizzare l'esperienza giuridica in una miriade di atti decisionali in vista della giustizia del singolo caso, slegati da premesse oggettive di tipo veritativo, ossia i fatti e i testi, e giustificati dall'unicità irripetibile della vicenda concreta da decidere. In altri termini, la presa d'atto della centralità dell'interpretazione non comporta in alcun modo l'accreditamento dell'idea che non esista altro che il linguaggio e la cultura che l'esprime e che non esistano datità alle spalle delle proposizioni prescrittive del diritto

<sup>38</sup> M. BARCELLONA, *Diritto sistema e senso*. Lineamenti di una teoria, Torino, 1996, *passim*, in part. 88 ss., 116 ss.; ID., *Critica del nichilismo giuridico*, cit., 153 ss., dove B. osserva che «Il sistema del diritto nasce, appunto, da questa pressione dell'ambiente sociale e dall'autoorganizzazione che le strutture normative si vengono continuamente dando per fronteggiare adeguatamente questo tumulto».

<sup>39</sup> Sul punto cfr., soprattutto, L. FERRAJOLI, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari, 2016, *passim*, in part. 179 ss.

<sup>40</sup> Insuperato è in Italia l'insegnamento sul punto di L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., 16 ss.

positivo, di cui le parole del testo siano segno senza tuttavia esaurirne il contenuto<sup>41</sup>. La comprensione della scienza giuridica come scienza ermeneutica non implica affatto il rifiuto dell'esistenza di spazi per la comprensione e il riconoscimento della sola possibilità dell'opinione oppure della conversazione, come postula chi vorrebbe esaurire il diritto nel discorso<sup>42</sup>. Né significa accogliere la rappresentazione del giurista come "esperto" della giustizia e l'idea che il diritto non risieda nella legge in senso lato, ossia nelle proposizioni prescrittive recate dalle varie fonti del diritto positivo, ma nella decisione del caso, in ossequio alla convinzione riduttivistica che l'unico diritto esistente sia quello che in concreto vige<sup>43</sup>.

Pur con tutti i limiti della conoscenza e nella consapevolezza della storicità dell'accesso alla realtà, testimoniato dalla confutabilità degli asserti reputati veri, bisogna riaffermare che l'interpretazione giuridica consiste in un'attività in larga misura cognitivistica<sup>44</sup>, anche se sempre più spesso bisognosa di integrazioni tramite valutazioni che assumono la forma dei ragionamenti morali<sup>45</sup>, autorizzati dalla dimensione valoriale oramai ampiamente accolta all'interno dei sistemi giuridici contemporanei basati sulla legge scritta mediante il ricorso ai principi, ai diritti fondamentali e alle clausole generali<sup>46</sup>.

<sup>41</sup> Come spiega assai chiaramente BARCELLONA, *Critica del nichilismo giuridico*, cit., 140 ss., affinché l'interpretazione assuma una connotazione cognitivistica sono necessarie due premesse: a) che il diritto positivo sia concepito come manifestazione incompleta di un *quid* invece completo, che lo precede e che sta "oltre"; b) che esista un procedimento logico-razionale che consenta di attingere a questo *quid*; e v. anche ID., *Diritto, sistema e senso*, cit., 159 ss.

<sup>42</sup> Sul punto cfr. la posizione articolata di A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. IUDICA-P. ZATTI, Milano, 2013, *passim*, in part. 139 ss.

<sup>43</sup> Il corollario di tale impostazione è che non esistano fatti empiricamente verificabili che precedono il diritto mentre è un "fatto" il diritto che si inverte nella decisione del caso, sicché solo il diritto applicato, "vivente", può essere fatto oggetto di conoscenza.

<sup>44</sup> Per una decisa riaffermazione della natura cognitivistica dell'interpretazione cfr. M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, Annali IX, Milano, 2016, 429 ss. Per BARCELLONA, *Critica del nichilismo giuridico*, cit., 164 «il fondamento cognitivo dell'interpretazione non è altro che il vincolo sistemico delle equivalenze funzionali possibili ad una identità materiale determinata del sistema giuridico» e l'interpretazione si presenta come una creazione cognitiva, ossia come un'*inventio* che procede dalla *cognitio*. Sostiene B. che «È una creazione, perché produce sempre nuova organizzazione, un'organizzazione che prima non c'era e che viene così creata *ex novo*. Questa creazione è, però, cognitiva, giacché questo *novum* è istituito a partire dal *positum*, da un già dato che, però, continuamente si ridetermina: si sviluppa a partire dal riconoscimento di una proporzione che è già data nelle norme e nei loro vincoli sistemici e che, però, ricorsivamente si specifica e si accresce di continuo».

<sup>45</sup> Cfr. G. PINO, *Principi, ponderazione e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in *Giur. cost.*, 2011, 995 ss. E nella riflessione civilistica v., da ultimo, F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, 410 ss.

<sup>46</sup> Cfr. S. Mazzamuto, *Il rapporto tra clausole generali e valori*, in *Giur. it.*, 2011, 1697 ss.

Vede correttamente e lontano chi ammonisce che

«negando ogni valore cognitivo all'interpretazione, riducendola a retorica, a mera affabulazione e rinviando ad un'alimentazione meta-positiva del diritto, [si] trasforma il giurista in una sorta di *nuovo centauro*, in qualcosa che sta a metà tra l'*istrione*, ossia il protagonista di recite più o meno brillanti intese a sedurre un pubblico più o meno fiducioso, e lo *stregone*, ossia l'intermediario esoterico di interrogazioni sull'ineffabile. E contro le sue stesse aspettative, finisce, molto spesso, per privare il giurista della parola, giacché, azzerando l'autonomia del diritto, rischia di consegnarlo agli esperti degli altri saperi: al biologo e al teologo che sulla vita e sulla morte ne sanno di più; al sociologo e al politologo, all'economista, ecc.»<sup>47</sup>.

Nella stabilizzazione del pensiero giuridico gioca, infine, un ruolo decisivo la dogmatica, la quale offre al giudice schemi di argomentazione e modelli di decisione consolidati e, dunque, riproducibili, semplificando il compito del giudice, alleggerendone la responsabilità e riducendone i tempi di decisione<sup>48</sup>. Oltre che a questa funzione squisitamente pragmatico-razionale, il metodo dogmatico assolve anche a una funzione euristica, in quanto lungi dall'imbrigliare l'interprete, offre una base di partenza per esplorare la possibilità di nuove soluzioni in sostituzione di quelle già sperimentate. Non si è, dunque, al cospetto della pretesa di «fondarsi sulla violenza del già deciso»<sup>49</sup> giacché le proposizioni dogmatiche e i «precedenti» rivestono il valore di mere ipotesi, ossia di semplici postulati sempre sottoposti a verifica, e tuttavia essi offrono «un punto d'appoggio che evita lo scadimento in una casistica disordinata, non controllabile sistematicamente e quindi contraddittoria col principio di universalizzazione, che è un aspetto elementare del principio di giustizia»<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> BARCELLONA, *Critica del nichilismo giuridico*, cit., 137, il quale prosegue osservando che la disgregazione dell'oggetto del sapere giuridico comporta anche il rischio dell'«isolamento della scienza giuridica dagli altri saperi, perché produce rappresentazioni della società moderna sovente smentite dal pensiero generale della Modernità. Su questa via, il giurista deve immaginare fondamenti quando la filosofia contemporanea dice che la Modernità nasce come secolarizzazione, e dunque come rinuncia ad ogni fondamento universale, deve riesumare i diritti naturali, quando la teoria politica dice che la Modernità costruisce il diritto come artificio, deve cantare la fine del sistema, quando la teoria sociale proclama che la società è comprensibile solo sistemicamente».

<sup>48</sup> Cfr. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., 25 ss.

<sup>49</sup> G. VATTIMO, *Fare giustizia del diritto*, in *Annuario filosofico europeo*. Diritto giustizia e interpretazione, a cura di J. DERRIDA-G. VATTIMO, Roma-Bari, 1998, 289.

<sup>50</sup> MENGONI, *Le aporie decostruttive del diritto secondo Jacques Derrida*, cit., 359.

Giulio Palma

*La responsabilità del sanitario nell'era del postmoderno*

SOMMARIO: 1. Note introduttive. – 2. Le stagioni della responsabilità del medico. – 3. La legge n. 24/2017 e la nuova natura della responsabilità del sanitario – 4. Considerazioni critiche sulla qualificazione in termini extracontrattuali della responsabilità del medico. – 5. Oltre la norma: conseguenze e rimedi.

1. *Note introduttive*

Con la novella del marzo 2017, nota anche come legge Gelli, si può considerare aperta una nuova stagione della responsabilità medica che, alla ricerca di un punto di equilibrio tra contrapposte istanze, negli ultimi anni ha vissuto significativi momenti di tensione che hanno offerto all'interprete l'occasione per tracciare alcune riflessioni di carattere generale sul sistema della responsabilità civile.

Tali riflessioni, oltre ad aver costituito la base degli approdi giurisprudenziali in argomento<sup>1</sup>, hanno esplorato il complesso terreno della responsabilità civile con l'obiettivo di individuare a quale tra i diversi regimi possano essere ricondotte le conseguenze dannose derivanti dal malgoverno delle regole che presiedono l'esercizio dell'attività terapeutica.

Le oscillazioni interpretative cui la responsabilità del sanitario dipendente<sup>2</sup> è stata esposta sono sempre state animate, in realtà, dalla necessità

<sup>1</sup> Il riferimento è a Cass. 22-1-1999 n. 589, in *Corr. Giur.*, 1999, 4, 441, con nota di A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*; in *Danno e resp.*, 1999, 3, 294 con nota di V. CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*; in *Foro it.*, 1999, I, 3332 di A. LANOTTE, *L'obbligazione del medico dipendente è un'obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione?*, la quale, come noto, ha ricostruito in termini contrattuali la responsabilità medica accogliendo la tesi della obbligazione senza prestazione elaborata da C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 443 e ss.

<sup>2</sup> Come noto, invero, nessuna problematica ha posto il tema della responsabilità del medico libero professionista con il quale il paziente stipula un contratto di opera professionale funzionale alla realizzazione delle cure di cui il paziente medesimo necessita. Sul punto, la novella del 2017 ha confermato – e non poteva essere altrimenti – la lettura pacifica della fattispecie: cfr. in particolare il comma 3 dell'art. 7 ai sensi del quale il medico risponde ai sensi dell'art. 2043 c.c. «salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente».

di tutelare un interesse particolare – ora alleviare la posizione del professionista medico, ora garantire una maggiore tutela del paziente – e, per tale ragione, hanno probabilmente offerto una rappresentazione della fattispecie giuridicamente sfocata. In tale materia, invero, sembra essersi smarrita quella neutralità propria dell'attività interpretativa in ossequio alla quale il giurista dovrebbe limitarsi ad osservare un fenomeno e a tradurlo in una proposizione giuridica.

La storia, normativa e giurisprudenziale, della responsabilità medica, da tale ultimo punto di vista, può essere considerata – come si cercherà brevemente di chiarire – espressione della crisi del diritto postmoderno al quale sono dedicate le pagine di questo volume.

## 2. *Le stagioni della responsabilità del medico*

Prima di procedere all'illustrazione delle novità introdotte dalla riforma Gelli appare utile premettere un breve cenno al quadro normativo (e giurisprudenziale) vigente antecedentemente alla sua entrata in vigore. Ciò anche al fine di comprendere meglio le ragioni dell'ultimo intervento normativo che, in realtà, sembra essere animato non solo dalla necessità di mettere ordine in tale complessa materia<sup>3</sup>, ma anche dalla volontà di porre un argine alla giurisprudenza creativa che, *in subiecta materia*, ha condotto a risultati talvolta poco condivisibili<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Cfr. G. PONZANELLI, *Medical malpractice: la legge Gelli-Bianco*, in *Contratto e impresa*, 2/2017, 358, secondo cui «Bianco-Gelli conferma (...) Balduzzi ed elimina i tanti dubbi nati sull'applicabilità della disciplina extracontrattuale all'esercente la professione sanitaria determinati dalla non univoca formulazione legislativa scelta nel 2012». V., dello stesso Autore, sebbene prima dell'entrata in vigore della legge di riforma, *La responsabilità medica: dal primato della giurisprudenza alla disciplina legislativa*, in *Danno e resp.*, 8-9/2016, 816 e ss.

<sup>4</sup> Il riferimento è, in particolare, a Cass. 19-2-2013 n. 4030, in *Danno e resp.*, 2013, 367 nonché a Cass., 17-4-2014 n. 8940, in *Foro it.*, 2014, I, 1413 le quali hanno ritenuto, in buona sostanza, irrilevante il riferimento all'art. 2043 c.c. Che fosse «evidente che la materia della responsabilità civile [dovesse continuare a seguire] le sue regole consolidate» è stato confermato anche successivamente da Cass. 20-10-2014, n. 22225 e n. 22222, in *Foro it.*, 2015, I, 519 con nota redazionale di M. CASORIA. Cfr., successivamente all'entrata in vigore della riforma, Trib. Salerno, 17 marzo 2017, n. 1350 il quale dopo aver sottolineato che «non può dirsi che la proposizione normativa [l'art. 3 del Decreto Balduzzi] sia univocamente diretta ad azzerare l'elaborazione giurisprudenziale in materia di regime di responsabilità del professionista sanitario» ha precisato che «per converso la normativa di recente introdotta col d.d.l. Gelli, che espressamente ascrive la responsabilità del medico dipendente o collaboratore di una struttura sanitaria entro l'archetipo della responsabilità

La responsabilità del medico dipendente nella sua prima declinazione interpretativa, volta a valorizzare l'assenza di una relazione tra il medico curante e il paziente, è stata ricostruita in termini extracontrattuali<sup>5</sup>. Successivamente, con la storica sentenza n. 589 del 1999 la Cassazione ha mutato il proprio consolidato orientamento qualificando la responsabilità del medico dipendente come contrattuale in ragione della sussistenza di un vincolo tra medico e paziente e la conseguente impossibilità di riconoscere «(solo) [una] responsabilità aquiliana, poiché questa non nasce dalla violazione di obblighi ma dalla lesione di situazioni giuridiche soggettive altrui (...)». La Suprema Corte, con tale noto *revirement*, precisando che

«quando ricorre la violazione di obblighi, la responsabilità è necessariamente contrattuale, poiché il soggetto non ha fatto (culpa in non faciendo) ciò a cui era tenuto in forza di un precedente *vinculum iuris*, secondo lo schema caratteristico della responsabilità contrattuale»,

ha fatto proprie le riflessioni di quella autorevolissima dottrina che si era a lungo interrogata intorno alla possibilità di riconoscere delle fattispecie a metà tra “*contratto e torto*”<sup>6</sup>.

Dalla fine degli anni '90 del secolo scorso e per oltre un decennio le acque del sottosistema della responsabilità medica sono rimaste calme e dottrina e giurisprudenza sono conseguentemente rimaste aderenti alla tesi contrattualistica scolpita nella sentenza n. 589/1999. Una repentina agitazione, invece, si è avuta a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 189 del 2012 che ha dato attuazione alla c.d. riforma Balduzzi.

La citata riforma ha messo nuovamente in moto la macchina interpretativa a causa del criptico dato normativo ivi contenuto e, segnatamente,

---

da inadempimento ex art. 2043 c.c.» ed è, per tale ragione, destinata ad «azzerare» il formante giurisprudenziale precedente. Sorprende, tuttavia, l'inciso «inadempimento ex 2043 c.c.» che suona, quanto meno, come un ossimoro.

<sup>5</sup> Cfr. G. VISINTINI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (una distinzione in crisi?)*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 1077; Id., *Trattato breve della responsabilità civile*, Milano, 2006, 278 s., ad avviso della quale «l'inquadramento più corretto della responsabilità del sanitario (...) è nel senso della sola applicazione dell'art. 2043 c.c., perché il rapporto contrattuale si instaura quasi sempre direttamente fra l'ente (ospedale e case di cura) ed il paziente, non fra quest'ultimo e il medico, con la conseguenza che per coinvolgere la responsabilità del medico occorre dimostrare una sua colpa professionale ai sensi del regime probatorio tipico della responsabilità aquiliana». V. anche F. CAFAGGI, *La responsabilità del professionista*, Torino, 1998, 53 s. In giurisprudenza v. Cass. 24-3-1979 n. 1716, in *Giur. it.*, 1981, I, 297; Cass. 26-3-1990 n. 2428; Cass., 13-3-1998 n. 2750. Sulla giurisprudenza che ha aderito a tale interpretazione successivamente alla riforma Balduzzi v. nota 7.

<sup>6</sup> CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*<sup>3</sup>, cit., 443 e ss.

del riferimento all'art. 2043 c.c. contenuto nell'art. 3 della l. 189/2012. Su tale inciso, invero, si sono susseguiti contrastanti orientamenti nella giurisprudenza di merito tesi a trovare una spiegazione al primo e poco felice intervento legislativo<sup>7</sup>.

La Cassazione, dal canto suo, attenendosi ad un approccio orientato al fatto, più che alla norma, ha consolidato il proprio indirizzo interpretativo riaffermando la natura contrattuale della responsabilità del medico, nonostante il richiamo all'art. 2043 c.c. da parte dell'art. 3 della legge Balduzzi<sup>8</sup>.

Con la legge 8 marzo 2017, n. 24 il legislatore è nuovamente intervenuto sulla responsabilità del sanitario dipendente dettando una disciplina che, ai fini che in questa sede interessano, è destinata a stravolgere il consolidato orientamento giurisprudenziale sviluppatosi in argomento e a suscitare un ulteriore vivo dibattito sul tema della natura della responsabilità medica che è appena entrata in una nuova, e tutta da scoprire, stagione.

<sup>7</sup> In dottrina la tesi del ritorno alla responsabilità aquiliana è sostenuta, tra gli altri, da G. VISINTINI, *La colpa medica nella responsabilità civile*, in *Contr. e impr.*, 2015, 530. Propendevano, invece, per il mantenimento del regime contrattuale F. RIZZO, *Dal paziente al cliente*, in *Annali della Facoltà giuridica dell'Università di Camerino*, 4/2015, 3, M. FRANZONI, *Il professionista e criteri per l'accertamento della responsabilità*, in *Contr. e impr.*, 2015, 605. Per un quadro delle diverse opinioni v. A. QUERCI, *La riforma Balduzzi alla prova della giurisprudenza: il punto di vista del Tribunale di Cremona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 5, 469, nonché O. CLARIZIA, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente dopo la riforma Balduzzi: criterio letterale e ragioni costituzionali a confronto*, in *Le nuove leggi. civ. comm.*, 6/2014, 1117. Sul versante pretorio, invece, secondo un primo orientamento (cfr. Trib. Arezzo 14-2-2013, in *Danno e resp.*, 4/2013, 367; Trib. Caltanissetta 1-7-2013, in *Resp. civ. e prev.*, 3/2013, 1988 con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *La natura della responsabilità del medico inserito in una struttura ospedaliera nel vigore della l. n. 189/2012*; Trib. Cremona 1-10-2013, in *Danno e resp.*, 6/2014, 633 con nota di L. MATTINA, *"Legge Balduzzi": natura della responsabilità civile del medico*; Trib. Firenze 12-2-2014, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 737 con nota di A. GARIBOTTI, *Un nuovo fronte di battaglia per gli studiosi della responsabilità civile: l'interpretazione della legge Balduzzi*; Trib. Brindisi 18-7-2014, in *Danno e resp.* 1/2015, 56; Trib. Bologna 25-2-2015; Trib. Milano 4-3-2015; App. Firenze 20-5-2015; Trib. Pisa 10-6-2015; Trib. Pisa 3-7-2015) l'art. 3 della legge 189/2012 non avrebbe alcuna portata innovatrice. Secondo altro e diverso orientamento (cfr. Trib. Varese 26-11-2012; Trib. Torino 26-2-2013 entrambe editate in *Danno e resp.*, 4/2013, 373-375; Trib. Enna 18-5-2013, in *Danno e resp.*, 1/2014, 74 con nota di D. ZORZYT, *La responsabilità del medico alla luce del "Decreto Balduzzi": un viaggio tra nuovi e vecchi scenari.*; Trib. Milano 14-6-2014; Trib. Milano 17-7-2014 entrambe editate in *Danno e resp.*, 1/2015, 47 e ss. con nota di L. MATTINA, *"Legge Balduzzi": diventa extracontrattuale la responsabilità del medico?*; Trib. Milano 30-10-2014, in *Giur. it.*, 3/2015, 395 con nota di N. ENRICHENS, *Responsabilità medica – la responsabilità civile sanitaria e la giurisprudenza di merito milanese*), al contrario, il legislatore avrebbe preso posizione sulla responsabilità medica smentendo l'elaborazione giurisprudenziale degli ultimi quindici anni e confermando l'approccio ermeneutico ante 1999.

<sup>8</sup> Cfr. le sentenze citate nella precedente nota 4.

### 3. La legge n. 24/2017 e la nuova natura della responsabilità del sanitario

Il legislatore, questa volta in modo netto, ha rimesso mano alla responsabilità del medico alle dipendenze di una struttura ospedaliera tracciando in termini aquiliani il regime di responsabilità cui la fattispecie deve essere ricondotta.

L'art. 7, invero, rubricato «*Responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria*», ha disegnato un doppio binario della responsabilità distinguendo chiaramente il regime di responsabilità ai sensi del quale è chiamata a rispondere la struttura sanitaria che si avvale della prestazione d'opera di un professionista sanitario e quello del medico dipendente della stessa. Mentre, invero, la struttura

«sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile, delle loro condotte dolose o colpose» (art. 7, comma 1),

l'esercente la professione all'interno della struttura «risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente» (art. 7, comma 3).

Rispetto al recente passato la decisione del legislatore consente di elidere dubbi e speculazioni interpretative in quanto – a differenza del precedente intervento ove cripticamente si rinviava, con dubbia formulazione dell'enunciato normativo, all'art. 2043 c.c. – vi è un chiaro ed esplicito inquadramento dell'attività del medico dipendente nell'alveo della responsabilità aquiliana<sup>9</sup>.

Al netto delle ulteriori novità che, salvo quelle inerenti la responsabilità

<sup>9</sup> In questi termini M. FACCIOLO, *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla legge n. 24 del 2017 (c.d. "Legge Gelli-Bianco"): profili civilistici*, in *Studium Iuris*, 7-8/2017, 781. V., però, G. E. NAPOLI, *La responsabilità sanitaria nel sistema civilistico. Punti fermi e nuove linee di riforma*, in *Resp. civ. e prev.*, 1/2017, 91 secondo cui «può attribuirsi al nuovo testo di legge una portata non dirompente, ritenendo che si intenda esclusivamente modificare il regime della responsabilità del medico senza interferire sull'inquadramento del suo comportamento tipico all'interno del settore dell'adempimento delle obbligazioni» con la conseguenza che (come già osservava M. PARADISO, *La responsabilità del medico dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 338) di «extracontrattuale resterebbe solo la responsabilità, non la norma regolatrice della condotta». Secondo tale lettura, quindi, la norma «conduce a regolare la responsabilità diretta del medico dipendente secondo i parametri di disciplina, (giammai di fattispecie) previsti dall'art. 2043 c.c.».

penale del sanitario<sup>10</sup>, hanno una valenza *latu sensu* burocratica<sup>11</sup>, la (ri)qualificazione della responsabilità del medico dipendente in termini extracontrattuali ha lasciato grandemente perplessi gli interpreti<sup>12</sup>, non tanto e non solo, per la scelta operata, ma soprattutto per le modalità mediante le quali essa è avvenuta.

Il punto maggiormente critico della riforma, invero, concerne una questione di metodo. Si è rilevato, da tale punto di vista, che «data la metrica legislativa di riferimento, il compito di riportare un'attività illecita entro l'uno o l'altro paradigma compete tipicamente all'interprete, in quanto fa parte integrante della sua vocazione elettiva»<sup>13</sup>.

Il secondo punto critico riguarda, invece, il merito dell'opzione interpretativa proposta dal legislatore della novella che ha orientato, per note ragioni<sup>14</sup>, la scelta verso il regime di cui all'art. 2043 c.c. L'indirizzo prescelto dal legislatore, bollato peraltro di imperatività, non appare condivisibile nella misura in cui, ad avviso di chi scrive, la ontologica struttura relazionale del rapporto medico-paziente esclude la possibilità di ricondurre la responsabilità del medico sui binari dell'illecito aquiliano.

La convinzione legislativa – volta, con tutta evidenza, a riaffermare i principi posti alla base della riforma Balduzzi e, in particolare, ad eliminare

<sup>10</sup> Sui profili di novità in materia penale v., tra gli altri, A. DE SANTIS, *La colpa medica alla luce della legge Gelli-Bianco*, in *Studium Iuris*, 7-8/2017, 790; nonché M. CAPUTO, *La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria dopo la L.24 del 2017 ... "quo vadit"? Primi dubbi, prime risposte, secondo dubbi*, in *Danno e resp.*, 3/2017, 293.

<sup>11</sup> Per una puntuale analisi di tutte le novità contenute nella legge di riforma v. M. HAZAN, *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (DDL Gelli)*, in *Danno e Resp.*, 1/2017, 75 e ss.

<sup>12</sup> Fortemente è critico R. PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, in *Danno e Resp.*, 3/2017, 261.

<sup>13</sup> PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, cit., 265, il quale ha giudicato la scelta legislativa di riportare la responsabilità medica al modello aquiliano come «scriteriata, inutile e pregiudizievole». In senso contrario, v. Hazan, *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (DDL Gelli)*, cit., 82 secondo cui la «riforma Gelli null'altro fa se non segnare un ritorno all'antico, una piana riconduzione al regime della responsabilità per come scritto nei codici, al riparto da certi abusi indotti dalle eccentriche teorie del contatto sociale»; v. anche G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Responsabilità per fatto degli ausiliari e incarico contrattuale diretto al medico: il dubbio ruolo della casa di cura*, in *Riv. dir. civ.*, 2/2017, 505 secondo cui «finalmente» si è ricondotta l'attività del medico dipendente nell'alveo della *lex aquilia*.

<sup>14</sup> Cfr. V. BACHELET, *Il rapporto tra Asl e medico di base nel sistema riformato della responsabilità sanitaria*, in *Riv. dir. civ.*, 3/2017, 809 secondo cui «l'obiettivo della riforma appare quello di "schermare" parzialmente il medico, da un lato incanalando la sua responsabilità nelle strettoie dell'art. 2043 c.c. e, dall'altro, escludendo la rivalsa dell'ente in presenza di colpa lieve; ma allo stesso tempo di mantenere elevata la tutela del paziente, che potrà sempre rivolgere le proprie pretese risarcitorie verso la struttura secondo le agevolate regole attuali».

o quantomeno a ridurre il fenomeno della c.d. *medicina difensiva*<sup>15</sup> – si rivela in tutta la sua portata nel comma 5 dell'art. 7 ove in termini perentori si stabilisce che «Le disposizioni del presente articolo costituiscono norme imperative ai sensi del codice civile»<sup>16</sup>.

Come è stato rilevato più che una precisazione, quella di cui al comma 5 appare una «ombrosa e inelegante intimidazione»<sup>17</sup> finalizzata a reprimere e respingere la tendenza creativa, sempre più diffusa nelle ultime decisioni, della giurisprudenza che, talvolta forzando il dato normativo, si è spinta oltre quanto probabilmente consentibile in sede di interpretazione della norma<sup>18</sup>.

Tra le maglie dell'intervento legislativo si percepisce, dunque, una certa volontà – per così dire – di ristabilire i reciproci ruoli all'interno di un sistema che, specie nell'ultimo decennio, ha conosciuto non poca confusione causata, per un verso, da una scadente qualità normativa e, per altro verso, da una giurisprudenza eclettica che, non di rado, spogliatasi dei panni dell'interprete, si è elevata a fonte normativa.

In questa prospettiva, se è condivisibile lo sforzo di riportare a sistema, nel più ampio rispetto del dettato costituzionale, ruoli e prerogative di giurisprudenza, legge e interpretazione, non può non rilevarsi come la recente riforma abbia restituito un quadro molto poco aderente della realtà fattuale all'interno della quale si muove la relazione medico paziente.

È necessario, allora, dopo aver fatto un breve cenno alla natura della responsabilità sanitaria limitandosi ad osservare come il rapporto medico paziente si svolge, tentare di capire se spetti alla legge forgiare la fattispecie e, dunque, connotare un fatto a prescindere dalla sua intrinseca natura ovvero se, viceversa, il legislatore possa codificare una fattispecie stravolgendone i suoi connotati e, in tale ultimo caso, quali siano le conseguenze e i rimedi.

<sup>15</sup> V. PONZANELLI, *Medical malpractice: la legge Gelli-Bianco*, cit., 357 il quale ricorda come nell'esperienza statunitense per porre freno al fenomeno della medicina difensiva si è intervenuto «fissando dei limiti ai danni (ora punitivi, ora per *pain and suffering*) e non invece sulle regole di imputazione della responsabilità».

<sup>16</sup> Sulla interpretazione del comma 5 v. FACCIOLI, *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla legge n. 24 del 2017 (c.d. "Legge Gelli-Bianco"): profili civilistici*, cit., 787.

<sup>17</sup> PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, cit., 265.

<sup>18</sup> L'attività "paralegislativa" della giurisprudenza, invero, costituisce un prezioso strumento quando si tratta di attribuire tutela a situazioni giuridiche soggettive non disciplinate espressamente dal legislatore, concretandosi così in un'attività *praeter legem*. Non sembra poter essere condivisa, invece quando determina uno stravolgimento del significato della norma, traducendosi in un'attività di sostanziale equiordinazione al legislatore, di tal guisa che risulta stravolto l'intero sistema delle fonti del diritto.

#### 4. Considerazioni critiche sulla qualificazione in termini extracontrattuali della responsabilità del medico

Alla tesi extracontrattuale, volta sostanzialmente a negare l'esistenza di un paradigma relazionale tra medico e paziente, si è sempre addebitato di considerare il medico come un *quisque de populo* obbligato al rispetto del generico dovere di non recare danno ad altri, e ciò in spregio alla professionalità posseduta<sup>19</sup>.

Il contenuto dell'attività medica, del resto, rimane invariato e prescindere dalla sussistenza o meno di un vincolo contrattuale<sup>20</sup> in quanto il medico, quale soggetto professionalmente qualificato, è tenuto sempre a conformare la propria attività agli standard imposti dalle regole dell'arte che professa. Sicché, anche solo da questo punto di vista appare irragionevole trattare in modo diverso situazioni che di fatto sono conformate alle medesime regole e principi<sup>21</sup>.

Al fine di ribaltare la visione in termini aquiliani della responsabilità medica diversa dottrina ha riconosciuto la natura contrattuale della responsabilità in ragione del fatto che, pur assente la prestazione, il *vinculum iuris* si conforma su un dovere di protezione che il medico è tenuto ad osservare in virtù della sua professionalità sulla quale, invero, il paziente ripone un affidamento all'esatta esecuzione del trattamento sanitario<sup>22</sup>.

A sommeso avviso di chi scrive, tuttavia, è possibile ricostruire in termini contrattuali la responsabilità del medico indipendentemente dal riferimento ai doveri di protezione e conservazione dell'altrui sfera giuridica radicando un'obbligazione di cura *ex lege* in capo al professionista<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> Sul punto v., da ultimo, PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, cit., 265. Cfr. anche NAPOLI, *La responsabilità sanitaria nel sistema civilistico. Punti fermi e nuove linee di riforma*, cit., 76 e 77.

<sup>20</sup> Cfr. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, cit., 450 secondo cui posto che la prestazione del medico «non può che essere sempre la stessa, vi sia o meno alla base un contratto d'opera professionale» ritiene che essa si configuri «quanto al suo contenuto, come una normale obbligazione che richiama comportamenti destinati a produrre un risultato utile per il creditore» con la conseguenza che si tratta di un'obbligazione da intendere nel suo significato tradizionale con la sola peculiarità che viene ad esistere con la sua esecuzione. *Contra* C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, *Europa e dir. priv.*, 2011, 61 ad avviso del quale una simile impostazione determina una «inversione tra fatto e diritto, dalla prestazione all'obbligazione».

<sup>21</sup> Ma sul punto v. *infra*.

<sup>22</sup> CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 484

<sup>23</sup> L'art. 1173 c.c. nel momento in cui prevede la possibilità che rapporti obbligatori possano sorgere anche da altri «atti o fatti idonei a produrli in conformità con l'ordinamento

Da questo punto di vista, la relazione medico-paziente costituisce esemplificazione di obbligazione nascente da un fatto, diverso dal contratto e dall'illecito, e avente ad oggetto una prestazione che, al pari di ogni altra obbligazione, non può essere limitata alla sola protezione altrui<sup>24</sup>.

Da un canto, infatti, è possibile ritenere che l'ordinamento sanzioni come «fatto idoneo» la sussistenza di un rapporto di prossimità tra la sfera giuridica del paziente, ossia di colui che domanda la tutela di un bene di rilievo costituzionale qual è la salute, e la sfera giuridica del medico che a quella domanda può fornire risposta. In altri termini, la conformità all'ordinamento, ossia la meritevolezza del «fatto» tale da far sorgere un'obbligazione, deriva dalla circostanza ineliminabile che l'attività del medico è svolta in funzione della tutela del diritto fondamentale alla salute del malato di cui all'art. 32 cost<sup>25</sup>.

---

giuridico» si limita a riconoscere un'ulteriore fonte di obbligazioni, senza fornire indicazioni sulla struttura che tali obbligazioni devono rivestire. V. M. GIORGIANNI, *Appunti sulle fonti delle obbligazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 72 e 73 il quale osserva come la formula utilizzata dall'art. 1173 c.c. «ha chiaramente voluto non già richiamare le altre fonti diverse dal contratto e dal fatto illecito, ma riservare all'ordinamento giuridico, senza alcuna limitazione, il giudizio di idoneità di ogni singolo atto o fatto alla produzione di obbligazioni» sancendone così un «carattere del tutto elastico posto che quel giudizio non deve necessariamente esprimersi attraverso l'esplicita menzione legislativa dell'atto o fatto (...) ma può derivare dalle varie indicazioni attraverso le quali si esprime l'ordinamento giuridico». Critico rispetto alla concettualizzazione di obblighi di protezione autonomi rispetto a quello di prestazione è C.M. Bianca, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1993, 93. Cfr. anche A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, Comm. Scialoja-Branca-Galgano, Bologna-Roma, 1988, 316. In generale sulla figura C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, XXI (Roma 1990); Id, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 123.

<sup>24</sup> Cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *La sorte del paziente*, Milano, 1994, 83 il quale osserva come «l'obbligazione del sanitario consiste propriamente nell'effettuare esattamente (e cioè tempestivamente, senza difformità qualitative e quantitative, adottando le opportune tecniche) la diagnosi e le terapie richieste». V. anche A. DI MAJO, *L'obbligazione protettiva*, in *Europa e dir. priv.*, 2015, 14.

<sup>25</sup> Da questo punto di vista assume una rilevanza sistematica l'istituzione del servizio sanitario nazionale istituito con la legge n. 833 del 1978 la quale, come ha sottolineato V. CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, in *Danno e resp.*, 4/2013, 380 ha determinato una «metamorfosi» del rapporto medico-paziente in quanto «il cittadino non sceglie più privatamente il medico (...) ma si rivolge allo Stato e al servizio statale o regionale per essere curato con diligenza – (...) quella del professionista ex art. 1176, comma 2, c.c. – dal medico di servizio che è di turno nella struttura pubblica predisposta». Cfr., sul punto, Trib. Rovereto 29-12-2013, in *Danno e resp.*, 2013, 378 ad avviso del quale «non è minimamente discutibile» il fatto che «per effetto della legge istitutiva del servizio sanitario nazionale sia configurabile un rapporto obbligatorio di origine legale ogni qual volta un paziente si rivolga ad una qualche struttura sanitaria appartenente al servizio per ricevere le cure del caso, indipendentemente dalla conclusione di un contratto in senso tecnico».

Dall'altro, il rapporto medico-paziente è

«troppo articolato e complesso (...) e troppo numerosi sono gli obblighi di prudenza, attenzione e competenza professionale richiesti al medico, perché possano essere inquadrati nel generico dovere di non arrecare danno ad altri»<sup>26</sup>.

Il contenuto dell'obbligazione che grava in capo al professionista non sembra riducibile ad una mera istanza di protezione del malato dai danni all'integrità psicofisica, in quanto risulta diretta, mediante l'impiego della diligenza professionale *ex art.* 1176, comma 2, c.c., a «conseguire un miglioramento o addirittura un vero e proprio risultato positivo»<sup>27</sup>.

Ecco allora che un'indagine relativa alle concrete modalità di attuazione del rapporto medico paziente sembra consentire di concludere che il contenuto dell'obbligazione che grava in capo al professionista non sia riducibile ad una mera istanza di protezione del malato rispetto ai danni all'integrità psicofisica.

L'attività diagnostica e terapeutica del medico è svolta, infatti, in funzione di tutela del bene salute in quanto diretta a far conseguire al malato un miglioramento del suo quadro clinico, con la conseguenza che sembra potersi concludere che il contenuto dell'obbligazione *ex lege* del professionista, escluso che sia di mera protezione, possa essere determinato sulla base delle regole dell'arte medica secondo le peculiarità del caso concreto<sup>28</sup>.

Riconoscere l'esistenza di un rapporto obbligatorio nei termini precisati, conduce alla consequenziale applicazione delle regole dettate dagli artt. 1218 e ss. c.c. Tale norma, infatti, non è dettata solo ed esclusivamente al fine di fornire tutela al contraente insoddisfatto (da qui l'equivoco insito nell'espressione «responsabilità contrattuale»<sup>29</sup>), ma si rivolge ad ogni

<sup>26</sup> M. PARADISO, *La responsabilità del medico dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 334.

<sup>27</sup> PARADISO, *La responsabilità del medico*, cit., 334. L'Autore, da queste premesse, ancora l'obbligazione del medico nella legge parlando espressamente di «*fonte legale* dell'obbligazione» e sottolineando come «l'assunzione in cura da parte dell'ospedale e l'assegnazione del paziente a un certo medico o a una certa equipe medico sanitaria sono i fatti che costituiscono, per legge, (...) il rapporto di cura (...) che si attegga, nel contenuto, come adempimento di (alcune delle) obbligazioni nascenti da un tipico contratto d'opera professionale».

<sup>28</sup> M. PARADISO, *La responsabilità medica tra conferme giurisprudenziali e nuove aperture*, in *Danno e resp.*, 7/2009, 706 il quale osserva che nella relazione medico-paziente «sotto l'aspetto degli obblighi e delle prestazioni (...) non sono rinvenibili differenze di rilievo rispetto all'ipotesi in cui il rapporto nasca da un vero e proprio accordo negoziale diretto tra medico e paziente». Cfr. Trib. Brindisi 18-7-2014 ad avviso del quale il contenuto dell'obbligazione cui è tenuto il medico «non consiste nella "protezione" del paziente, bensì in una prestazione che si modella su quella del contratto d'opera professionale».

<sup>29</sup> V. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale*, cit., 71 il quale nel sottolineare l'i-

creditore di una prestazione rimasta inadempita a causa del negligente comportamento del debitore<sup>30</sup>.

Ed è per tali ragioni che se, come è stato osservato,

«al legislatore (...) tutto – o quasi – è concesso (...) anche la facoltà di travalicare confini naturalistici, ignorare deliberatamente sedimentarie ripartizioni di ruoli e sconfessare elaborazioni interpretative di lungo corso, ormai approvata alla consistenza di diritto vivente»,

la qualificazione aquiliana della responsabilità sanitaria costituisce «una forzatura sconcertante»<sup>31</sup>.

Ed a fronte di tale “*sconcertante forzatura*” occorre verificare se sussistano, quanto meno in astratto, dei rimedi.

### 5. Oltre la norma: conseguenze e rimedi

Il legislatore attraverso l'espressa codificazione della responsabilità del medico in termini extracontrattuali, utilizzando le parole di Carlo Castronovo, ha fatto della «forma giuridica un strumento di mistificazione della realtà»<sup>32</sup> determinando un disallineamento tra forma e realtà, che ha causato l'insorgere di un *vulnus* tra fatto e norma.

Dianzi a tale situazione diversi sono gli interrogativi cui si è chiamati a rispondere e, primo tra tutti, se possono essere rinvenuti dei rimedi avverso una disciplina positiva che abbia codificato un fatto travisando la dimensione ontologica dello stesso. Occorre chiedersi, inoltre, se il legislatore nella sua discrezionalità sia libero sino al punto di poter forgiare la natura stessa delle situazioni giuridiche o, al contrario, debba limitarsi a tradurre in una proposizione normativa il concreto manifestarsi della realtà sociale<sup>33</sup>.

---

nadeguatezza dell'espressione “responsabilità contrattuale” utilizza quella di «responsabilità relazionale» in quanto in grado di «significare la violazione del rapporto obbligatorio, nasca esso dal contratto o dalla legge».

<sup>30</sup> Cfr. CARBONE, *La responsabilità del medico*, cit., 388.

<sup>31</sup> PARDOLESI, *Chi vince e chi perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, cit., p. 265.

<sup>32</sup> CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 479. L'Autore utilizza questa formula per escludere che la responsabilità del medico dipendente possa essere ricostruita in termini aquiliani. Cfr. Id., *Eclissi del diritto civile*, 160 ove, in merito alla portata innovativa della legge Balduzzi, afferma: «l'art. 3, co. 1, l. 189/2012 non può impedire di considerare la rilevanza obbligatoria di protezione in forza del contatto sociale qualificato dall'affidamento che la professione sanitaria ha in *re ipsa*».

<sup>33</sup> P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, 34 secondo cui la norma dovrebbe

Se è vero che in un sistema di diritto positivo i margini di discrezionalità del legislatore sono (probabilmente) estesi sino al punto di consentirgli di stravolgere il significato della realtà che è chiamato a codificare, è altrettanto vero che se lo stravolgimento è tale da restituire una disciplina irragionevole è necessario attivare il sistema dei rimedi per tentare di elidere o quanto meno ridurre le discrasie tra norma e fatto.

Assumendo, dunque, che il legislatore abbia commesso un errore avendo qualificato la responsabilità del medico alle dipendenze di una struttura sanitaria in termini aquiliani, appaiono concessi all'interprete, almeno in astratto, due rimedi alternativi.

Il primo, noto e collaudato – ma difficilmente percorribile a fronte del dato normativo così come confezionato dalla riforma Gelli – è quello di affidarsi alla giurisprudenza perché reinterpreti (*rectius* riscriva, con un approccio orientato al fatto che prescindendo dalla norma), l'enunciato normativo al fine di riportarlo, fuoriuscendo dalle strettoie del testo legislativo, all'interno del contesto naturale del fatto.

Il secondo, parimenti noto, ma altrettanto complesso da perseguire, è il ricorso allo strumento della dichiarazione di incostituzionalità perché il Giudice delle leggi possa vagliare la legittimità della disposizione alla luce del canone di ragionevolezza.

Sul primo dei due rimedi di cui si è fatto cenno è possibile osservare che il monito al legislatore di procedere, al momento della codificazione, alla traduzione in norme dei fenomeni che osserva non equivale ad attribuire una speculare prerogativa al giudice il quale, invero, rimane pur sempre subordinato alla legge e non può non applicarla o applicarla – reinterpretandola – determinando un effetto in contrasto con quello reso palese da una piana lettura della disposizione. Se, pertanto, il legislatore erra nella qualificazione di una situazione giuridica (codificando un fatto all'interno di un determinato paradigma mentre, in realtà, questo possiede i connotati di una categoria differente) al giudice non può essere consentito di non tenere in considerazione la disposizione e giudicare deviando dalla sua *ratio legis*<sup>34</sup>. L'interpretazione pretoria fattualmente orientata non

---

essere disponibile «a farsi permeare da quanto avviene nel magma naturale sociale ed economico» in quanto, in caso contrario, «la visione ordinamentale ci presenta un osservatorio capovolto». V. anche N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 29 il quale esclude che nell'attuale quadro giuridico le categorie possano essere «il riflesso di un contesto sociale omogeneo».

<sup>34</sup> Cfr. G. ALPA, *Ars interpretandi e responsabilità sanitaria a seguito della nuova legge Bianco-Gelli*, in *Contr. e impr.*, 3/2017, 733 ammonisce che continuare a «fingere di non capire il significato del testo diventa una finzione non solo inutile, ma *contra legem*».

può costituire un valido rimedio laddove la norma abbia errato nella qualificazione del fatto, pena incorrere in una violazione o falsa applicazione della legge<sup>35</sup>.

La seconda via rimediale, invece, appare di più semplice giustificazione teorica e maggiormente coerente con il sistema istituzionale cui è improntato il nostro ordinamento, sebbene probabilmente sia difficilmente praticabile nel caso di specie.

Si può, ciò nonostante, provare a svolgere un tentativo.

La prima e più immediata criticità dell'art. 7, sotto il profilo del canone di ragionevolezza, è la previsione di un diverso regime di responsabilità a seconda che il medico – seppur sempre obbligato a conformare la sua attività alle medesime *leges artis* e ad impiegare la medesima diligenza e perizia nell'esecuzione della propria attività – abbia agito in esecuzione di un sinallagma contrattuale oppure no. La norma, indagata sotto tale angolo prospettico, non appare ragionevole in tanto in quanto è dubbio che vi sia una coerenza logica nell'aver previsto che il regime di responsabilità dell'esercente la professione sanitaria sia diversa a seconda del fatto che vi sia o meno un contratto. E ciò perché l'esistenza o meno di un accordo non muta la condotta del medico che viene modulata – in ragione della sua finalità di tutelare un bene costituzionalmente garantito qual è la salute – sempre e comunque, sulla base degli identici principi e delle identiche regole di comportamento<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> In senso contrario sembra essersi espresso Trib. Caltanissetta 1-7-2013, cit. il quale ha sostenuto la natura contrattuale della responsabilità medica sottolineando come sia «più corretto interpretare una norma in modo conforme ai principi regolatori della materia piuttosto che in modo difforme». I principi regolatori cui la sentenza si richiama sono «ragioni di carattere sostanziale essendo evidentemente diversa la situazione del medico che nell'esercizio della sua professione arreca un danno, rispetto a quella del passante che occasionalmente arreca un danno (...)». Cfr., però, M. BARCELLONA, *Su sistema e metodo (per una teoria giuridica sistemista)*, in *Riv. crit. del dir. priv.*, 1990, 109 il quale ricorda come i giudici non debbano «sentirsi chiamati ad una missione» in quanto «non gli si addice di costituirsi in potere normativo più o meno autonomo, anche perché così facendo si dimostrano solo guardiani un po' stupidi di chi rimane più potente di loro».

<sup>36</sup> In questi termini si esprimeva la citata Cass. 22-1-1999 n. 589 secondo cui la «pur confermata assenza di un contratto, e quindi di un obbligo di prestazione in capo al sanitario dipendente nei confronti del paziente, non è in grado di neutralizzare la professionalità (secondo determinati standard accertati dall'ordinamento su quel soggetto), che qualifica ab origine l'opera di quest'ultimo, e che si traduce in obblighi di comportamento nei confronti di chi su tale professionalità ha fatto affidamento, entrando in "contatto" con lui». Cfr. anche Trib. Avellino, 12-10-2017 secondo cui «gli aspetti pubblicistici che connotano l'attività medica non consentono di fare distinzioni tra l'ipotesi in cui il sanitario sia contrattualmente tenuto alla prestazione dell'attività medica direttamente verso il paziente

E allora, se quanto precede è vero, non appare ragionevole creare due classi di danneggiati e correlativamente due classi di danneggiati (con tutte le conseguenze in tema di prescrizione dell'azione risarcitoria e di onere della prova<sup>37</sup>) laddove il malgoverno delle regole che soprassedono all'esercizio della professione sanitaria deve essere valutato alla stregua di identici parametri.

Sotto altro e diverso piano, una seconda notazione critica riguarda il nuovo scenario che la nuova formulazione normativa potrebbe aprire anche oltre i confini della responsabilità medica.

Sembra possibile domandarsi, invero, se il riconoscimento normativo esplicito della natura extracontrattuale della responsabilità del medico dipendente possa indicare anche una volontà del legislatore volta ad arginare lo slittamento sul terreno contrattuale delle fattispecie risarcitorie<sup>38</sup>.

L'interrogativo riguarda la sorte di tutte quelle ipotesi che la giurisprudenza ha ricondotto nell'alveo della responsabilità contrattuale ritenendo ricorrente una relazione analoga a quella medico-paziente e, quindi, riconoscendo l'esistenza di un contatto sociale qualificato<sup>39</sup>.

In una diversa prospettiva, se il regime di responsabilità del medico dipendente è divenuto non contrattuale, nonostante l'esistenza di una

---

ovvero sia semplicemente alle dipendenze di una struttura sanitaria pubblica o privata». La sentenza, inoltre, si segnala perché affronta il tema della portata non retroattiva della riforma precisando che «a differenza di quanto previsto dalla precedente legge Balduzzi, l'applicazione della c.d. legge Gelli a fatti già verificatisi al momento della sua entrata in vigore inciderebbe negativamente sul fatto generatore del diritto alla prestazione, ledendo, così, ingiustificatamente il legittimo affidamento dei consociati in ordine al regime contrattuale della responsabilità del medico» con la conseguenza che «le fattispecie perfezionatesi in epoca antecedente all'entrata in vigore della riforma de qua dovranno continuare ad essere regolate dai principi del previgente quadro normativo e giurisprudenziale, sicché si dovrà applicare la normativa della responsabilità contrattuale anche al medico – a prescindere da un formale rapporto di dipendenza – in quanto fondata sulla ormai ben conosciuta teoria del contatto sociale».

<sup>37</sup> Cfr. A. BARBARISI, *L'onere della prova nella responsabilità sanitaria*, in *I Contratti*, 2/2017, 217 e ss. (ma, spec., 225) la quale svolge una approfondita analisi in ordine ai profili relativi alla prova liberatoria della struttura sanitaria e del medico alla luce del nuovo testo di legge.

<sup>38</sup> Cfr. BACHELET, *Il rapporto tra Asl e medico di base nel sistema riformato della responsabilità sanitaria*, cit., 807, il quale sottolinea che «l'analisi del formante sia legale sia giurisprudenziale fa emergere segnali inequivocabili di crisi del pancontrattualismo oggi dominante».

<sup>39</sup> Il riferimento è alla responsabilità dell'insegnante per il danno da autolesioni dell'allunno, della banca per il pagamento di un assegno circolare a soggetto non legittimato, della P.A. per inesatte informazioni fornite al cittadino, del mediatore per aver fornito un'informazione inesatta alle parti.

relazione tra medico e paziente, in termini generali, occorre domandarsi, se la responsabilità *ex* 2043 c.c. potrà ancora configurarsi come responsabilità del «passante» o sarà necessario ripensarla nel senso di riconoscerla anche laddove vi sia una previa relazione tra danneggiante e danneggiato<sup>40</sup>.

In termini ancor più generali ci si può chiedere, inoltre, se con una norma di tal fatta il legislatore abbia rifiutato la categoria del contatto sociale come fonte di obbligazione escludendo una compiuta rilevanza a quei «fatti idonei» di cui all'art. 1173 c.c.<sup>41</sup>

Tali interrogativi, cui solo il tempo darà risposta, sono però sintomatici della direzione che la postmodernità sta imprimendo al diritto il quale, invero, si presenta all'interprete sempre meno come sistema e sempre più come un quadro segmentato entro il quale si inscrivono – talvolta in modo irragionevole e talaltra senza comunicare tra loro – frammenti di disciplina.

---

<sup>40</sup> Cfr. M. BARCELLONA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale: dalle dogmatiche alle «rationes» dei rispettivi regimi*, *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, 335 e ss.

<sup>41</sup> In questa prospettiva è significativa la precisazione «*salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente*», come a voler sottolineare che non vi sia margine per contrarre obbligazioni al di fuori di quelle nascenti *ex contractu*. Occorrerà, quindi, verificare se «il legislatore della riforma ha inteso delegittimare, [solo] nel settore sanitario, un istituto dottrinale resistito in giurisprudenza per quasi vent'anni, pur nella diversità di vedute affermando la natura extracontrattuale della responsabilità del medico» (così BACHELET, *Il rapporto tra Asl e medico di base nel sistema riformato della responsabilità sanitaria*, cit., 807-808) oppure *tout court*.



## Elisangela Simon Caureo

### *Introduzione al dovere di verità e completezza nel processo civile*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Piccola storia della verità nel processo. – 3. Il dovere di verità e completezza. – 3.1. Il contenuto del dovere di verità. – 3.2. Il dovere di verità in Germania. – 3.3. Il dovere di verità in Germania nell'attualità. – 4. Ambito materiale di validità del dovere di verità. – 5. Limiti del dovere di verità. – 6. Conclusioni.

#### 1. *Introduzione*

L'attenzione al fenomeno dell'abuso del diritto di domanda e del diritto di difesa è stata sempre oggetto d'interesse da parte della dottrina giuridica. La dottrina contemporanea è tuttavia ostinata a far prevalere l'accesso alla giustizia e il diritto di difesa e ha preferito un'impostazione più flessibile riguardo alle condotte maliziose, in modo che solo quelle più evidenti diventano oggetto di sanzione.

Questa impostazione tollerante tuttavia ha effetti perversi tra i quali il rischio di bassa qualità dei provvedimenti provvisori, da una parte, e l'atteggiamento sfiduciato delle parti ausiliarie del giudice, dall'altra; e più specificamente si riflette sullo stesso giudice, anche lui sfiduciato verso le allegazioni delle parti. In tal senso, sarebbe necessario fare un esame del ruolo della fiducia nell'ambito del processo civile, aspetto che non sembra aver attratto, fino ad ora, forse nessuno studio di procedura civile.

Innanzitutto, bisogna tenere a mente che il processo è un dato storico influenzato dell'ideologia dominante nell'epoca in cui ha luogo. Sono vigenti nell'attualità diversi tipi di processo con differenze rilevanti di riti e modelli ideologici.

In questo lavoro si cerca di esaminare alcuni punti del “*Dovere di Verità e Completezza*”, in particolar modo quelli più importanti e che riguardano l'esistenza di un tale dovere e delle sue potenzialità, non solo come elemento etico, ma anche come elemento di cambiamento del modello di riferimento della condotta nel processo civile. L'obiettivo iniziale è quello di analizzare alcuni elementi del *dovere di verità* in Germania e in Italia.

## 2. *Piccola storia della verità nel processo*

È possibile giungere ad un modello processuale *standard* che garantisca il risultato di una decisione giusta e che risolva la controversia tra soggetti privati in un tempo adeguatamente proporzionale alla tempistica e al ritmo della vita umana? È possibile pervenire ad un modello neutro? Inoltre, ad un processo efficiente dal punto di vista dei suoi costi? A queste domande, fino ad oggi, non ci sono ancora risposte definitive.

Il processo, secondo Taruffo, è il risultato «di una pluralità di fattori che vanno dalle tradizioni giuridiche alle vicende storiche, dall'economia alla politica, alla morale e alla cultura. Questi fattori influiscono sul legislatore e anche sulla giurisprudenza e sulle teorie elaborate dalla dottrina processualistica»<sup>1</sup>.

Nell'ambito del processo si possono identificare tre percorsi ideologici generali: il processo adversariale (accusatorio) americano; il processo ispirato all'ideologia liberale classica dello Stato; in ultimo, il processo dello Stato sociale o *welfare*<sup>2</sup>.

Tra queste versioni del processo, quella che ha predominato nella dottrina processualistica dell'800 e che concretizza la concezione liberale classica dello Stato concepisce il processo come un fenomeno privato, il cui obiettivo è quello di risolvere la controversia e nel quale domina l'autonomia privata e la libertà.

La seconda versione, quella del processo adversariale americano, secondo Taruffo e Kagan<sup>3</sup> esclude «rigorosamente che esso debba o possa essere orientato verso l'accertamento della verità dei fatti che sono oggetto di decisione»<sup>4</sup>. Ciò che effettivamente importa è, infatti, la risoluzione della controversia; la verità materiale è irrilevante e, anzi, può essere anche controproducente la sua ricerca, in quanto può significare spreco di tempo e di denaro. Il processo, in questa versione, conduce alla verità processuale e soltanto a quella.

La terza e ultima versione del processo è nata, inoltre, con la crisi della concezione liberale della fine dell'800, coincidendo con l'affermarsi delle idee socialiste e della rivoluzione industriale. In questo periodo della storia, assolutamente effervescente e ricco di idee nuove, si era alla ricerca dell'organizzazione dello Stato e della società. Infatti, nel 1895 entra in vigore la *Zivilprozessordnung* austriaca. Su questa nuova versione del processo civile, Taruffo designa l'ideologia pubblicistica del processo.

Franz Klein, l'autore del nuovo codice austriaco, aveva una comprensione

---

<sup>1</sup> M. TARUFFO, *Ideologie e Teorie della Giustizia Civile*. Ideologia e teoria da *justiça*. in *Revista de Processo*, vol. 247/2015, 49 - 60. DTR\2015\13194, p. 2.

<sup>2</sup> Ivi, 3.

<sup>3</sup> R. KAGAN, *Adversarial Legalism. The American Way of Law*. Cambridge, Mass., 2002, 83.

<sup>4</sup> TARUFFO, *ult. op. cit.*, p. 4.

del processo influenzata dalle idee socialiste e intendeva il processo come un servizio dello Stato, il cui obiettivo era anche la giustizia sociale che cambia il processo, come conseguenza del cambiamento dell'idea di funzione dello Stato.

Le costituzioni democratiche entrate in vigore dopo la seconda guerra mondiale e in seguito alla caduta dei regimi autoritari enunciano le garanzie fondamentali del processo: l'indipendenza, l'imparzialità dei giudici, il diritto di difesa, il doppio grado di giurisdizione, il giudice naturale, la garanzia di tutela e l'obbligo di motivazione. Successivamente, il controllo di legittimità della legge dinanzi alla Costituzione e i principi fondamentali.

Il processo moderno, anche quello di matrice liberale, manifesta una certa convergenza riguardo ad alcuni elementi di valore, che implicano la presenza di elementi di natura pubblicistica: poteri più ampi di gestione del giudice (il nuovo processo inglese); etica e controllo dell'abuso del processo; la necessità di un processo efficiente e che equilibri le differenze del potere delle parti (consumo, dinamica della prova, azione collettive).

### 3. *Il dovere di verità e completezza*

Che significa, quindi, il dovere di lealtà e probità<sup>5</sup> nel codice di procedura italiano? Condotta leale e proba è un'espressione così vaga dal potersi trovare al suo interno il dovere di verità? «Non modificare la verità dei fatti»<sup>6</sup>.

In primo luogo, bisogna dire che la verità nel processo può rappresentare qualcosa di più ampio rispetto alla verità nella procedura civile. Se andiamo ad analizzare il processo penale in tre diverse nazioni, possiamo dire che il dovere di dire la verità è affrontato in due modi diversi. Infatti, il processo penale italiano<sup>7</sup> e quello brasiliano adottano una versione ampia del "*nemo tenetur se detegere*", cioè a dire il diritto di non collaborare alla propria condanna. Questi ordinamenti permettono all'imputato non soltanto di

<sup>5</sup> Art. 88 c.p.c.: «Le parti e i loro difensori hanno il dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità».

<sup>6</sup> Art. 80, II, CPC brasiliano del 2015.

<sup>7</sup> Nella procedura penale italiana, il diritto di difesa è, secondo il dettato dell'art. 24 Cost., inviolabile; ne discende che l'imputato ha il diritto di difendersi nel modo che ritiene più opportuno. Se l'imputato, al fine di resistere all'accusa che gli viene mossa, decide di effettuare una narrazione della sua condotta difforme dal vero, questo suo atteggiamento rientra a pieno titolo nel suo inviolabile diritto di difesa. Quindi, nel sistema giuridico penale italiano il reo ha le facoltà: di fare dichiarazioni spontanee, di rispondere o di avvalersi della facoltà di non rispondere. Il diritto di mentire rientra nel diritto di difesa ma presenta tuttavia dei limiti: a) il reato di calunnia se il mendacio dell'imputato coinvolge altre persone; b) La possibilità che esso non superi il vaglio dibattimentale e quindi si ritorca, strategicamente, contro l'imputato.

tacere ma anche di mentire, portando il diritto legale alla menzogna. Negli Stati Uniti, invece, l'imputato può tacere, ma non può mentire e anche in Inghilterra si può commettere spergiuro (giurare il falso).

La verità nel processo penale nelle nazioni di *civil Law* trova, pertanto, tutt'altra impostazione sulla possibilità di mentire. La menzogna più bassa e più contrastante rispetto a tutte le evidenze viene servita su un vassoio all'analisi del magistrato. I beni della vita tutelati nella procedura civile non sono, tuttavia, di scarsa importanza e non di rado influenzano la sopravvivenza e dignità dell'individuo.

E però il nostro tema non riguarda specificatamente il diritto penale, ma il processo civile. Qual è il ruolo della menzogna e della verità nel processo civile? Nel 1939, Guido Calogero affrontava questo tema domandandosi: *si può legittimamente mentire in giudizio? E si può essere leali mentendo?*<sup>8</sup>

Prima di essere oggetto della procedura civile, la verità ha rappresentato un problema centrale per la teologia e la filosofia. Nella filosofia la verità è stata discussa ampiamente e non vi è stata una risposta definitiva, piuttosto persiste il dibattito sul criterio di verità perché «Jedes Kriterium der Wahrheit musste seinerseits wahr sein und ist so infrage gestellt»<sup>9</sup>.

Platone, dal canto suo, ha sostenuto la fenomenologia denominata: “*Ontologischer Wahrheitsbegriff*”, la quale ha raggiunto un importante valore nel mondo filosofico: «er diene auch Heidegger als Grundlage seiner eigenen Lehre»<sup>10</sup> (è stato utile anche a Heidegger come fondamento del suo insegnamento). Secondo Platone la “*ontologischem Wahrheitsbegriff*” è la non-ascosità (non *aletheia*- fare bene la distinzione) (*die Unverborgenheit der Dinge*). *Demnach sei eine Aussage wahr, wenn sie das Seiende offenbare. Damit wurde die Wahrheit als eine Eigenschaft der Materie gedacht* (Un'asserzione è perciò vera, se rivela ciò che è. In questo senso, la verità è stata pensata come una proprietà della materia).

Per Aristotele, invece, la verità sarebbe “*adaequatio rei et intellectus*”, ovvero l'armonizzazione tra conoscenza e realtà, e non solo la corrispondenza tra l'asserzione e la realtà<sup>11</sup>.

La preoccupazione del processo per la verità (nel processo) attira

<sup>8</sup> M. GRADI, *Sincerità dei litiganti ed etica della narrazione nel processo civile*, in *Lo Sguardo – Rivista Di Filosofia*, (I) – Etica Della Responsabilità: Applicazioni E Problemi, n. 8, 2012, 95.

<sup>9</sup> Z. RENG, *Wahrheitspflicht und Kooperationsmaxime im Zivilprozess in Deutschland, Japan und China*. Saarbrücker Studien zum Privat – und Wirtschaftsrecht. (*Dovere di verità e principio della cooperazione nella procedura civile in Germania, Giappone e Cina*) Herausgegeben von Johann Paul bauer, Michael Martinek und Helmut Rüssmann, Frankfurt am Main, 2013, 40.

<sup>10</sup> *Ivi*, 41.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

l'attenzione dei processualisti del secolo XX con l'entrata in vigore del Codice austriaco del 1895. L'autore di questo codice è Klein.

Tuttavia, la menzogna nel processo non era una preoccupazione nuova.

Il divieto di menzogna (dichiarare il falso) nel processo (*Lügenverbot*) è stato una costante nel processo austriaco, di cui è esempio la codificazione *giuseppina* del 1781 che prevedeva una serie di conseguenze per la parte che avesse agito o resistito in giudizio «con manifesta ingiustizia o per mera petulanza»<sup>12</sup>. Previsioni con lo stesso contenuto si ritrovano nella *Westgalizische Gerichtsordnung* del 1797: Klein osserva «che in entrambe le Ordinanze si ritrova il divieto di menzogna nel processo e si riconosce il dovere di verità delle parti, al punto che il diritto processuale austriaco potrebbe rappresentare il modello di riferimento delle future riforme»<sup>13</sup>.

Carratta afferma che il cammino fino all'introduzione del dovere di verità e completezza prima dell'entrata in vigore del Z.P.O austriaco e poi nel tedesco inizia con la discussione riguardo al problema della menzogna nel processo e come prevenirla o sanzionarla. Secondo Carratta, il pensiero di Klein fu influenzato dall'idea che l'eccessiva durata del processo fosse anche una delle ricadute dell'abuso del processo e di un comportamento incorretto delle parti e dei loro difensori<sup>14</sup>.

Klein ha dedicato molta attenzione al processo civile inglese e agli strumenti di *discovery*, dai quali, insegna Carratta, scaturisce un generale dovere di informazione e di rivelazione (*disclosure*) di ciascuna parte nei confronti dell'altra e un severo apparato di sanzioni.

Le considerazioni sulla menzogna non sono una novità del suo pensiero. Del resto, l'introduzione di un dovere di verità, attraverso la trasformazione da un divieto di menzogna in un dovere di carattere positivo, non fa altro che rafforzare la sua idea di processo.

### 3.1. *Il contenuto del dovere di verità*

Il dovere di verità è stato previsto da numerosi ordinamenti stranieri, in particolare quello tedesco (§ 138 abs 1. ZPO), austriaco (§ 178 ZPO),

<sup>12</sup> A. CARRATA, *Dovere di verità e di completezza nel processo civile*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Fasc. 2-2014, 58.

<sup>13</sup> *Ibidem*

<sup>14</sup> Vedi A. CARRATA, *Funzione sociale e processo civile fra XX e XXI secolo*. Disp. in <<http://romatpress.uniroma3.it/ojs/index.php/funzione/article/view/506/503>> (ultimo accesso: 17 ottobre 2017). Il suo *Habilitationsschrift* del 1885 fu dedicato al problema «degli atti processuali di parte “colpevoli” 50 ed in esso ampio spazio veniva dedicato proprio al tema della menzogna nel processo (*Lüge im Prozesse*) ed alla storia delle sue sanzioni».

portoghese (art. 456 CPC), brasiliano (articoli 77, I e 80, II, CPC del 2015, art. 14, I, del codice del 1973). Questi codici presentano apposite disposizioni relative al comportamento delle parti riguardo alla narrazione processuale, determinando che essa non venga sviluppata cambiando la verità dei fatti.

Il codice di procedura italiano non ha una disposizione letterale del dovere di verità e la resistenza del legislatore<sup>15</sup> nel prevedere una norma con tale contenuto ha determinato la tendenza della maggior parte della dottrina processualistica a negare la presenza nell'ordinamento italiano di un tale dovere. A suffragio di questa argomentazione, vi sarebbero altre ragioni sufficienti a denegare l'esistenza di tale comando nel sistema italiano; ci si riferisce al carattere inquisitoriale delle conseguenze di un tal dovere, alla violazione del principio dispositivo, nonché alla possibile violazione del diritto di difesa.

Come dimostrato in modo esauriente da Carratta<sup>16</sup>, la previsione di un dovere di verità nella procedura civile tedesca o in altri paesi non ha apportato modifiche di carattere inquisitoriale e non ha sconvolto l'equilibrio del sistema accusatorio (*Verhandlungsmaxime*), né tantomeno (ha) stravolto il ruolo del giudice e delle parti.

Anche riguardo all'assenza di una disposizione letterale basta riconoscere che il dovere di verità è un dovere più ristretto rispetto al dovere di lealtà o di probità, e che quest'ultimo raggiunge tutte le violazioni di carattere etico e morale.

Sembra non ci siano argomenti che giustifichino il processo come un campo libero, nel quale domina la razionalità economica del massimo beneficio e minimo costo. Come nella condotta all'interno della società, il ruolo della fiducia può essere quello di ridurre costi, cioè, l'internalizzazione di determinate regole di condotta che possono stabilire un ambiente più favorevole al raggiungimento degli obiettivi del processo. La soluzione delle controversie non può fare a meno di un clima di fiducia, dove il ruolo del dovere di verità è fondamentale, nel senso di riconoscere l'ampiezza del dovere di lealtà. Occorre rilevare che non si può concepire l'osservanza di questo dovere permettendo alle parti di dire menzogne durante il processo. Questa era anche l'argomentazione di Chiovenda, per il quale essere leale implicava «non dire cosa consapevolmente contraria al vero»<sup>17</sup>.

È con simili ragionamenti che si giustifica l'ascrizione del dovere di

---

<sup>15</sup> Cfr. Progetto Salmi.

<sup>16</sup> CARRATTA, *Dovere di verità e di completezza nel processo civile*, cit., 40 ss.

<sup>17</sup> GRADI, *Sincerità dei litiganti ed etica della narrazione nel processo civile*, cit., 99.

verità delle parti alla redazione degli articoli 77, I e 80, II, del CPC brasiliano del 2015<sup>18</sup>.

In particolare, bisogna soffermarsi sugli aspetti riguardanti la natura logica della presenza di un dovere di verità e completezza, in armonia con altre categorie della procedura civile. In una procedura civile che deve velocizzarsi ed essere compatibile con il ritmo della modernità e che, pertanto, non può privarsi dei procedimenti di cognizione sommaria o di quelli sommari di cognizione piena e d'altro canto, non può accettare una burocratizzazione più intensa. Oggi più che mai, l'esercizio dell'attività giurisdizionale necessita della fiducia nelle parti, al fine di ridurre la burocrazia riguardo ad autenticazioni inutili e costose e per dare definitività ad ordinanze di carattere provvisorio o di anticipazione dell'esecuzione.

Il dovere di verità ha la finalità di ovviare all'esercizio abusivo del potere allegativo delle parti: questo è il meccanismo deontologico di correzione e controllo del potere di allegazione delle parti (*Beibringungsgrundsatz*). La fase introduttiva della domanda giudiziale determina il percorso della domanda e vincola l'attività di giurisdizione, ed è in questa fase che, in diversi sistemi giuridici, il giudice può anticipare i bisogni probatori e di tutela della domanda, in quanto può oltremodo determinare scelte come quella dell'art.183 *bis* del c.p.c. italiano.

Il dovere di verità è anche una specie di svolgimento del dovere di cooperazione; i comportamenti strategici non leali non si armonizzano con la cooperazione.

Donde, l'esigenza di un atteggiamento leale e veritiero, nel senso che le parti devono esercitare il potere di condurre i fatti in giudizio, senza distorcere questo potere per trarre in inganno la controparte o il giudice.

Gli oppositori del dovere di verità normalmente concepivano il dovere di verità come un dovere di verità oggettiva, cioè il dovere di narrazione dei fatti oggetto del processo nel modo come sono veramente accaduti nella realtà esterna. Questa però non è una concezione del dovere di verità in armonia con lo sviluppo della dottrina alla ricerca del tema.

Secondo quanto sostiene Carratta, il dovere di verità deve essere assimilato a un dovere di verità soggettiva o a un dovere di veridicità, in quanto si cerca più di combattere l'abuso del potere allegativo, il quale in

<sup>18</sup> Riguardo al dovere di verità nella procedura civile brasiliana del CPC/2015: Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade; Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que: II - alterar a verdade dos fatos; Art. 378. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

realtà è destinato a garantire la verità materiale. Pertanto non è necessario che la parte alleghi fatti della verità di cui ha la certezza, ma è sufficiente che li ritenga meramente probabili o possibili.

Nelle parole di Chiovenda<sup>19</sup>, la parte non può allegare in giudizio fatti che sa o dovrebbe sapere non veri, ovvero non può allegare fatti “campati in aria”, fatti consapevolmente non veri, fuori da qualsiasi ricostruzione fattuale<sup>20</sup>.

Bisogna rilevare che il dovere di verità è presente anche quando la parte è chiamata a prendere posizione riguardo alle allegazioni dell'altra parte (“onere di prendere posizione”), *Erklärungslast* sui fatti *ex adverso* allegati. È necessario che la parte non contesti fatti che sa essere veri.

Il dovere di verità delle parti è il dovere di dire la verità secondo la propria conoscenza dei fatti. La verità è la corrispondenza tra i fatti e la conoscenza che le persone hanno di questi fatti. In tal senso, il dovere di verità è il dovere di essere fedele alla conoscenza soggettiva dei fatti, per meglio dire lo stesso divieto di mentire nel processo.

In secondo luogo il dovere di verità materiale porta alla negazione dell'autonomia della parte e del principio dispositivo e a riconoscere il più ampio potere inquisitorio del giudice. In tal caso, la parte sarebbe un soggetto e un oggetto del processo.

Il dovere di verità consiste, dunque, nel divieto di dire menzogne, nel dovere di non affermare coscientemente il falso, sia in relazione ai fatti portati in giudizio per sé stesso, sia riguardo alle affermazioni della parte contraria.

Tuttavia, l'obbligo di verità non si conclude con l'ordine di non dire menzogne nel processo, ma determina anche il dovere di completezza (*Vollständigkeitspflicht*), cioè il dovere di fare una narrazione senza omettere elementi rilevanti per la decisione della causa e che possono essere a sé sfavorevoli.

Come insegna Marco Gradi: «Ciò sulla base della considerazione che «il silenzio, la reticenza, la riserva mentale equivarrebbero, praticamente e moralmente, alla menzogna», come risulta evidente, ad esempio, nell'ipotesi in cui la parte che richiede l'adempimento di un credito tralasci di riferire che il debito è stato pagato o rimesso»<sup>21</sup>.

Per la dottrina tedesca il dovere di completezza significa il divieto di mezza verità (*verbot der Halbwahrheit*)<sup>22</sup>. Le parti non devono tacere circostanze che

---

<sup>19</sup> CARRATTA, *Dovere di verità e di completezza nel processo civile*, cit., 72.

<sup>20</sup> *Ivi*, 73.

<sup>21</sup> GRADI, *Sincerità dei litiganti ed etica della narrazione nel processo civile*, cit., 108.

<sup>22</sup> «Aus dem Verhältnis zum Beibringungsgrundsatz und als Teil der Wahrheitspflicht ergibt sich, dass die Vollständigkeitspflicht vor allem ein verbot der Halbwahrheit ist: Es dürfen keine Tatsachen verschwiegen werden, die entscheidungserheblich sind. Der der Klage zugrunde liegende

sono decisive. Non si può e non si deve soltanto portare in giudizio fatti a sé favorevoli, perché ciò significherebbe violare il dovere di verità e falsificare i fatti.

Il divieto di non mentire termina nel momento in cui la parte, per non mentire, dovesse dichiarare fatti riguardo a sé disonorevoli o criminali. Si esclude, pertanto, che esso riguardi fatti la cui esposizione condurrebbe il dichiarante a una condotta disonorevole o al rischio di un'autoincriminazione penale.

L'adempimento del dovere di verità e completezza significa soltanto una pretesa della verità soggettiva o veridicità dei fatti e non una verità giudiziale o probatoria.

### 3.2. *Il dovere di verità in Germania*

Il codice tedesco del 1877 di matrice liberale non corrispondeva alla tradizione germanica, cioè non derivava né dalla tradizione romano-canonica, né tantomeno dal diritto germanico; era invece il risultato dell'influenza francese e della guerra contro la Francia (1870/71)<sup>23</sup>. In tale scenario, il principio accusatorio (*Verhandlungsmaxime*) era un elemento estraneo alla dogmatica tedesca. L'accettazione di un codice liberale era necessaria in una Germania dove si desiderava l'unità legale, quando l'unità territoriale era stata appena acquisita, e dove un codice di procedura civile nazionale era una necessità.

Un altro aspetto fondamentale fu la contrapposizione degli interessi tra giudici e avvocati. La lega germanica dei giudici (*Deutschen Richterbund*) aveva interesse nel dovere di verità come un modo di controllo del sistema accusatorio; gli avvocati invece erano intimoriti di fronte a questo possibile controllo<sup>24</sup>.

---

Sachverhalt muss redlich vorgetragen werden: keine Partei darf nur die ihr günstigen Tatsachen schildern und damit das Gesamtbild verfälschen. Die Vollständigkeitspflicht geht nur soweit, wie der Sachverhalt, der der Klage zugrunde liegt, auch betroffen ist. Umstände einen anderen Sachverhalt betreffend, sind nicht umfasst»: Dalla relazione con il principio accusatorio (adversarial) e come parte del dovere di verità ne risulta che il dovere di completezza è anzitutto un divieto di mezza verità: Nessun elemento decisivo deve essere omissso. L'oggetto della domanda deve essere presentato in modo chiaro: nessuna parte deve presentare soltanto gli elementi convenienti per se e di questo modo falsare il quadro generale. Il principio della completezza vale solo fintantoché è coinvolto l'oggetto della causa. Le circostanze riguardanti un altro oggetto non sono comprese.

C. ABELING, *Wahrheitspflicht im Zivilprozess*. Seminararbeit, Grin Verlag, Nordestedt, 2006, 5 s.

<sup>23</sup> RENG, *Wahrheitspflicht und Kooperationsmaxime im Zivilprozess in Deutschland, Japan und China*, cit., 42.

<sup>24</sup> «In praktischer Hinsicht waren die unterschiedlichen Standpunkte der Juristen, wie der Richter und Anwälte, zu beachten. Der Streit zwischen ihnen wurde durch den neu gegründeten Deutschen Richterbund am Anfang des 20. Jahrhunderts verstärkt, da dieser versuchte, den richterlichen Einfluss auf die Verhandlungsführung durch die Einführung der Wahrheitspflicht zu stärken. Im Gegensatz dazu fürchtete die Rechtsanwaltschaft die richterliche Wahrheitskontrolle durch die Einführung der Wahrheitspflicht. Ihre ablehnende Haltung

Nel 1924 le modifiche del ZPO rinforzarono l'allontanamento del liberalismo, come si legge nel prologo<sup>25</sup>:

«Eine volkstümliche Rechtspflege ist nur in einem Verfahren möglich, das dem Volke verständlich ist und einen ebenso sicher wie schleunig wirkenden Rechtsschutz verbürgt. Die Parteien und ihre Vertreter müssen sich bewusst sein, dass die Rechtspflege nicht nur ihnen, sondern zugleich und vornehmlich der Rechtssicherheit des Volksganzen dient. Keiner Partei kann gestattet werden, das Gericht durch unwahrheiten irrezuführen oder seine Arbeitskraft durch böswillige oder nachlässige Prozessverschleppung zu missbrauchen. Dem Rechtsschutz, auf den jeder Anrecht hat, entspricht die Pflicht, durch redliche und sorgfältige Prozessführung dem Richter die Findung des Rechts zu erleichtern. Aufgabe des Richters ist es, durch straffe Leitung des Verfahrens und in enger Fühlung mit den Parteien dahin zu wirken, dass jede Streitsache nach gründlicher Vorbereitung möglichst in einer einzigen Verhandlung aufgeklärt und entschieden wird. Er hat Verzugungen, die nicht sachlich dringend geboten sind, zu vermeiden und zu verhindern, dass ein Verfahren durch verspätetes Vorbringen verschleppt wird. Nur so gelangt man zu einem lebendigen Verfahren mit voller Mündlichkeit und Ummittelbarkeit, das dem Richter eine spätere Findung der Wahrheit ermöglicht und dessen Verlauf die Parteien mit Verständnis und Vertrauen folgen können»<sup>26</sup>.

---

führte dazu, dass eine ursprünglich vorgesehen Regelung aus der Prozessrechtsnovelle von 1909 wieder gestrichen wurde». *Ivi*, 43: Dal punto di vista pratico erano da considerare i punti di vista sia dei giuristi, che dei giudici e degli avvocati. La controversia tra loro è stata maggiormente regolata attraverso l'*asoziazione tedesca dei magistrati, fondata* all'inizio del 20. secolo, giacché questi cercavano di rinforzare l'influenza dei giudici nella conduzione del processo attraverso l'introduzione del *Dovere di Verità*. D'altro canto, l'avvocatura temeva il controllo giudiziale della verità per mezzo dell'introduzione del *dovere di verità*. Il loro atteggiamento negativo ha fatto sì che un regolamento originariamente previsto dalla modifica della procedura civile del 1909 fosse di nuovo cancellata.

<sup>25</sup> *Ivi*, 43.

<sup>26</sup> Traduzione: Una tutela popolare del diritto è soltanto possibile in un processo che è comprensibile al popolo e che garantisce una tutela del diritto sicura e che viene attuata celermente. Le parti e suoi rappresentanti devono essere coscienti del fatto che la tutela del diritto non serve soltanto a loro, ma anche e soprattutto alla sicurezza giuridica del popolo tutto. Nessuna parte è autorizzata a trarre in inganno il tribunale attraverso falsità o ad abusare della loro funzione intralciando il processo per mezzo di condotte di malafede o negligenti. Alla tutela giuridica, alla quale ognuno ha diritto, corrisponde il dovere di facilitare al giudice la ricerca del diritto attraverso una corretta e attenta conduzione del processo. È compito del giudice, per mezzo di una rigorosa direzione del processo e in stretto contatto con le parti, arrivare al risultato che ogni controversia venga possibilmente risolta in un'unica trattativa dopo una scrupolosa preparazione. I rinvii che non sono strettamente necessari sono da evitare. Come è da evitare che un processo venga ostacolato per via di un rallentamento del processo stesso. Soltanto così si

In tale scenario venne introdotto il dovere di verità nel progetto del ZPO nel 1931. L'obiettivo era chiaramente quello di arginare la disseminata menzogna processuale<sup>27</sup>, anche se non si ritenne di introdurre concrete sanzioni. Nel 1933 l'emendamento ha mantenuto l'essenza della regola del progetto del 1931.

### 3.3. *Il dovere di verità in Germania nell'attualità*

Il § 138 abs. 1 ZPO prevede l'obbligo delle parti: (1) *Die Parteien haben ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß abzugeben.*

Questa norma è stata introdotta quasi 50 anni dopo che il principio dispositivo e il ZPO del 1877 erano entrati in vigore. Successivamente a questo momento, la discussione riguardante il dovere di verità è sottoposta all'attenzione della giurisprudenza, al significato e al campo di validità, ai limiti in rapporto con altre norme del ZPO e alle conseguenze della sua violazione e inquadramento<sup>28</sup>.

Secondo l'espressione letterale, il legislatore avrebbe fatto una distinzione tra Completezza e Verità. La dottrina maggioritaria, però, ritiene che la completezza integra il dovere di verità ed esige che le parti portino i punti essenziali dell'oggetto litigioso: «il dovere di completezza viene considerato una parte necessaria/imprescindibile/a cui non può far di meno il dovere di verità, quindi una presentazione incompleta delle circostanze di fatto può essere così profondamente non vere come una falsa presentazione dello stato di cose oggetto della lite»<sup>29</sup>.

Una mezza verità è una totale inverità. Una presentazione incompleta della lite può essere profondamente falsa e non vera. L'aspetto della completezza raggiunge le sfere più alte di valore nel campo dell'etica processuale.

Ci sono anche coloro che sostengono che il dovere di verità riguarda anche le manifestazioni relative al diritto, l'argomentazione giuridica che non può

---

raggiunge un processo vivo con piena oralità e immediatezza, che permette al giudice la ricerca della verità e il quale le parti possono seguire con comprensione e fiducia.

<sup>27</sup> *Ivi*, 44.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> «Die Vollständigkeitspflicht wird als ein erforderlicher Bestandteil der Wahrheitspflicht betrachtet, denn ein bloss unvollständig dargestellter Sachverhalt kann ebenso schief und unwahr sein wie eine falsche Sachverhaltschilderung: Die halbe Wahrheit ist die ganze Unwahrheit»; traduzione: Il dovere di completezza viene considerato come una parte necessaria del dovere di verità, giacché una descrizione anche solo incompleta dell'oggetto della domanda può essere comunque traviata e non vera come una descrizione falsa dell'oggetto. Una mezza verità è una non verità completa. RENG, *ult. op. cit.*, 45.

essere oggetto di un'esposizione contorta, falsata, distorta, travisata<sup>30</sup>.

I difensori avrebbero in tal senso l'obbligo di non distorcere la situazione giuridica, nemmeno quando vogliono raggiungere gli obiettivi delle parti al fine di far incidere una norma speciale. Tale estensione, però, non è riconosciuta dalla dottrina maggioritaria. Nei termini del testo del § 138 Abs.1 ZPO, il dovere di verità nel limite delle circostanze di fatto<sup>31</sup>, il dovere di verità riguarda fatti del passato, temporaneamente limitati o eventi precisi nel tempo, situazioni, relazioni o caratteristiche che appartengono ad una percezione del mondo interna ed esterna.

È vero, però, che gli oppositori di questa tesi ritengono che il giudice non sia vincolato dalle manifestazioni giuridiche delle parti, nei termini dello "*iura novit curia*", e che pertanto il contenuto delle manifestazioni giuridiche non sarebbe sottomesso al dovere di verità<sup>32</sup>.

La dottrina maggioritaria sostiene che il dovere di verità non si applica alle manifestazioni giuridiche e non determina anche un dovere di verificare la verità dell'informazione dei fatti che la parte porta in giudizio.

#### 4. *Ambito materiale di validità del dovere di verità*

La norma del § 138 Abs. 1 ZPO obbliga non solo le parti e i suoi rappresentanti legali, ma anche i mandatari e soggetti intervenuti. Non solo nei confronti della parte opposta, ma anche del giudice.

#### 5. *Limiti del dovere di verità*

Dopo aver definito il contenuto del dovere di verità e poste in comparazione le esperienze di realtà giuridiche diverse, è utile soffermarsi sulla

---

<sup>30</sup> *Ibidem*.

<sup>31</sup> RENG, *Wahrheitspflicht und Kooperationsmaxime im Zivilprozess in Deutschland, Japan und China*, cit., 45: «Nach der Fassung des. beschränkt sich die Wahrheitspflicht ausdrücklich auf die Erklärung über die tatsächlichen Umstände. Eine Ansicht besagt, dass die Anforderung der Wahrheitspflicht auch die Rechtsausführungen umfasse. Zumindest sei der Anwalt verpflichtet, die Rechtslage nicht bewusst zu verdrehen und die Interessen seiner Partei nur im vertretbaren juristischen Rahmen zu verfolgen». Traduzione: Secondo quanto detto antecedentemente il dovere di verità si limita espressamente al chiarimento delle circostanze oggettive. Secondo un parere le esigenze del dovere di verità comprendono anche le manifestazioni giuridiche. Per lo meno, l'avvocato è obbligato a non alterare coscientemente la situazione giuridica e a perseguire gli interessi della parte soltanto in una ragionevole cornice giuridica.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

questione più importante del tema: i limiti del dovere di verità. Qual è l'ambito vincolativo del dovere di verità?

Quali strumenti sono a disposizione del giudice per trovare la verità dei fatti che non sia per mezzo delle parti?

I difensori del dovere di verità sostengono che le parti devono esporre in giudizio solo circostanze obiettivamente vere o delle cui verità le parti sono convinte. Per taluna parte della dottrina, il dovere di verità viene violato benché le parti non ricerchino la verità materiale dei fatti della causa. Insieme al dovere di verità si aggiunge, dunque, un dovere delle parti di "*gewissenhaften Wahrheitsermittlung*", cioè di una diligente, scrupolosa e attenta supervisione della verità<sup>33</sup>.

Le parti avrebbero così il dovere di verificare la correttezza delle informazioni che portano in giudizio. In tal modo, dal dovere di verità si otterrebbe il dovere di minima cura nella ricerca pre-processuale della verità. D'altra parte, però, ha ampio consenso l'idea che il dovere di verità non ha come obiettivo quello di togliere l'onere in capo ai tribunali, attraverso il dovere di investigare la verità della prova prima del processo. Il processo serve a trovare la verità obiettiva<sup>34</sup>.

L'opinione dominante in Germania è che il dovere di verità riguarda solamente la verità soggettiva e non obiettiva. Soltanto la menzogna cosciente è vietata. Per la dottrina tedesca questa interpretazione è sostenuta dall'analisi logico- sistematica e teleologica. La sua dottrina maggioritaria sostiene, in definitiva, che il dovere di verità non deve essere applicata alle manifestazioni giuridiche e non determina anche un dovere di verificare la verità dell'informazione dei fatti che la parte porta in giudizio.

## 6. Conclusioni

1. L'obbligo di lealtà e di probità non può far a meno del dovere di verità;
2. Il dovere di verità riguarda la verità soggettiva, perciò è più un

<sup>33</sup> *Ivi*, p. 47.

<sup>34</sup> «Die Wahrheitspflicht bezwecke keine Entlastung des Gerichts durch die Wahrheitsermittlung der Parteien vor dem Prozess; vielmehr solle gerade der Prozess der objektiven Wahrheitsfindung dienen. Deswegen sei es erlaubt, dass jede Partei trotz eigener Zweifel an der Wahrheit der Tatsachen diese Behauptung aufstelle. Eine Art antizipierter Beweisaufnahme wird den Parteien nicht zugemutet». Traduzione: Il dovere di verità non ha la finalità di alleggerire il lavoro del tribunale attraverso la ricerca della verità delle parti coinvolte prima del processo; piuttosto servirebbe alla ricerca della verità oggettiva del processo. Per questo sarebbe permesso che ogni parte esprima la propria argomentazione nonostante i propri dubbi riguardo alla verità dei fatti.

- dovere di veridicità, cioè, corrispondente alla conoscenza individuale dei fatti;
3. Tale dovere riguarda gli aspetti fattuali del processo e non le manifestazioni giuridiche delle parti;
  4. Il dovere di verità non significa onere di verificare la verità degli elementi probatori portati in giudizio;
  5. Il processo come spazio della cooperazione richiede, anzitutto, che si stabilisca come spazio di fiducia e la fiducia è una conseguenza del dovere di verità;
  6. Il processo come gioco: il miglioramento della razionalità del processo, l'internalizzazione di regole etiche più elevate implica un altro modello di razionalità strategica delle parti e del giudice nel processo.
  7. Sembrano non trovarsi argomenti che giustifichino il processo come un campo libero dove domina la razionalità economica del massimo beneficio e del minimo costo. Come nella condotta in società, il ruolo della fiducia può essere quello di determinare una riduzione dei costi. Cioè, l'internalizzazione di determinate regole di condotta può stabilire un ambiente più favorevole al raggiungimento dei fini del processo. La soluzione delle controversie non può fare meno ad un ambiente di fiducia, dove il ruolo del dovere di verità è fondamentale.
  8. L'aspetto della pos-modernità: una delle tendenze attuali nella procedura civile è la riduzione della predeterminazione dei riti, della quale è esempio la procedura civile inglese, essendo evidente lo sforzo di intensificare e di amplificare i poteri del giudice, nel senso che lui può adattare il rito alla natura della lite. Quindi si può verificare la potenzialità normativa del dovere di verità come strumento di efficienza del processo, di ottimizzazione degli atti del processo e, di conseguenza, di ampiezza dei poteri del giudice, specialmente per mezzo del dovere di completezza, aspetto che si armonizza con il ruolo dei principi come fonte di una normatività interessata nella efficienza della procedura civile.

Gaetanino Rajani

*Successione mortis causa nel clima postmoderno*

La condizione di post-modernità, in cui vive e si atteggia il diritto nel suo complesso, sembra esigere un atteggiamento disincantato rispetto alle “grandi narrazioni” che hanno caratterizzato il secolo scorso. Anche il diritto civile – e, in particolare, quello successorio – pare risentire delle conseguenze prodottesi, nel corso di questi ultimi tre decenni, nel tessuto sociale e culturale. All’orizzonte sembra stagliarsi, invero, una spiccata sensibilità per la tutela della libertà ed autonomia decisionale del singolo individuo, in parziale controtendenza con gli esiti solidaristici del recente passato<sup>1</sup>.

Ad ogni buon conto, e compiendo un passo all’indietro, occorre interrogarsi sul significato attribuibile all’aggettivo “postmoderno” con riferimento alla successione a causa di morte. Nonostante questa sia generalmente considerata come il portato storico della tradizione giuridica romanistica, occorre riconoscere i segni tangibili di un cambiamento che – originatosi nell’alveo del Codice del ’42 – ha trovato il suo catalizzatore nella storica riforma del diritto di famiglia del 1975, sino agli esiti non ancora pienamente compiuti, correlati alle recenti riforme in materia di filiazione e coppie di fatto<sup>2</sup>.

Senza contare il peso specifico che, nel processo storico testé delineato, ha assunto ed assume tutt’oggi il diritto europeo. La natura cogente delle norme transnazionali ha comportato, infatti, una complessiva riconsiderazione delle categorie del diritto civile, come peraltro lucidamente evidenziato in dottrina<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> In ordine al necessario recupero dei principi fondamentali del diritto, primo fra tutti quello solidaristico, cfr. S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, 8 ss. L’A. precisa, in particolare, come la portata nichilista della post-modernità conduce alla valutazione dei principi sotto il profilo meramente “procedurale”, aggiungendo che si tratta di «una falsa rappresentazione, davvero una ideologia, che tuttavia rivela l’esistenza di un conflitto profondo, che riguarda il modo stesso in cui la società deve trovare i propri fondamenti».

<sup>2</sup> Cfr. art. 1, commi 1, 2 e 36 della Legge 20 maggio 2016, n. 76 (“Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze”). In dottrina, C.M. BIANCA, *Diritto civile, 2, La famiglia*, Milano, 2014; G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, Torino, 2016.

<sup>3</sup> N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013.

In questo quadro di mutamenti epocali si inserisce a pieno titolo il Regolamento U.E. 4 luglio 2012, n. 650, entrato in vigore il 17 agosto 2015 ed avente ad oggetto – per quanto qui d’interesse – i criteri per determinare la competenza nonché la legge applicabile in materia di successioni a causa di morte, in special modo nei rapporti transfrontalieri. Esso si caratterizza per il consueto sforzo in chiave di armonizzazione e uniformazione degli ordinamenti degli Stati membri, cui fa da contraltare il richiamo ad istituti “alieni” o espressamente vietati nel nostro ordinamento, quali ad esempio i patti o contratti successori, comunque denominati.

L’intervento del legislatore europeo, auspicato sin dalle riunioni del Consiglio europeo nell’ambito del “Programma di Stoccolma” (2009), mira al riconoscimento della libertà di circolazione delle persone e dei servizi giuridici, anche in ambito successorio, come espressamente dichiarato nel documento programmatico<sup>4</sup>.

Ma vi è di più. La motivazione del provvedimento legislativo si spinge ad affermare con decisione la necessità di consentire ai cittadini europei di «poter organizzare in anticipo la propria successione»<sup>5</sup>. Il che fatalmente finisce proprio per intersecarsi con la tematica inerente ai limiti legali all’autonomia privata. Al riguardo, si contendono il campo le opposte esigenze, per un verso, di assicurare un effettivo grado di certezza per le attribuzioni realizzate “in conto anticipata successione” e, per altro verso, di conservare il massimo grado di libertà del soggetto disponente, nonché futuro *de cuius*.

Basti pensare alla definizione stessa di testamento, offerta dall’art. 587 c.c., quale negozio connotato dal requisito della revocabilità, in omaggio al principio di libertà e autodeterminazione del testatore, che permea l’intera disciplina codicistica. La disposizione qualificativa è da considerarsi, pertanto, di stretto ordine pubblico e come tale inderogabile<sup>6</sup>. Un diverso ragionamento comporterebbe, invero, il riconoscimento di una delazione *ex contractu* - proprio in

<sup>4</sup> Cfr. Atto 2010/C-115/01 del Consiglio europeo (c.d. Programma di Stoccolma – “Un’Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini”) ove si precisa che l’ordinamento europeo «(...) dovrebbe inoltre estendere il riconoscimento reciproco a materie non ancora contemplate che tuttavia rivestono un ruolo centrale nella vita di tutti i giorni, quali successioni e testamenti, regimi patrimoniali tra coniugi e conseguenze patrimoniali delle separazioni, tenendo conto nel contempo degli ordinamenti giuridici degli Stati membri, tra cui l’ordine pubblico, e delle tradizioni nazionali in questo settore».

<sup>5</sup> Così testualmente si esprime il “considerando” (7) del Regolamento (UE) n. 650/2012.

<sup>6</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2, *La famiglia. Le successioni*, Milano, 2015; L. FERRI, *Successioni in generale*, Art. 456-511, in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1997. Nel senso che l’art. 679 c.c. costituisca un’esplicita conferma del principio di revocabilità del negozio testamentario, M. TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, Art. 587-712, *ibidem*. In giurisprudenza, Trib. Napoli 24 giugno 1972 e Cass. 14 luglio 1983, n. 4827.

ragione della tendenziale irretrattabilità del programma contrattuale, fatte salve le ipotesi di risoluzione per mutuo dissenso e di recesso/revoca (cfr. art. 1373 c.c.) – in difformità rispetto al principio di tassatività delle fonti regolatrici della successione a causa di morte, di cui all'art. 457, comma 1 c.c. Tuttavia, posto che al testatore è consentito di incidere sensibilmente per via unilaterale nella sfera giuridica del terzo, appare lecito domandarsi se il testamento conservi la portata unilaterale che gli è propria, oppure esso abbia oramai acquisito un *quid novi*, tale da assimilarlo al contratto in senso stretto<sup>7</sup>. Con l'ulteriore ricaduta di considerare persino superabile il meccanismo su cui è imperniata la monolitica dicotomia tra caducità testamentaria e stabilità contrattuale.

Ma è proprio indossando le lenti dell'analisi comparatistica che si disvelano gli aspetti maggiormente forieri di criticità. È appena il caso di rilevare, infatti, una sempre più evidente discordanza legislativa tra il piano interno e quello europeo. Mentre il primo, infatti, si uniforma al tradizionale disvalore attribuito alla delazione pattizia, trasfuso nel divieto di cui all'art. 458 c.c., il secondo – permeato di sensibilità giuridiche eterogenee, di stampo sia romanistico<sup>8</sup> che germanistico<sup>9</sup> – giocoforza ne

<sup>7</sup> Il riferimento *ex multis* è al c.d. legato di debito "improprio" (o *datio in solutum* testamentaria), mediante il quale il testatore-debitore procede a sostituire l'oggetto della prestazione, a tacitazione delle pretese creditorie, facendo leva su di una lettura *a contrario* dell'art. 659 c.c. La dottrina (cfr. BIANCA, *Diritto civile*, 2, *La famiglia. Le successioni*, cit.; G. CARAMAZZA, *Delle successioni testamentarie*, in *Comm. teorico-pratico al cod. civ.* diretto da DE MARTINO, Novara, 1982) e la giurisprudenza (cfr. Cass. 2 febbraio 1990, n. 706 e Cass. 12 luglio 2001, n. 9467) ne ammettono la validità, seppure recuperando la necessaria bilateralità dell'istituto, di cui all'art. 1197 c.c., alternativamente mediante l'accettazione espressa del legato ovvero la mancata rinuncia dello stesso. Quale che sia l'*iter* argomentativo prescelto, non sembra del tutto peregrino affermare che, in nome dell'autonomia testamentaria, il negozio *mortis causa* finisca per essere impiegato alla stregua (e per finalità proprie) di un contratto, tendendo ad un risultato di sostanziale definitività ed irrevocabilità dell'assetto patrimoniale considerato.

<sup>8</sup> L'ordinamento francese, affine alla cultura e tradizione romanistica, pur condividendo il generale divieto di patti successori (artt. 722 e 1130, comma 2 del *Code Civil*), ha recepito talune istanze di rinnovamento mediante l'approvazione della Legge 23 giugno 2006, n. 2006-728. Le novità di maggior rilievo si concentrano sulla facoltà di rinuncia in vita del *de cuius* all'azione di riduzione, nonché sulle *libéralites-partages* in funzione acceleratoria della liquidazione del patrimonio ereditario.

<sup>9</sup> Com'è noto, il Codice civile tedesco (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) disciplina ai §§ 1941 e 2274 ss. l'istituto del patto successorio (*Erbverträge*), in special modo del patto cd. istitutivo, consistente nella istituzione di erede, nella disposizione di legati ovvero nella imposizione di oneri. Si tratta di un negozio giuridico afferente al *genus* del "contratto successorio", che si pone sul piano di alternatività rispetto al testamento, necessitando per la sua modifica (o revoca) del consenso di tutti i contraenti, beneficiari inclusi. *Amplius* in dottrina A. ZOPPINI, *Il patto di famiglia. Linee per la riforma dei patti sulle successioni*

accoglie esplicitamente forme, contenuti ed ambito applicativo.

Volendo, pertanto, focalizzare l'attenzione sull'anticipazione dell'assetto successorio, il nostro ordinamento si limita a consentire il ricorso alla donazione diretta, oltre che alle liberalità non donative, quale precipuo strumento di pianificazione per il *de cuius*. Liberalità o testamento: *tertium non datur*. In realtà, una decisa apertura in senso innovativo si è già manifestata con l'introduzione dell'istituto del patto di famiglia, mediante il quale l'imprenditore può pianificare il c.d. passaggio generazionale nella conduzione dell'impresa, connotato da un ragionevole livello di stabilità. In espressa deroga al divieto di patti successori, infatti, si attribuisce piena efficacia al contratto che veda la partecipazione necessaria di tutti i legittimari esistenti al momento della stipulazione – secondo il noto schema della *fiction iuris* – neutralizzandone la legittimazione attiva ad esperire l'azione di riduzione, in caso di lesione della quota di riserva<sup>10</sup>.

Sebbene l'istituto in oggetto abbia trovato una scarsa diffusione sul versante applicativo, occorre disvelarne una decisa portata innovatrice. In uno dei rari casi d'intervento in questo ambito, infatti, il legislatore italiano sembra essersi posto l'ambizioso traguardo di colmare il vuoto di effettività che affligge il principio di autonomia privata, frustrato com'è dalle rigide maglie della successione necessaria. Tuttavia, se la principale motivazione addotta a sostegno del divieto di patti successori si incardina sull'imprescindibile revocabilità e caducità del negozio *mortis causa*, l'esigenza avvertita dagli operatori del diritto consiste non solo (e non tanto) nel dare attuazione all'art. 1322 c.c., quanto piuttosto nel forgiare un programma successorio stabile e tendenzialmente definitivo, con l'auspicabile condivisione dello stesso da parte dei legittimari<sup>11</sup>. Per tale via, infatti, si

*future*, in *Riv. dir. priv.*, 1998.

<sup>10</sup> L'istituto del patto di famiglia è frutto dell'introduzione della Legge 14 febbraio 2006, n. 55, che ha inserito nel Titolo V del Libro II del Codice Civile un nuovo Capo V-bis ("Del patto di famiglia"). Il legislatore si è preoccupato di plasmare una sorta di anticipazione successoria a titolo particolare, avente per oggetto l'azienda (o il ramo di essa) e le partecipazioni sociali, purché di maggioranza. Cfr. in dottrina G. AMADIO, *Profili funzionali del patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007; G. BONILINI, *Patto di famiglia e diritto delle successioni mortis causa*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2007; N. DI MAURO, E. MINERVINI e V. VERDICCHIO, *Il patto di famiglia. Commentario alla legge 14 febbraio 2006, n. 55*, a cura di E. MINERVINI, Milano, 2006; A. ZOPPINI, *Profili sistematici della successione "anticipata" (note sul patto di famiglia)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007.

<sup>11</sup> Come risulta dalla Relazione alla proposta di legge di introduzione dell'istituto in parola, la scelta legislativa è nel senso di mitigare la rigidità dell'ordinamento in materia di divieto di patti successori, coniugando la tutela dei legittimari con quella del diritto di iniziativa economica privata, di cui all'art. 41 della Costituzione. In particolare, ampio risalto viene dato alle peculiarità della realtà imprenditoriale italiana, la cui ossatura è rappresentata dalle

avrebbe un dispiegamento dell'autonomia privata in forma di auto-vincolo del disponente a fini d'irrevocabilità. In altri termini, per effetto delle pattuizioni (aventi natura istitutiva, dispositiva o rinunciativa), si potrebbe delineare una forma di godimento fruibile in maniera sicura *ante e post mortem*, con evidenti benefici per la collettività in sede di circolazione e di certezza dei traffici giuridici.

Soffermandoci, invece, sul versante europeo, il Regolamento offre alcuni spunti di riflessione, che tratteggiano un modello di successione *mortis causa* per così dire "ibrido", inevitabilmente foriero di criticità.

A tale riguardo, assumono particolare rilevanza le disposizioni seguenti.

In primo luogo, il "considerando" (50) appare la diretta emanazione del principio di tutela dei legittimari; esso propugna la compatibilità della legge regolatrice del patto successorio con l'esigenza di non pregiudicare le ragioni dei successibili. L'articolo 3, inoltre, contiene una definizione (a-technica e riduttiva) di patto successorio, afferente, peraltro, ad una nozione di "disposizione a causa di morte" secondo un'accezione semantica lata e dogmaticamente discutibile.

Gli articoli 21-22, autentico "cuore" dell'intervento normativo, disciplinano i criteri generali di determinazione della *lex successionis*, fondati alternativamente sulla residenza abituale (o sulla eccezionale prossimità con altro Stato membro) ovvero sulla cittadinanza del *de cuius* al momento della morte, previa scelta espressa in tal senso.

Infine, nell'articolo 25 del Regolamento - volendo considerare unitariamente il patto successorio nella duplice veste unisoggettiva e plurisoggettiva - si delinea una *fictio iuris* secondo la quale occorre riferirsi alla legge applicabile al (futuro) *de cuius* e contraente, vigente al momento della stipulazione del contratto successorio. In conformità al disposto dell'art. 21, pertanto, salvo diversa previsione, la legge applicabile è quella dello Stato membro in cui il contraente, della cui successione si tratta, ha fissato la sua residenza abituale.

Alla luce del quadro tracciato, appare evidente che la questione si concentri sulla tenuta del divieto di patti successori - oramai al capolinea - le sue difese sembrano ormai relegate ad una formale Linea Maginot. Soprattutto alla luce dell'impianto complessivo dettato dal Regolamento U.E., appare ben possibile (e probabile) un aggiramento del disposto codicistico interno mediante un preventivo e strumentale spostamento

---

piccole e medie imprese, dotate di assetti proprietari e *governance* a conduzione familiare. Ne consegue l'esigenza di agevolare il c.d. passaggio generazionale, evento questo particolarmente complesso, atteso che solamente una scarsa quota delle imprese familiari (stimata in 5-15%, secondo la Commissione Europea) sopravvive alla terza generazione.

della residenza (seppur abituale) da parte del *de cuius*, al fine di sottoporre la propria successione alla legge di un Paese membro che ammetta senza riserve la delazione pattizia. Senza contare l'intervento legislativo in materia di patto di famiglia che, sebbene rivesta una natura ed una portata alquanto contrastate, innegabilmente ha finito per vulnerare l'impianto disegnato dal legislatore del '42.

In particolare, il quesito centrale e preliminare rispetto alla mera caducazione dell'art. 458 c.c. riguarda la tutela dei legittimari, la quale finisce obiettivamente per scontare il mutamento radicale nella concezione dell'istituto familiare, non solo in ragione della c.d. nuclearizzazione dei suoi componenti tradizionali, bensì anche in relazione alle recenti riforme in materia di coppie omosessuali e di fatto. Trattasi, peraltro, di un tema correlato all'ineludibile scontro-confronto tra opposte esigenze, costituzionalmente orientate: da un lato, la valorizzazione dei rapporti inter-familiari (estesa anche alle nuove forme di famiglia) – donde la giustificazione della quota di riserva – e, dall'altro lato, una più snella circolazione dei beni - attinente ai rapporti sociali ed economici extra-familiari - cui si collega la legittima aspirazione, avvertita nella prassi, alla predisposizione di un assetto successorio contrattuale e tendenzialmente stabile.

A fare da sfondo al quadro magmatico appena delineato si situa la condizione esistenziale postmoderna, che nella società italiana più che altrove, appare permeata da una dialettica confusa e frammentata, in bilico tra conservazione dell'essere e tensione al "dover essere". La presa di coscienza, da parte dell'ordinamento positivo, dei cambiamenti in atto nella società – di cui il Regolamento europeo suddetto costituisce una chiave di lettura – può di certo condurre alla sistemazione logico-razionale dei tradizionali istituti della famiglia e della successione a causa di morte. Con l'effetto di stemperare lo straniamento dovuto alla "fine delle grandi narrazioni" novecentesche, e così scrivendo una pagina nuova nella storia dei diritti sociali e individuali.

## II. IL PUNTO DI VISTA DEL PUBBLICISTA



Francesco Rimoli

*Postmodernità e diritto: appunti per uno studio introduttivo*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La postmodernità come problema storico-categoriale. – 3. Dal postmoderno estetico al postmoderno giuridico. – 4. Diritto, postmodernità e pluralismo. Il ruolo dell'interprete. – 5. Conclusioni.

1. *Premessa*

Il tema del nostro seminario è tanto attuale e suggestivo quanto ampio e complesso: senza alcuna pretesa di esaurirne i molteplici profili, tenterò soltanto una brevissima sintesi del punto di vista da cui il costituzionalista – ma direi piuttosto il giurista *tout court* – può leggere questo fenomeno, sebbene sia molto difficile, in questo caso più che in altri, scindere i modi di osservazione secondo partizioni settoriali: l'interdisciplinarietà è in questo caso, più che un'opzione analitica, una necessità.

Usando una distinzione posta da Fredric Jameson<sup>1</sup>, autorevole semiologo statunitense, la *postmodernità*, intesa come contingenza storica, si traduce in un *postmodernismo* inteso come corrente culturale, filosofica, artistica, e solo in termini assai mediati giuridica, anzitutto tramite un profilo epistemologico, legato alla consistenza identitaria dell'Io e all'auto-comprensione della propria collocazione individuale e collettiva entro un contesto caratterizzato da estrema mutevolezza e complessità.

In verità, il dibattito sul postmodernismo ha trovato la sua acme negli anni Novanta del secolo scorso, e ha riguardato soprattutto fenomeni del decennio precedente<sup>2</sup> oggi, dopo il 2001 e la crisi del 2007-8, il clima è cambiato, e il tema appare un po' accantonato, e addirittura c'è chi, criticando la stessa legittimità storica della categoria del postmoderno, ne decreta comunque la fine, con il conseguente avvento di una nuova fase «neomoderna»<sup>3</sup>. Nondimeno, se

<sup>1</sup> F. JAMESON, *Postmoderno. Ovvero la logica culturale del tardo capitalismo* (1991), tr.it., Roma, 2007 (per le citazioni nel testo si è usata l'edizione e-book del volume).

<sup>2</sup> Si veda l'analisi di R. INGLEHART, *La società postmoderna. Mutamento, ideologie e valori in 43 paesi* (1996), tr.it., Roma, 1998.

<sup>3</sup> R. MORDACCI, *La condizione neomoderna*, Torino, 2017 ; un quadro riassuntivo del post-moderno è ora dato da E. FRANZINI, *Moderno e postmoderno. Un bilancio*, Milano, 2018.

concepito non come una fase di transizione o una moda, ma come espressione di un assetto sociale (il tardo capitalismo), il postmoderno, sebbene variamente interpretato per l'ovvia difficoltà di ogni osservatore di leggere la propria contemporaneità, presenta un interesse tuttora rilevante.

## 2. *La postmodernità come problema storico-categoriale*

La postmodernità è vista, dai perduranti fautori della tarda modernità, come una sorta di non-luogo: così, dinanzi al diffondersi del concetto dopo la fortunata formulazione datane da Lyotard<sup>4</sup>, già a metà degli anni Ottanta dello scorso secolo Habermas ne afferma piuttosto la negatività, individuandone i caratteri nell'alternativa tra un neoconservatorismo regressivo e un anarchismo derazionalizzante<sup>5</sup>. Per Jameson, il postmoderno è invece una «dominante culturale» dell'epoca, che tuttavia pone se stessa *programmaticamente* come un insieme di testualità tra loro interferenti e reciprocamente allusive, per definizione asistematiche e non strutturate<sup>6</sup>: il che induce una sorta di continua estraniamento del linguaggio stesso rispetto ai propri referenti, e una progressiva destrutturazione della stessa soggettività cognitiva. In tal senso, il postmoderno è paradigmaticamente plurale per definizione, anzitutto nella sua dimensione assiologica: e ciò ne rende – come per il pluralismo stesso – pressoché impossibile una definizione *a priori*.

Così, secondo il più noto e discusso testo di Jameson, che dà una lettura storica del postmoderno ponendolo in relazione funzionale con la terza fase del capitalismo, quella multinazionale, di cui costituirebbe appunto la «dominante culturale», dall'Io *alienato* della tarda modernità si passa, nel postmoderno, a un Io *frammentato* che è costretto a vivere entro una sorta di nuova *iperspazialità*, affiancata o contrapposta all'ipertemporalità del moderno. Nel nuovo iperspazio sincronico il movimento (non la direzione) è costante obbligato, e si richiedono al soggetto nuove e non ancora sviluppate capacità percettive. D'altronde, per Jameson anche il termine «frammentazione» è rispetto al postmodernismo inappropriato, troppo debole e

<sup>4</sup> J.-F. LYOTARD, *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere* (1979), tr.it., Milano, 1999.

<sup>5</sup> J. HABERMAS, *Il discorso filosofico della modernità. Dodici lezioni* (1985), tr.it., Roma-Bari, 1997; sul rapporto tra Lyotard e Habermas già R. RORTY, *Habermas e Lyotard sulla postmodernità* (1984), tr.it. in Id., *Scritti filosofici*, II, Roma-Bari, 1993, 221 ss.; sui postmodernismi come vie d'uscita dalla modernità si veda anche A. TOURAINE, *Critica della modernità* (1992), tr.it., Milano, 1997, 220 ss.

<sup>6</sup> JAMESON, *Postmoderno. Ovvero la logica culturale del tardo capitalismo*, cit., cap.1.

talora troppo totalizzante, giacché non si tratta più oggi «di disgregazione di una totalità organica preesistente, ma dell'apparizione del molteplice secondo modalità nuove e inattese, in sequenze irrelate di eventi, in tipologie di discorso, modi di classificazione e compartimenti della realtà»<sup>7</sup>.

Ciò si palesa, in senso fisico ancor prima che metaforico, nell'architettura postmoderna, dalla cui evoluzione peraltro la riflessione stessa sul fenomeno in esame prende le mosse almeno dagli anni Sessanta in poi.

Le analisi che Jameson svolge a proposito del Westin Bonaventure Hotel di Los Angeles progettato da Portland, edificio immenso, ma inserito negli spazi circostanti senza separazione e privo, all'interno, di reali punti di orientamento per l'osservatore, oppure della Gehry's House a Santa Monica, in cui all'edificio storico originario l'architetto, edificando la propria stessa abitazione, aggiunge una sorta di involucro che trasforma senso e funzione della villetta già esistente, inglobandola in una nuova struttura, sono suggestive ed esemplari per chi voglia afferrare, *anche metaforicamente*, la novità del postmoderno.

In tale prospettiva, la lettura che Jean-François Lyotard dà alla fine degli anni Settanta della condizione postmoderna<sup>8</sup>, e la sua notissima affermazione circa la fine di ogni *grand récit*, di ogni metanarrazione propria della modernità, seppur forse per certi versi opinabile, è già, più che un punto di partenza, la constatazione sintetica di un processo evolutosi per l'intero Novecento, che trova certo nuove dimensioni nel progresso tecnologico della comunicazione, ma ha già avuto la sua esplosione storica nella catastrofe culturale culminata nel primo conflitto mondiale e nel relativismo assiologico che caratterizza, sulla scorta della grande scossa imposta dal pensiero nietzscheano (vero inizio della postmodernità), gran parte della filosofia dei primi decenni del secolo XX e tra le due guerre (soprattutto con la svolta ermeneutica che corre da Wittgenstein a Gadamer), nonché gran parte della scienza dell'epoca.

Così, le disorientanti formulazioni del principio di indeterminazione di Heisenberg e della teoria einsteiniana della relatività già avevano destituito di fondamento le certezze proprie della fisica classica e aperto orizzonti impensabili all'esperienza, privando tuttavia di attendibilità ogni presunta assolutezza delle cognizioni esperienziali fino ad allora imperanti nella temperie del positivismo scienziato. Le trasformazioni indotte dalle nuove tecnologie comunicative e informatiche della fine del secolo – già

<sup>7</sup> JAMESON, *Postmoderno. Ovvero la logica culturale del tardo capitalismo*, cit., cap.10; sul punto anche M. MAGATTI, *Libertà immaginaria. Le illusioni del capitalismo tecno-nichilista*, VI ed., Milano, 2016, 149 ss.

<sup>8</sup> LYOTARD, *La condizione postmoderna*, cit.

acutamente prefigurate da Lyotard – mutano definitivamente il quadro cognitivo, e infine la stessa percezione del reale.

Sono solo esempi, peraltro inscritti entro un processo complessivo di destrutturazione epistemologica, etica ed estetica perfettamente percepibile anche in altri campi dell'attività umana, e soprattutto, non per caso, in quello artistico, laddove i canoni espressivi delle diverse discipline, nel breve volgere di pochi decenni all'inizio del Novecento, scardinano ogni tradizione acquisita, sconvolgendo i linguaggi e ponendo, con folgorante anticipo rispetto alla stessa riflessione filosofica, quel problema di ipersoggettivizzazione della creazione estetica che, frammentando e decostruendo implicitamente i linguaggi, insieme chiude la tarda modernità e apre la vera postmodernità.

Si pensi, in letteratura, a quelle che oggi, con mesto ma significativo ossimoro, chiamiamo "avanguardie storiche" della modernità: in letteratura, al Joyce dell'*Ulisse* e soprattutto del *Finnegan's Wake*, in cui lo sperimentalismo linguistico rende criptico e sostanzialmente intraducibile il testo; in pittura, al cubismo di Braque, al secondo Picasso o a Léger, all'arte astratta e al superamento della figuratività in una esplosione di forme e cromatismi, da Kandinskij a Mondrian, o in un lacerante espressionismo (il celebre *Urlo* di Munch) fino all'annullamento della stessa forma come significante, come accade nell'astrattismo estremo dei *Quadrati* di Kazimir Malevič o nelle tele tagliate di Lucio Fontana. Infine nella musica, con un processo che parte già da Wagner e Debussy, al dissolvimento della tonalità, della struttura melodica classica e della struttura ritmico/temporale del discorso, che dapprima approda alla ricerca di un nuovo assetto strutturale nello stringente vincolo del linguaggio dodecafonico della seconda scuola viennese (soprattutto di Schönberg e di Webern, laddove Berg si affida piuttosto a forme evolute di espressionismo musicale), poi si libera definitivamente di ogni struttura preordinata giungendo, con il frammentarsi dei linguaggi postdodecafonici o con lo sperimentalismo della scuola di Darmstadt negli anni Cinquanta e Sessanta, a una sostanziale autoreferenzialità della singola esperienza compositiva, che si autodetermina nella forma secondo modalità estremamente variabili, da un rigido costruttivismo (Pierre Boulez, Franco Donatoni), all'indeterminazione esecutiva della scrittura aleatoria, impiegata da molti autori del periodo, all'ossessiva ripetitività dei *patterns* del minimalismo (Philip Glass, Steve Reich, Terry Riley), o infine all'afasia pura (si pensi al brano "4'33" di John Cage, provocatoria affermazione del silenzio come fatto musicale e come estremo approdo della prassi creativa: ma con l'ultimo Cage arriviamo forse già al postmoderno).

Si tratta di un'arte che esprime appieno la crisi della tarda modernità, e che si pone al contempo come l'estrema conseguenza di un'esasperazione

delle istanze individualistiche dell'idealismo romantico e come loro negazione, come arte insieme “contro” e “dentro” una società disfatta.

E questo è in fondo un paradigma tipico del passaggio dalla crisi della modernità al postmoderno, dall'oggettività alla soggettività, dall'applicazione di paradigmi costruttivi preordinati fondati su schemi linguistici tramandati e continuamente rielaborati, ma relativamente condivisi, alla ricerca di una congruenza intrinseca ma autorialmente determinata dell'opera artistica, ultimo frutto di quell'individualismo tardoromantico che esaltava l'originalità e l'unicità dell'artista e della sua opera come fattore determinante del loro stesso valore.

Questo breve elenco di esempi può sembrare un po' digressivo, ma mi è imposto, anche come giurista, dal tema che trattiamo: inoltre, mi sembra utile a dimostrare come il gioco linguistico wittgensteiniano fosse nella prassi già ben presente all'arte della prima metà del Novecento, in cui la sostanziale relativizzazione dei valori estetici, nonché degli strumenti comunicativi che ne veicolano il contenuto, era più che acquisita.

Ma questo vorticoso processo è stato in fondo, se valutato *a posteriori*, il *trait d'union* con il momento attuale, che nasce, dagli ultimi decenni dello scorso secolo, come una sorta di “ritorno del represso” seguito alla fase degli sperimentalismi estremi, che infine avevano condotto a un'insostenibile frattura fra l'artista e il pubblico dei non specialisti, a un sostanziale isolamento del fenomeno artistico dalla società, diviso tra la mercantilizzazione estrema delle opere e del *business* che tramite una critica d'arte iperspecialistica (e non sempre disinteressata) si era formato, e la sostanziale irrilevanza sociale dell'arte colta, sostituita dal *pop* nelle sue molte forme, anch'esso ispirato a meccanismi di mercato estremamente rigidi, e tuttavia capace di aderire ai gusti delle masse perché su questi misurato.

E tuttavia proprio negli sperimentalismi della metà del secolo scorso si pongono le basi del postmoderno, che sembra apparentemente avulso da una dimensione funzionale, e si ricollega invece, come ho detto, secondo l'acuta analisi di Jameson alle esigenze dello *Spätkapitalismus* definito da Ernest Mandel<sup>9</sup>, in una stretta connessione col mercato e addirittura con una certa dose di populismo. Il postmoderno è, per Jameson, una *liberazione* di una nuova produttività, che da un lato scioglie la paralisi creativa della tarda modernità, e che tuttavia si connette, dall'altro, al sistema del tardo capitalismo con una esplicita connotazione di consumo, anche in ciò rifiutando l'elitarismo e le gerarchie del moderno<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> E. MANDEL, *Der Spätkapitalismus*, Berlin, 1972 (tr.ingl. *Late Capitalism*, London, 1998).

<sup>10</sup> JAMESON, *Postmoderno. Ovvero la logica culturale del tardo capitalismo*, cit., cap.10.

L'opera non usa linguaggi preformati, ma sempre più diventa "testo" entro un "contesto" (tutto, nel postmoderno, diventa "testo", di cui si cercano omologie con altri "testi"), si apre sempre più all'interpretazione, e l'attività ermeneutica in senso lato – qui il parallelo con l'evoluzione del pensiero giuridico è evidente, benché non debba essere sopravvalutata – diventa decisiva per lo stesso esito fruitivo dell'opera artistica, che non è più solo "aperta", secondo la nota espressione di Umberto Eco, appartenente in fondo ancora alla tarda modernità, ma esposta all'intervento attivo del fruitore, sia esso un critico di professione o un profano posto dinanzi al testo<sup>11</sup>: questi diventa per certi aspetti una sorta di "coautore" dell'opera stessa, individualizzata e fruita secondo una precomprensione che ovviamente varia sul piano soggettivo secondo il livello esperienziale e cognitivo dei singoli ed entro un insieme di testi che sempre più sono un gioco di significanti separati dai loro significati e dai loro referenti.

Tutto ciò mi pare ancora vero, sebbene il discorso postmoderno diffidi per certi versi dell'ermeneutica come tale (che presuppone un "testo" in sé relativamente chiuso) e operi piuttosto nel senso del *commento* e della *transcodifica* dei testi tra diversi codici linguistici e semantici continuamente rigenerantisi, nonché alla contaminazione e alla combinazione di questi, con esiti talora sorprendenti, in cui il nuovo, *non più cercato come tale*, può tuttavia sortire da una costante rielaborazione del già esistente (o esistito)<sup>12</sup>.

Peraltro, la tesi di Jameson trova un'ulteriore conferma nel fatto che la sempre più esoterica e autoreferenziale conformazione dell'agire artistico proprio della metà del secolo scorso trova, verso l'inizio degli anni Ottanta, un limite funzionale dettato, almeno in parte, dalle stesse esigenze del mercato entro cui l'arte intera inevitabilmente si iscrive<sup>13</sup>: e dunque inizia quel processo per il quale, esauriti i linguaggi della modernità, ed esaurita anche la fase dell'iconoclastia nei confronti degli stessi, si comincia a ripensarli, a rileggerli, a decontestualizzarli, riutilizzandone parti e stilemi secondo criteri costruttivi e allusivi che ne trasformano la funzione da strutturale in meramente estetica, alla luce di un atteggiamento "ironico" che, ben prima delle teorizzazioni di Rorty<sup>14</sup>, troviamo già nel postmodernismo architettonico di certi grattacieli statunitensi di Moore,

<sup>11</sup> U. ECO, *Opera aperta. Forma e indeterminazione nelle poetiche contemporanee*, Milano, 1962.

<sup>12</sup> JAMESON, *Postmoderno. Ovvero la logica culturale del tardo capitalismo*, cit., introduzione e cap.10.

<sup>13</sup> Per la musica, T.W. ADORNO, *Introduzione alla sociologia della musica* (1962), tr.it., Torino, 1971.

<sup>14</sup> R. RORTY, *La filosofia dopo la filosofia. Contingenza, ironia, solidarietà* (1989), tr.it., Roma-Bari, 1998.

Venturi o Gehry, oppure nel “neoromanticismo” di certi compositori dei primi anni Ottanta (che arrivano oggi a un’astuta e fortunata rielaborazione “pop” di paradigmi armonico/melodici tradizionali stilizzati in autori ben noti, come l’italiano Ludovico Einaudi o il sudcoreano Yiruma, che elaborano una sorta di linguaggio “distillato” di stilemi postclassici, ben fruibile dal pubblico e di grande commerciabilità).

In verità, prodromi nobili di questo atteggiamento “ironico”, che usa dei linguaggi esistenti, del passato o del presente, in una sorta di “metalinguaggio” possiamo rintracciarli in musica già nello Stravinskij neoclassico del *Pulcinella* (che riusa temi del *Flaminio* di Pergolesi per costruire un linguaggio armonico contaminato), dell’*Ottetto* per strumenti a fiato o dello splendido *Rake’s Progress*, come, in forme diverse, nel Richard Strauss di *Arianna a Nasso* o della *Donna senz’ombra* (anche Jameson si riferisce al primo, notando come la lettura ideologica di Adorno che vedeva in Schönberg l’evoluzione e in Stravinskij la restaurazione sia stata infine rovesciata dalla storia)<sup>15</sup>. Oppure, in architettura, e per restare a esempi in aree a noi molto vicine, nell’ecllettismo di Gino Coppedè o nelle visionarie sovrapposizioni di Armando Brasini.

Nel postmoderno però tale atteggiamento diventa diffuso e quasi programmatico, e soprattutto cambia significato, negando la profondità, e costruendosi come intersezione di molteplici superficialità mediante i meccanismi dell’allusione ma soprattutto dell’*incorporazione*. I linguaggi “colti”, propri della borghesia tradizionale, sono con-fusi con quelli popolari, propri del gusto popolare, non più secondo il modello della *citazione*, di una mescolanza che in fondo riafferma la distinzione dei generi e dei livelli (si pensi a certi passi delle sinfonie di Mahler), ma con una creazione di un nuovo ibrido, in cui tutto è incorporato e condotto al medesimo livello. Se ciò poi sia “degradazione” del colto o “nobilitazione” del popolare non è tema che ci riguarda: certo è che ne sortisce talora un prodotto culturale che riesce a trovare una sua dimensione di fruibilità assai ampia che ne conferma la funzionalità rispetto al mercato.

L’idea della rivisitazione e del riuso degli stilemi classici, nonché dell’abbattimento di ogni barriera tra arte colta e popolare, già definita da Eco, è in sé uno strumento ordinario dell’espressività postmoderna: la contaminazione tra gli stili, la fusione tra i linguaggi, la indistinzione tra cultura “alta” e “popolare” (ancora l’Eco di *Apocalittici e integrati*, che

<sup>15</sup> JAMESON, *Postmoderno. Ovvero la logica culturale del tardo capitalismo*, cit., cap.1; T.W. ADORNO, *Filosofia della musica moderna* (1949), tr.it., Torino, 1959.

legge i fumetti con gli strumenti interpretativi destinati fin lì ai classici)<sup>16</sup> è la nuova forma di sperimentalismo che tratteggia l'artista postmoderno.

Non più rivendicativo, preoccupato di piacere al suo pubblico e al mercato, non più mosso dai laceranti concetti di angoscia e alienazione che avevano animato la ricerca estetica della prima metà del secolo, l'artista postmoderno gioca dunque con materiali noti, ma di sicuro effetto, oscillando tra colto e commerciale (e invertendone le funzioni: si pensi a Warhol, che trasforma immagini pubblicitarie in icone artistiche); sperimenta sì, ma non troppo, senza più rischiare il rifiuto sociale o il blocco creativo.

Così, il modello del *pastiche*, in cui si gioca con un metalinguaggio fatto di linguaggi, è l'idea creativa postmoderna per antonomasia, perché traduce in termini operativi l'atteggiamento antifondazionale della postmodernità, ben definito da Rorty: in altri termini, fallita l'impresa di trovare *un* linguaggio nuovo e comune, universalizzabile sul piano comunicativo, nonché strutturante e normativo, si gioca con *i* linguaggi esistenti, presenti e passati, sfruttandone il potenziale evocativo e rammemorante, nonché talune loro collaudate qualità effettuali, così eludendo la paralisi espressiva derivante dalla decostruzione linguistica che, ragionando con Derrida, finisce con l'impedire ogni effettiva ri-costruzione<sup>17</sup>.

Così, se l'arte per eccellenza del Novecento è il cinema, il linguaggio postmoderno per eccellenza è quello, in parte da quella derivata, del video in senso lato, dal videotape sperimentale dei primi anni Sessanta ai video digitali odierni, e alla loro traduzione televisiva, nel flusso continuo dell'alternanza *plot*/pubblicità o nei montaggi della striscia "Blob" di Rai 3, in cui ben si esprime l'idea di un flusso continuo di immagini legate da un (tenue) nesso logico, e talora prive di un reale referente, o della fotografia, in cui il referente originario è sovente trasformato in forma creativa e sperimentale.

In realtà, il postmoderno procede come l'angelo di Paul Klee su cui si sofferma Walter Benjamin nelle sue *Tesi di filosofia della storia* (tesi n.9): vola in avanti, inevitabilmente sospinto dal vento della storia, ma volge lo sguardo indietro, alle macerie e alle possibilità, sfruttate o ignorate, che la storia ha lasciato; è cioè condannato ad andare verso il futuro guardando al passato<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> U. ECO, *Apocalittici e integrati. Comunicazioni di massa e teorie della cultura di massa*, Milano, 1964.

<sup>17</sup> J. DERRIDA, *Della grammatologia* (1967), tr.it., Milano, 2012; R. RORTY, *Decostruzione e circonvenzione* (1984), tr.it. in ID., *Scritti filosofici*, II, Roma-Bari, 1993, 117 ss.

<sup>18</sup> W. BENJAMIN, *Tesi di filosofia della storia* (post., 1942), tr.it. in ID., *Angelus Novus. Saggi e frammenti*, a cura di R.SOLMI, Torino, 1995, 75 ss.

### 3. Dal postmoderno estetico al postmoderno giuridico

Ma dall'arte torniamo alla prospettiva filosofica e poi a quella giuridica. E qui ci troviamo al punto di snodo dell'intero discorso: *il postmodernismo è un paradosso concettuale, perché non può definire se stesso senza smentirsi*.

Come ben sintetizza Alessandro Ferrara, che fa risalire le origini filosofiche del postmoderno già al Montesquieu delle *Lettere persiane*, ma soprattutto a Wittgenstein, Heidegger, Quine e Davidson, «l'orizzonte filosofico del postmodernismo è definito da due presupposti: 1) non esiste la possibilità di fornire una descrizione della realtà, sia essa la realtà esterna o interna, che non dipenda dalla previa accettazione di uno schema concettuale di fondo e 2) esiste una pluralità irriducibile di schemi concettuali fra loro non completamente traducibili (benché non totalmente incommensurabili)»<sup>19</sup>.

Sicché lo stesso postmodernismo in qualche modo nega in radice la possibilità di un'autonoma definizione di se stesso, potendo sempre questa essere decostruita tramite una sua *situazione* contingente, e come tale resa inutilizzabile quale schema comune, riferibile a contesti diversi: ciò potrebbe accadere solo rinnegandone i presupposti concettuali, ossia aporeticamente impiegando lo stesso postmodernismo come riferimento fondazionale.

Ferrara tenta poi un superamento dell'*impasse* mediante un riferimento (non a caso recuperato dal Kant della terza Critica e dal concetto di giudizio riflettente, che adombra – prendetelo come un azzardo – qualche elemento della formatività pareysoniana) ai suoi concetti di *autocongruenza* e di *autenticità dell'identità*, che riuscirebbero ad accogliere una prospettiva postmoderna evitando un ritorno al fondazionalismo e un'autocontraddizione teoretica: tesi che non posso qui approfondire e che tuttavia lascia più di qualche perplessità.

Tale prospettiva è ben individuata dalla declinazione italiana del postmoderno, che sta nel “pensiero debole” di cui hanno trattato Vattimo e Rovatti fin da un noto volume collettaneo del 1983: ben sottolinea Vattimo, muovendo dal problema dell'essere nel pensiero “ultrametafisico” di Heidegger, come l'*An-denken*, il pensiero che rammemora l'essere, si traduce nel fatto che all'essere stesso «non si accede nella presenza, ma solo nel ricordo», giacché «esso non si definisce mai come ciò che sta, ma solo come ciò che si tramanda: l'essere è invio, destinamento». Sicché anche le categorie metafisiche tradizionali, private della pretesa di accedere a un'essenza che non

<sup>19</sup> A. FERRARA, *La sfida del postmoderno* (2001), all'Url <[https://www.openstarts.units.it/bitstream/10077/5514/1/Ferrara\\_E&P\\_III\\_2001\\_2.pdf](https://www.openstarts.units.it/bitstream/10077/5514/1/Ferrara_E&P_III_2001_2.pdf)> (ultimo accesso: 05/06/2018).

esiste, possono valere ormai solo «come monumenti, eredità a cui si porta la *pietas* che è dovuta alle tracce di ciò che ha vissuto»; ciò che caratterizza ogni esperienza del mondo è la caducità di tutto ciò che accade (*Ereignis*), e il pensiero della verità non è dunque più un pensiero che «fonda», ma «quello che, esibendo la caducità e la mortalità proprio come ciò che fa l'essere, produce una sorta di “*s-fondamento*”»<sup>20</sup>.

Di qui l'idea che il postmoderno “pensiero debole” non possa rivendicare una sovranità nei confronti della prassi, come faceva il pensiero metafisico; la verità è in esso frutto di una continua verifica, che *accade* in un «orizzonte reggente» inteso come rete di rapporti interpersonali, culture, generazioni, in cui la dimensione etica si basa su valori supremi che sono solo «formazioni simboliche, monumenti, tracce del vivente»; infine, la verità è frutto di interpretazione, non perché questa colga il vero, ma perché il vero si forma tramite l'attività ermeneutica; nella sua dimensione «retorica», l'essere esperisce la sua debolezza.

E tuttavia da ciò non consegue, per Vattimo, assenza totale di progettualità, giacché, se è vero che il tutto gioca su un «patrimonio tramandato», è altresì vero che questo non è unitario, ma si pone come «un gioco fittissimo di interferenze», che rende possibile il nuovo mediante un costante mutamento dei «paradigmi» (intesi nel senso di Kuhn), non nel confronto con una presunta oggettività esterna, ma nel rimescolamento delle tracce e degli elementi che sono diventati mondo. Il nuovo è l'altro, il diverso, la cultura altrui, ma anche ciò che non è mai venuto a esistenza nella nostra stessa cultura, ed è concepito non più come ente, ma come un'interferenza, un «sotto-voce»<sup>21</sup>. Dirò dopo come Vattimo applichi quest'idea al diritto, e come talune sue osservazioni possano essere, almeno in parte, avvicinate a certe tesi di Luhmann.

Potrebbe dire il giurista – e prima di lui il politologo – che tutto questo si lega in modo armonico al pluralismo culturale, politico e ideologico assunto a proprio fondamento dalle costituzioni contemporanee dell'area occidentale (i rapporti di causa/effetto sono qui estremamente ambigui). In fondo la democrazia pluralista, secondo la lezione di Kelsen (troppo spesso trascurata su questo punto), si deve basare su un relativismo assiologico che implica, da parte del pubblico potere, l'adozione di un'etica non cognitivista<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> G. VATTIMO, *Dialettica, differenza, pensiero debole*, in VATTIMO, G. – ROVATTI, P.A. (a cura di), *Il pensiero debole*, Milano, 1983 (II ed. Ue 2011), 12 ss..

<sup>21</sup> VATTIMO, *Dialettica, differenza, pensiero debole*, cit.

<sup>22</sup> H. KELSEN, *Assolutismo e relativismo nella filosofia e nella politica* (1955), tr.it. in ID., *La democrazia* (raccolta di saggi), Bologna, 1984, 439 ss.

Ovviamente, ciò genera paradossi, come accade con tutti i concetti che, affermando il proprio contenuto, potenzialmente negano se stessi: ciò che ho detto del postmodernismo trova il suo corrispondente, nel nostro ambito disciplinare, nello stesso paradigma del pluralismo democratico o nel correlato concetto di laicità dello Stato, che affermandosi in senso normativo finiscono con l'implicare una (almeno apparente) autocontraddizione logica, e tuttavia non possono non essere perseguiti come obiettivo dell'integrazione politica nelle società contemporanee avanzate.

E tuttavia proprio qui può trovarsi, come dirò tra breve, un contatto tra la temperie postmoderna e il diritto contemporaneo, la cui difficoltà sta proprio nel temperamento di due dimensioni tra loro contrastanti, se non addirittura antitetiche: da un lato, la programmatica, potrebbe dirsi ontologica, assenza di parametri valutativi certi, e un'autocomprensione variabile secondo la contingenza; dall'altro, la necessità *sistemica e funzionale* del diritto stesso di stabilizzare, secondo la lezione di Luhmann, le aspettative comportamentali, di semplificare la complessità decisionale, e di imporre, in ultima analisi, decisioni legislative (o giurisprudenziali, ma qui il discorso dovrebbe essere approfondito) che inevitabilmente assumono a proprio fondamento una tra più opzioni possibili<sup>23</sup>. Postmoderno e teoria dei sistemi appaiono certo come modelli concettuali reciprocamente incompatibili, ma come cercherò di dire infine lo sono assai meno di quanto possa sembrare: non è un caso se lo stesso Jameson usa il concetto di «differenziazione», centrale nelle teorie sistemiche, per connotare una delle chiavi di lettura del postmoderno, caratterizzato dal proliferare di «sottosistemi aleatori e irrelati»<sup>24</sup>.

Ora, non si può qui approfondire, ma è questo, notoriamente, il problema centrale del pluralismo: far coesistere opzioni ideologiche diverse e talora contrapposte entro un unico contesto, rendendone possibile – sul piano della prassi – la pacifica convivenza ed escludendo, fin dove possibile, ogni emarginazione. Ovviamente, il compito del diritto è più semplice ove la società sia composta in modo lineare: nello Stato borghese ottocentesco, ove la classe egemone imponeva il proprio dominio tramite gli istituti dello Stato di diritto liberale, era possibile definire ipostaticamente lo Stato stesso come il luogo esclusivo di intersezione e realizzazione degli interessi pubblici, e il legittimo e altrettanto esclusivo produttore di diritto.

In quell'ambito, *l'ordinamento giuridico era un testo strutturante e strutturato entro un contesto a sua volta strutturante e strutturato*, e i caratteri di

<sup>23</sup> N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto* (1981), tr.it., Bologna, 1990.

<sup>24</sup> JAMESON, *Postmoderno. Ovvero la logica culturale del tardo capitalismo*, cit., cap.10.

unitarietà, coerenza e completezza che lo caratterizzavano (e che tuttora proponiamo ai nostri studenti), benché di fatto solo tendenziali, erano il logico corollario dell'esclusività del diritto statuale e dell'esaustività dell'ordinamento definito dal processo di codificazione.

Il tutto era ottenuto, ovviamente, al prezzo di un impoverimento complessivo del fenomeno giuridico<sup>25</sup> che tuttavia doveva essere compensato in termini di certezza ed efficienza complessiva; in termini di teoria sistemica, il sottosistema giuridico, e l'ordinamento (che ne è parte eminente seppur non esclusiva), erano sostanzialmente idonei al proprio ambiente.

Ma con il crollo del paradigma liberale, e le trasformazioni del primo Novecento, *l'ordinamento stesso diventa progressivamente un testo strutturante e strutturato entro un contesto de-strutturante e de-strutturato*: anzi, più correttamente, l'ordinamento è un imponente insieme di sottotesti reciprocamente interferenti secondo criteri strutturanti (es. le coppie validità/invalidità; i criteri dell'abrogazione e quelli dell'auto- ed etero integrazione) ed esposto a interpretazione entro un contesto che è a sua volta un coacervo di testi reciprocamente interferenti ed esposti a interpretazione (qui sta un primo parallelo con il rapporto sottosistema/ambiente nella teoria dei sistemi, che semplifica in senso funzionale la complessità del tutto).

Detto in termini sistemici, *l'ordinamento è struttura tendenzialmente ordinante e ordinata entro un sottosistema giuridico differenziato (ma non perfettamente ordinato), che ne rappresenta l'ambiente interno, e interagente con l'insieme degli altri sottosistemi che costituiscono la quota pertinente dell'ambiente esterno di quest'ultimo*.

La svolta ermeneutica si rende così necessaria anche tra i giuristi perché solo nell'interpretazione si riesce forse a recuperare quel grado di elasticità che il diritto scritto (qui parlo ovviamente soprattutto dei modelli di *civil law*, perché quelli di *common law* si presentano come strutturalmente più capaci di flessibilità ermeneutica) non può avere, pena l'abdicazione a una delle sue funzioni primarie.

E se tra queste c'è, secondo la prospettiva sistemica, la stabilizzazione delle aspettative comportamentali in senso normativo e non cognitivo, nonché la semplificazione della complessità decisionale e l'assorbimento del conflitto sociale, ecco che forse non è azzardato vedere quell'idea di Vattimo per cui il diritto, in una prospettiva ermeneutica, si rilegittima come «processo cumulativo di dissoluzione della violenza legata all'infondatezza iniziale della legge», come alquanto prossima all'idea luhmanniana

---

<sup>25</sup> P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007.

di una *Legitimation durch Verfahren*<sup>26</sup>.

Peraltro, il nesso che Vattimo traccia nel suo *Apologia del proceduralismo* tra l'ermeneutica postmoderna e un proceduralismo assiologicamente adiaforo lo distingue, benché con qualche autocontraddizione performativa, sia da Luhmann sia, soprattutto, dall'Habermas di *Faktizität und Geltung* (dal quale Vattimo prende espressamente le distanze)<sup>27</sup>. Resta però l'idea di un diritto weberianamente inteso come secolarizzazione della giustizia che mi sembra assai interessante nel contesto attuale, e che non è incompatibile con le prospettive sistemiche luhmanniane<sup>28</sup>.

C'è poi un altro profilo: il diffondersi delle costituzioni rigide rende, e ciò è controintuitivo, più problematica la situazione. Imposte dalle catastrofi belliche e dalle devastanti esperienze totalitarie, queste tendono a fissare le proprie opzioni assiologiche entro testi (relativamente) immodificabili; ma allorché sanciscono come principio fondante il pluralismo, solo in certi casi ponendo limiti di protezione della democrazia (come accade nell'art.21 del *Grundgesetz*), esse incorrono in quell'aporia concettuale di cui si è detto, imponendo le regole di un gioco "aperto" con norme "chiuso". Il che impone un'opera non facile di adeguamento ermeneutico, che in virtù dell'assetto gerarchico degli ordinamenti contemporanei si trasmette all'intero diritto positivo. In più, s'inserisce qui tutta la dibattutissima problematica, cara ai costituzionalisti, della crisi del sistema delle fonti normative e del sostanziale dissolvimento dell'unitarietà stessa dell'ordinamento e delle sue tipologie tassonomiche. Tanto più dinanzi alle faticose e intermittenti fasi dell'integrazione sovranazionale e della costruzione di una tutela multilivello dei diritti, le categorie tradizionali dello *Stufenbau* vacillano, e si va inesorabilmente affermando una sorta di *principio di indeterminazione operativa* che può funzionare in concreto ben più che in astratto, spostando l'attuazione del pur basilare principio di certezza del diritto dal piano dell'applicazione delle regole a quello dei principi, ovviamente con tutta l'elasticità che a questi inevitabilmente si connette.

E solo in parte prassi ormai diffuse, come quella dell'interpretazione "conforme a..." o quella della ricerca di "tradizioni costituzionali comuni"

<sup>26</sup> N. LUHMANN, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale* (tr.it. di *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt a.M., II ed., 1975), Milano, 1995.

<sup>27</sup> J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria della democrazia discorsiva* (1992), tr.it., Roma-Bari, 2013.

<sup>28</sup> G. VATTIMO, *Apologia del proceduralismo* (pubblicato con altro titolo nel 2002), in Id., *Nihilismo ed emancipazione. Etica, politica, diritto*, Milano, 2003, 153 ss.

possono costituire un fattore di riequilibrio del sistema, omogeneizzando il complesso dell'attività giudiziale e della stessa legislazione dei singoli Paesi; in realtà, nel contesto destrutturante di cui si è detto, residua un ampio spazio di decisione che non è – per restare all'esempio comunitario – legato solo al “margine di apprezzamento” dei singoli ordinamenti, ma si estende anche ai problemi dell'autocomprensione e della identità collettiva delle singole comunità, tanto più entro un quadro in cui gli interessi nazionali, mal dissimulati dal dopoguerra in poi, riemergono con prepotenza dinanzi alle sfide di questi anni, come la crisi economica o l'immigrazione.

#### 4. *Diritto, postmodernità e pluralismo. Il ruolo dell'interprete*

Di qui l'importanza sempre maggiore e sempre più riconosciuta dell'interprete, ossia non solo ma anzitutto del giudice, e massimamente del giudice costituzionale, nonché, in un ordinamento multilivello, delle diverse Corti che intervengono nelle singole fattispecie. Ma l'intervento di tali soggetti lascia aperta una serie di problemi, che ci fanno tornare ai presupposti fondativi della legittimazione e della legittimità dell'ordine giuridico.

In altri termini, in assenza di una metanarrazione legittimante come quella propria della modernità (e per noi soprattutto dello Stato liberal-borghese), il paradigma funzionale del diritto perde il proprio punto d'appoggio. Ma i molti tentativi di rifondarne l'assetto lasciano sempre insoddisfatti: le istanze di verità e giustizia che tradizionalmente radicavano la legittimità del diritto (e ancor prima della morale, da cui il diritto si è differenziato, almeno per un certo periodo e in certe impostazioni) sono oggi impraticabili.

La prima – la *verità* – è in sé un valore positivisticamente imprevedibile al linguaggio giuridico imperativo, è rifiutata già dal poststrutturalismo, è sostanzialmente estranea al discorso postmoderno, e comunque è opposta alla prospettiva non cognitivista che si è detto essere necessaria nella sfera pubblica di una democrazia pluralista. Anche la declinazione di una “verità consensuale” nel senso proposto da Habermas, benché suggestiva, non persuade, essendo basata su una dinamica comunicativa svolta entro la *Lebenswelt* che risente dell'opinabilità e dei limiti pragmatici dell'intera costruzione teorica della democrazia discorsiva<sup>29</sup>.

Il valore della *giustizia*, poi, che tradizionalmente è riferito alla sfera giuridica come fondamento della sua legittimazione e come suo fine, che Derrida

<sup>29</sup> J. HABERMAS, *Etica del discorso* (1983), tr.it., Roma-Bari, 1993 e Id., *Fatti e norme. Contributi a una teoria della democrazia discorsiva*, cit.

ritiene in sé (a mio avviso problematicamente) indecostruibile e addirittura motore primo dello stesso atto decostruttivo<sup>30</sup>, è altrettanto (ma lo è sempre stato) sfuggente e assiologicamente relativo, basato com'è su parametri culturali variabili, nonché su conflitti d'interesse che ne minano comunque la pretesa di oggettività (ed è in tale prospettiva massimamente decostruibile).

In questo senso, *la postmodernità incide e si radica profondamente nel diritto contemporaneo essenzialmente tramite l'opzione pluralista e la relativizzazione assiologica che ne consegue, nonché tramite un'esaltazione della funzione ermeneutica* che, inevitabilmente agganciata al dato testuale della normazione, rende la decisione (e quello che noi chiamiamo il diritto vivente) frutto di una precomprensione che dovrebbe essere capace di tradurre in sé l'intera eredità rammemorante del decisore, con tutti i pregi e i limiti di tale fenomeno, diviso tra un ancoramento a una tradizione che lo legittima e lo stabilizza e una soggettività che invece lo rende incerto e variabile (seppur capace di adattamento al caso singolo e al contesto contingente).

Ciò invero non è del tutto affine al postmodernismo culturale, che come detto diffida alquanto dell'ermeneutica, poiché non tollera il privilegio aprioristico di un testo sugli altri: in realtà il prodotto postmoderno mira a essere consumato, non interpretato. E tuttavia ciò è quanto al massimo il diritto può consentire senza abdicare del tutto alla sua funzione primaria.

Ma al centro della rete concettuale di cui trattiamo resta comunque il *pluralismo*: l'Io frammentato induce alla "morte del soggetto" sempre presente in vario modo nelle narrazioni della modernità, come individuo o classe; ma il soggetto si trasforma così nel gruppo (nei gruppi), e nella pervadente dimensione dell'appartenenza a un gruppo di ogni singolo e di ogni codice semantico (idioletto).

Di qui la pluralità si muta in istanza pluralista, e l'istanza egualitaria propria della *democrazia* pluralista impedisce che a un singolo gruppo (e al suo codice) sia data una prevalenza egemonica: acutamente Jameson evidenzia come le metanarrazioni di cui tratta Lyotard sono impossibili da immaginare ove venga meno un «soggetto della storia» (il popolo, il proletariato etc.); sebbene poi la «realtà-pluralismo» del postmoderno si connota per Jameson come «coesistenza non tanto di mondi molteplici e alternativi quanto di insiemi confusi e irrelati e di sottosistemi autonomi, che continuano a sovrapporsi a livello percettivo come piani di profondità allucinogeni in uno spazio pluridimensionale»<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> J. DERRIDA, *Forza di legge. Il "fondamento mistico dell'autorità"* (1994), tr.it., Torino, 2003.

<sup>31</sup> JAMESON, *Postmoderno. Ovvero la logica culturale del tardo capitalismo*, cit., cap.10.

D'altronde, le molte teorie giuridiche postmoderne incluse da Minda nel suo noto volume, che peraltro ignora quasi del tutto, calato com'è nell'autoreferenzialità del contesto statunitense, il pensiero europeo in materia (benché questo sia, forse, coerente con la postmodernità stessa), sono in pratica l'espressione contingente della società pluralista: i *Critical Legal Studies*, i movimenti femministi, quelli razziali, e le stesse riletture del tipo "Law and..." (economia, letteratura, etc.), sono null'altro che la traduzione pratica e metodologica dell'istanza pluralista dell'appartenenza a gruppi e di un relativismo valoriale che, per altri versi, la stessa cultura statunitense continua a rifuggire in modo aprioristico come una sorta di «abisso morale»<sup>32</sup>.

Ma, guardando tutto questo fenomeno in modo più ampio, il paradosso è forse questo: che *in un mondo sempre più globalizzato, in cui si vogliono (o si devono) imporre modelli comuni di comunicazione e scambio, vengono meno le grandi istanze unificanti della cultura, e con esse la stessa pensabilità di una globalizzazione compiuta.*

Riconoscendo cioè l'impossibilità di tracciare, come voleva la cultura della modernità illuminista, un'enciclopedia intesa come un grande atlante universale, il postmoderno si accontenta, e anzi predilige, disegnare solo tanti piccoli atlanti locali e occasionali, contingenti, infine forse effimeri, secondo una «cartografia cognitiva»<sup>33</sup> che tuttavia difficilmente potrà comprendere territori troppo ampi. E ciò si traduce, secondo un'operazione di felice transcodifica operata dallo stesso semiologo americano, in una sorta di trasposizione dell'iperspazio architettonico in un iperspazio sociale e politico, in cui l'esser calato nel contesto di un insieme destrutturato di reti di potere plurime, dominato dai grandi soggetti transnazionali, disorienta e atterrisce l'osservatore.

Si potrebbe aggiungere che la tendenza della società postmoderna, come della sua arte, a rendersi irrepresentabile, nel senso della *rappresentazione*, si traduce in una estrema difficoltà anche a consentirne un'adeguata proiezione politica, nel senso della *rappresentanza*, con tutti i problemi che ne derivano, nonché nel rischio, più che concreto, del riaffermarsi, nella latitanza di ogni possibile omogeneità culturale, dei meccanismi di potere più ciechi, mediati dalle nuove forme globali del dominio economico-finanziario.

Il che ci riporta a Lyotard e alla sua tesi della fine delle grandi narrazioni:

<sup>32</sup> G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto* (1995), tr.it., Bologna, 2001; su questi temi anche G. ALPA, *Giuristi e interpretazioni. Il ruolo del diritto nella società postmoderna*, Genova, 2017.

<sup>33</sup> JAMESON, *Postmoderno. Ovvero la logica culturale del tardo capitalismo*, cit., *passim*, ma spec. cap.10.

dinanzi all'affermarsi dei nuovi strumenti tecnologici e dei nuovi linguaggi comunicativi, alle soglie del nuovo millennio e dello sviluppo (allora forse imprevedibile) delle mille possibilità e insidie del *web*, l'autore francese pone, forse in modo non inconsapevole, tra le righe del suo scritto più noto la stessa confutazione delle sue tesi, quando parla della *potenza* come esito teleologico dell'esaurimento di ogni *grand récit*: in fondo, quello che già nelle folgoranti intuizioni di Nietzsche era stato evidente torna alla luce quale conseguenza della destrutturazione dei valori della modernità.

Al di là del fatto che si potrebbe obiettare, a ormai quarant'anni di distanza, che le grandi narrazioni non sono scomparse, ma ritornano moltiplicate in altri contesti culturali caratterizzati da una sorta di discronia evolutiva in cui lo spazio è anche tempo del passato, con effetti devastanti: così è per esempio per la narrazione religiosa, che in Occidente si frantuma nel Dio personale di Beck<sup>34</sup>, nel *bricolage* religioso o nelle utopie postsecolariste, ma è purtroppo ancora trascinante nel *jihad* islamico e negli altri fondamentalismi, ovunque presenti: perché anche in Occidente non mi stupirebbe, in forma reattiva, un "ritorno del represso" in una risacralizzazione che annulli il disincantamento weberiano e confermi l'incompiutezza della modernità di cui parla Habermas<sup>35</sup>.

Appare dunque evidente che, concependo quelle stesse metanarrazioni come fonti di legittimazione di dispositivi di dominio (nel senso foucaultiano del termine), la loro (relativa) scomparsa non fa certo venir meno la ragione profonda del loro esistere, ossia l'affermazione di una volontà di potenza che si trova, a questo punto, scoperta come tale.

E tuttavia, volendo essere realisti, non mi pare così vero che, anche nell'area occidentale, le grandi narrazioni siano scomparse. Anzi, le nuove forme della comunicazione le amplificano e le moltiplicano nelle vischiose forme del *politically correct*, nei comunitarismi che mascherano forme di autoritarismo strisciante, nella visione salvifica di un paradigma dei diritti fondamentali ancorato a una democrazia eurocentrica e universalizzante la cui generosa e interessata esportazione ha giustificato interventi bellici di ogni genere, ma anche con i tentativi, sul piano filosofico, di riaffermare nuove forme di realismo cognitivista (si pensi al noto testo di Ferraris), accanto peraltro a vivaci dibattiti sui contorni di una "post-verità" di natura essenzialmente mediatica, o infine, sul piano religioso (ma anche politico) con gli illusori tentativi del postsecolarismo dello Habermas successivo al 2001 di superare la strutturale frattura tra credenti e non credenti<sup>36</sup>. Dinanzi a tutto ciò, qual è il ruolo del diritto?

<sup>34</sup> U. BECK, *Il Dio personale. La nascita della religiosità secolare* (2008), tr. it., Roma-Bari, 2009.

<sup>35</sup> HABERMAS, *Il discorso filosofico della modernità. Dodici lezioni*, cit.

<sup>36</sup> M. FERRARIS, *Manifesto del nuovo realismo*, Roma-Bari, 2012; J. HABERMAS, *Zwischen*

## 5. Conclusioni

In conclusione, provo a rispondere – per quanto mi è possibile – ai quesiti/punti di riflessione così ben formulati nella presentazione del tema inviatici per questo incontro<sup>37</sup>.

Per il primo quesito: certo, al mito delle codificazioni (ossia del legislatore) si sovrappone oggi il mito della decisione giudiziale, posta ai vari livelli, e del “dialogo” tra le varie giurisdizioni, nazionali e sovranazionali. Questo è il frutto di una talvolta pedissequa importazione e diffusione di modelli ispirati in senso lato al giusrealismo e alle origini di *common law* dei Paesi anglosassoni, soprattutto nella loro declinazione nordamericana: il giudice Ercole di Dworkin<sup>38</sup> è la versione recente del mito di un *rule of law* che si traduce infine in un dominio della conoscenza individuale, di un diritto tradotto in principi che sono interpretati e applicati da un soggetto ipotetico ma pressoché onnisciente, entro modelli tradizionalmente strutturati su un ruolo “paracreativo” del giudice stesso, che si va ormai affermando ovunque e che tuttavia – sarebbe ipocrita nasconderselo – è talvolta piegato a un uso strumentale e teleologicamente (politicamente) orientato dei principi. Tale potenziale distorsione non è scongiurata né dalle talora confuse reintegrazioni etico-valoriali del diritto propugnate dal composito e variegato filone del neocostituzionalismo<sup>39</sup>, né dal pur più moderato paradigma teorico del *soft positivism* di Coleman<sup>40</sup>.

Dunque l’attività ermeneutica, con tutto il suo carico di *Vorverständnis*, o meglio, al plurale, di precomprensioni sovrapposte e intersecate nei

---

*Naturalismus und Religion. Philosophische Aufsätze*, Frankfurt a.M., 2005 (tr. it. parz., *Tra scienza e fede*, Roma-Bari, 2006); F. RIMOLI, *Laicità, postsecolarismo, integrazione dell’estraneo: una sfida per la democrazia pluralista*, in *Dir.Pubbl.*, n. 2/2006, 335 ss.

<sup>37</sup> I quesiti posti nella traccia all’introduzione al seminario, erano i seguenti: «a) le tendenze per così dire postmoderne costituiscono di certo una fenomenologia abbastanza assestata ma tutto ciò ci autorizza già a decretare la morte della grande narrazione dei codici e delle categorie giuridiche ovvero richiede soltanto una loro rivisitazione ancorché robusta? b) esistono in altre parole contropunte sufficienti a far pensare che sia ancora possibile un sistema giuridico magari più aperto ma non irrimediabilmente liquefatto? c) il diritto ha già perso la sua funzione ordinante nella dialettica struttura-sovrastuttura e si è ridotto nell’era postmoderna ad una mera funzione regolatrice a carattere esecutivo promanante dai centri di potere globali, dal mondo digitale e talvolta anche dalla giurisprudenza (ormai libera e a sfondo equitativo) e sicuramente non bilanciata dall’indebolimento e dalla dispersione degli altri centri tradizionali di produzione normativa: la legislazione (ormai frammentaria e priva di progettualità), l’autonomia privata (ormai ipercompressa), il mercato (ormai iperregolato)?».

<sup>38</sup> R. DWORKIN, R., *I diritti presi sul serio* (1977), tr.it., Bologna, 2010.

<sup>39</sup> Su cui S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, 2001.

<sup>40</sup> J.L. COLEMAN, *La pratica dei principi. In difesa di un approccio pragmatista alla teoria del diritto* (2001), tr.it., Bologna, 2006.

diversi soggetti, si pone ormai, anche nei sistemi di *civil law*, al centro del processo complessivo di positivizzazione del diritto, e incide in fondo, come interpretazione del “testo” costituito dai fenomeni reali entro il “contesto” della realtà ambientale, sulla stessa attività primaria di posizione del diritto, operata dal legislatore, per trovare poi il suo compimento nell’interpretazione dell’amministratore, del destinatario della norma, e infine (ma eventualmente) del giudice.

Il tutto si svolge con meccanismi che si caratterizzano sovente con le modalità strumentalmente persuasive e dissimulanti di cui ci parla la *nouvelle rhétorique* di Perelman, con i meccanismi di riorientamento e consenso praticati dalla neotopica di Viehweg, o con le manipolazioni dei testi di cui si sostanzia un’interpretazione comunque fatta di affabulazioni orientate all’accettazione sociale di una decisione necessaria, entro un gioco strategico tra decisori che dissimula il nucleo di violenza insito in un diritto che sarebbe in realtà per sé indecidibile, secondo la lucida tesi di Monateri<sup>41</sup>.

Di qui il margine ineludibile di incertezza del diritto, dei suoi procedimenti e dei suoi esiti, che tuttavia svolge, ancora secondo la lezione di Luhmann, un’importante funzione integrativa rispetto all’assorbimento del conflitto sociale, rendendo appetibili meccanismi decisionali che altrimenti sarebbero elusi da coloro che avessero la sicurezza di una soccombenza, e che potrebbero cercare vie diverse per la soddisfazione dei loro interessi<sup>42</sup>.

In tale prospettiva, la certezza del diritto, e la codificazione che ne fu strumento, fanno parte dello stesso mito della modernità<sup>43</sup>: ma tornando alle prospettive del postmoderno, più che con la letteratura io porrei un parallelo del diritto con l’architettura, ambito nel quale, come si è detto, il tema del postmoderno si è manifestato più che altrove. Ebbene, al di là della forma esteriore, del profilo estetico, in architettura esiste un problema di *funzione* che il progettista, per creativo ed eccentrico che sia, non può trascurare: cioè il fatto che, detto brutalmente, l’edificio deve stare in piedi, e deve poter svolgere il suo ruolo pratico (di abitazione, ufficio, luogo ricreativo etc.).

<sup>41</sup> CH. PERELMAN, *Logica giuridica nuova retorica* (1976), tr.it., Milano, 1979; T. VIEHWEG, *Topica e giurisprudenza* (1953), tr.it., Milano, 1962; P.G. MONATERI, “Correct our Watches by the Public Clocks”. *L’assenza di fondamento nell’interpretazione del diritto*, in J. DERRIDA, G. VATTIMO (a cura di), *Diritto, giustizia e interpretazione*, Roma-Bari, 1998, 189 ss.

<sup>42</sup> LUHMANN, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, cit.; F. RIMOLI, *Certezza del diritto e moltiplicazione delle fonti normative: spunti per un’analisi* (2000), ora in L.MENCONI - F.MODUGNO - F.RIMOLI, *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, II ed., Torino, 2017, 163 ss.

<sup>43</sup> GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, cit.

Dunque, in architettura esiste un limite funzionale alla libertà creativa, che si ritrova in fondo anche nel diritto: l'ordinamento – più ampiamente il sottosistema giuridico – deve assolvere, sul piano complessivo, le funzioni sistemiche di cui si è detto, pena la sua sostanziale estinzione: e ogni volta che a queste venga meno, la storia lo prova, le pressioni dell'ambiente esterno, come *inputs*, operano nel senso di un suo riassetto, imponendogli *outputs* che sovente, nella forma di un'involuzione autoritaria o *tout court* totalitaria, ne recuperano (almeno formalmente) la rigidità strutturante e la capacità coercitiva. In tal senso, esiste un limite funzionale basilare anche nel diritto, e un eccesso di indeterminazione costituisce il presupposto per una di quelle “catastrofi” che secondo le teorie di René Thom caratterizzano non di rado l'esistenza dei sistemi<sup>44</sup>. Qui dunque, cercando di rispondere al primo quesito, si trova tuttora a mio parere, né potrebbe venir meno troppo a lungo, l'importanza della funzione ordinante del diritto, al di là di ogni istanza poststrutturalista e/o postmoderna.

Il secondo quesito trova dunque una risposta conseguente: l'apertura del modello è indispensabile, come dicevo, laddove si assuma il principio pluralista alla base dell'opzione politico-assiologica del sistema complessivo. L'apertura, intesa come inclusività, non cognitivismo, relatività assiologica, in quella forse utopica “società aperta degli interpreti” della costituzione di cui Häberle parla, è il presupposto per l'integrazione politica e sociale, sebbene qui il tema sia poi troppo complesso per poterlo anche solo sfiorare<sup>45</sup>.

Il terzo quesito pone però problemi di più ampia portata: è evidente che il diritto con cui noi oggi abbiamo a che fare è ben diverso da quello fondato – mito della modernità – sullo Stato nazionale, né – mito della modernità più recente – sulla dimensione della *multilevel governance* delle organizzazioni sovranazionali e internazionali, nonché delle grandi *corporations* multinazionali<sup>46</sup>. Piuttosto, ma questo è un problema antico oggi esaltato ed esasperato dalle tecnologie informatiche e dai nuovi modelli di mercato globale, è un diritto determinato sempre più da quelle che possono definirsi matrici comunicative anonime, operanti secondo algoritmi preordinati dai codici della comunicazione informatica, e tradotti, in parole semplici, nella predominanza delle dinamiche derivanti da una iperfinanziarizzazione dell'economia mondiale, che, tramite, le istituzioni mondiali e sovranazionali, finiscono con l'esautorare, di fatto, ogni istanza

<sup>44</sup> R. THOM, *Modelli matematici della morfogenesi* (II ed., 1980), tr.it., Torino, 1985.

<sup>45</sup> P. HÄBERLE, *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Königstein/Ts., 1980.

<sup>46</sup> C. CROUCH, *Il potere dei giganti. Perché la crisi non ha sconfitto il neoliberismo* (2011), tr. it., Roma-Bari, 2012.

politica, globale o locale, rendendo le scelte obbligate, sia nei tempi, che devono essere rapidissimi, negando ogni possibilità di tipo discorsivo/deliberativo habermasiano nei processi decisionali, sia nei contenuti, che sono pressoché totalmente condizionati dall'esigenza di reagire, spesso in modo difensivo, a fenomeni che sono sostanzialmente incontrollabili (si pensi alla crisi nata nel 2008, tuttora in atto). E non tranquillizzano affatto le alquanto utopiche tesi di Teubner circa l'affermarsi delle "costituzioni sociali", in una sorta di autocostituzionalizzazione dei nuovi attori globali, giacché l'assenza di una reale istanza di controllo esterno rende infine il tutto assai labile<sup>47</sup>.

Qui sta oggi, a mio avviso, il problema principale, né saprei come si potrebbe affrontare realmente: tutto ciò schiaccia i singoli come gli Stati, mette in pericolo le democrazie e distrugge il *welfare*, facendo di fatto riemergere prepotentemente, a dispetto di ogni diversa e ottimistica meta-narrazione, quella natura di strumento di dominio che il diritto ha sempre avuto, stavolta però senza un sovrano cui imputare, in qualche modo, la responsabilità. Forse l'unica vera narrazione tuttora esistente, sempre dissimulata ma davvero insuperabile, è proprio quella di un diritto espressione e dispositivo di potere, che trova la sua natura prima, il «fondamento mistico dell'autorità» di cui parlavano Montaigne e Pascal<sup>48</sup>, in una forza originaria e autolegittimata, non giusta né ingiusta, e in una *hybris* oggi globale che ha assunto forme nuove e sempre più pericolose, rispetto alle quali le categorie del diritto pubblico tradizionale, in fondo ancora legate al paradigma della statualità, sembrano sempre più inappropriate<sup>49</sup>.

Ma, proprio nel suo frammentarsi, il diritto tradizionale apre sempre più le porte all'incontrollata espansione di un potere reale che, privo dei vincoli propri dello Stato di diritto, ormai assai deboli, si rende sempre più sfuggente e anonimo da un lato, e sempre più opprimente e vorace dall'altro. E questo, infine, più che un approdo alla postmodernità sembra un ritorno alla premodernità, in cui la forza, svelata, prevale sul diritto. Non più governo delle leggi, né governo degli uomini: il governo sta ormai nel sistema complessivo, in un nuovo Leviatano le cui regole di azione sono solo quelle

<sup>47</sup> G. TEUBNER, *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali* (tr.it.parz. di *Verfassungsfragmente. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, 2012), Milano, 2012.

<sup>48</sup> DERRIDA, *Forza di legge. Il "fondamento mistico dell'autorità"*, cit.

<sup>49</sup> M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv.dir.cost.*, n.1/1996, 154 ss.; G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli, 2012; L. GALLINO, *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Torino, 2013.

inscritte nei suoi automatismi operativi, anonimi e infine autodistruttivi.

Che il postmoderno esprima la terza fase del capitalismo (il capitalismo perfetto e multinazionale di cui parlano, pur in forme diverse, Mandel e Jameson, succeduto a quello classico e a quello imperialista), o sia un neoconservatorismo di risulta<sup>50</sup>, che addirittura non sia mai esistito come tale<sup>51</sup> ovvero configuri una nuova e positiva realtà non saprei dire: certo è che i giuristi, più di altri, sono qui chiamati a una sfida, storica e politica, tutt'altro che semplice da affrontare.

---

<sup>50</sup> HABERMAS, *Il discorso filosofico della modernità. Dodici lezioni*, cit.

<sup>51</sup> MORDACCI, *La condizione neomoderna*, cit.

Giuseppe Di Gaspare

*Il diritto post moderno, dalle meta narrazioni allo storytelling*

SOMMARIO: 1. Il giusnaturalismo e l'esaurirsi delle meta narrazioni nel campo del diritto. – 2. La filosofia del diritto di Hegel fondamento del positivismo giuridico. – 3. Dalla codificazione al positivismo giuridico. – 4. Il cambio di paradigma: dal diritto regola dei rapporti al diritto come dinamica del potere giuridico. – 5. L'epilogo del diritto vivente.

1. *Il giusnaturalismo e l'esaurirsi delle meta narrazioni nel campo del diritto*

La definizione di post moderno come l'evo attuale caratterizzato dall'esaurimento delle grandi narrazioni ideologiche della modernità, e, dunque, di riflesso come un atteggiamento diffuso di generale incredulità di fronte ai contenuti di tali narrazioni, quali discorsi fondati sul presupposto di un divenire storico comunque progressivo di affrancazione/ liberazione e sviluppo dell'umanità, viene accolta, in sintonia con il tema del convegno, per significare una cesura epocale prodottasi anche nel campo del diritto, tra un prima e un poi nel modo di intendere il fenomeno giuridico. Una ipotesi intrigante la post modernità, come già notato, in quanto suggestiva ma piuttosto indeterminata nel campo del diritto, con varie indicazioni su possibili ascrizioni di correnti dottrinarie e di periodizzazioni.

Come punto di partenza delle nostre riflessioni è d'uopo far riferimento alla monografia del 1995 di Gary Minda su *post modern legal movements* chiaramente influenzato, anche nella titolazione stessa<sup>1</sup>, dalla formulazione della teoria post modernista del filosofo francese Lyotard. Il lavoro di Minda, molto erudito, a noi giuristi continentali dice poco, in quanto la riflessione rimane essenzialmente circoscritta alla evoluzione dottrina e giurisprudenziale nord americana. In questo senso non sembra fornire spunti utili salvo le considerazioni sulla scuola del LAW & ECONOMICS sul quale sarà il caso di ritornare più avanti per gli influssi, su parte della nostra cultura giuridica, alla elaborazione dottrina del "diritto vivente".

---

<sup>1</sup> G. MINDA, *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*, New York and London, 1995 (nella traduzione italiana di C. COLLI: *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, 2001).

Il tema del post moderno, per noi giuristi di *civil law*, si presta ad essere soprattutto un'utile provocazione sullo stato dell'arte della scienza giuridica e del diritto. Un contenitore utile per registrare e riflettere sul diffuso stato di incertezza e di insoddisfazione sul diritto, sia teorizzato sia praticato nel nuovo millennio. Della post modernità può essere accolta la fondamentale suggestione di epoca di rottura e decostruzione di discorsi giuridici che, nelle pregresse costruzioni ideologiche della storia dell'uomo e dell'evoluzione dell'umanità, avevano trovato il loro presupposto filosofico e la loro giustificazione ideologica.

In questo senso, si può aderire alla datazione di Jean-François Lyotard che colloca l'avvento del post moderno al punto di caduta delle rappresentazioni simboliche del destino umano le quali avevano in comune una visione progressiva del futuro dell'umanità. In questo ordine di idee possiamo anche noi prendere atto di come, almeno nel mondo occidentale, le rappresentazioni mitiche, ideologiche e simboliche del "bene comune" dell' "interesse generale" in successione, in sovrapposizione ed in conflitto tra loro siano ora tutte in fase di progressivo esaurimento, a partire dalla seconda metà del secolo scorso. L'era delle grandi narrazioni dunque si situa oggi alle nostre spalle, lasciandoci in uno stato di generale diffuso disincanto. Su di un piano filosofico si prende atto della perdita di *appeal* delle visioni trascendenti e trascendentali della storia dell'umanità. Con sintesi eccessiva si potrebbe dire una successione che dalla visione trascendente della storia, dunque dalle meta narrazioni delle religioni monoteiste, arriva alla concezione trascendentale dell'illuminismo e dell'idealismo critico kantiano. Ai fini del discorso sul diritto moderno a noi interessa esclusivamente quest'ultimo approdo. L'illuminismo può infatti considerarsi il presupposto ontico del diritto moderno in quanto, posta l'autonomia della ragione, ovvero su quella base la libertà individuale a fondamento dell'etica pubblica, ha affermato il diritto naturale come intrinseco nella persona umana. L'illuminismo segna dunque il passaggio dal trascendente al trascendentale e perciò il salto da una visione religiosa dell'ordine sociale, che legittima il potere e conforma il diritto nel rispetto della tradizione, ad una concezione laica del fenomeno giuridico che rompe con la tradizione tramandata e fonda l'esistenza del diritto sulla coesistenza di uguaglianza e razionalità nella natura umana. È però da aggiungere che il razionalismo giuridico, nonostante si contrapponga nettamente alle meta narrazioni trascendenti delle religioni monoteiste della storia e del destino dell'umanità, rimane all'interno di una concezione del diritto inteso come "naturale", benché fondato sulla ragione piuttosto che

sulla tradizione (Leibnitz, Domat). Il diritto post moderno sarebbe invece successivo a qualsiasi declinazione del diritto come diritto naturale. Un diritto storicizzato in continuo divenire contrapposto ad un diritto statico ed immutabile, una volta rivelato dai profeti oppure svelato dalla ragione.

## 2. *La filosofia del diritto di Hegel fondamento del positivismo giuridico*

Come è noto è La “filosofia del diritto” di Hegel che immette bruscamente il diritto nella storia. Con Hegel, il discorso filosofico del fondamento dello spirito del mondo immanente nella storia fa venire meno la distinzione tra ragione e realtà e conseguentemente nega la possibilità stessa della priorità deontologica della prima sulla seconda. Alla manifestazione concreta della volontà dello Stato, in cui lo spirito della nazione si sostanzia nel suo divenire, non è possibile contrapporre la vigenza di un qualsivoglia diritto posto su altro fondamento. Hegel nega pertanto che possa sussistere una sfera di diritti naturali presupposta e tutelata di fronte allo Stato<sup>2</sup>. L'identità oggettiva tra ragione e realtà apre alla *realpolitik* del diritto positivo e alla ragion di Stato, per cui il diritto trova esclusivamente nella forza e nella volontà dello Stato il suo unico fondamento e motivazione. La rottura con il giusnaturalismo è netta e definitiva. Sulla scia di Hegel tutti i maggiori filosofi tedeschi rifiutano, anzi disprezzano, l'idea di diritti naturali imprescrittibili ed innati<sup>3</sup>. Siamo già nel post moderno?

È possibile datare la fine dell'epoca moderna e delle meta narrazioni giuridiche al venir meno della giusnaturalismo e all'avvento della filosofia Hegeliana?

Qui di seguito alcuni spunti a favore di questa ipotesi.

Vediamoli da vicino. Secondo Cassirer<sup>4</sup> il pensiero filosofico con Hegel abbandona ogni idea di trasformazione del mondo, «suo unico scopo è di descrivere la realtà storica come è e non come dovrebbe essere...e di sottomettersi necessariamente alla realtà in atto». La sottomissione alla realtà in atto implica necessariamente l'irrelevanza di qualsiasi valutazione etica del diritto vigente. Un passo più in là e non è difficile riconoscere come il rifiuto di qualsiasi giudizio etico fondato sul diritto naturale apra la strada ad un realismo giuridico basato esclusivamente sul riconoscimento oggettivo dell'effettività del diritto. Siamo in marcia verso il positivismo giuridico.

<sup>2</sup> Cfr. G.V.F. HEGEL, *Le maniere di trattare scientificamente il diritto naturale, posizione di questo nella filosofia pratica e suo rapporto con le scienze giuridiche positive*, in *Scritti di filosofia del diritto (1802-1803)*, a cura di A. NEGRI, Bari, 1962.

<sup>3</sup> E. CASSIRER, *Filosofia e Politica*, in E. CASSIRER, *Simbolo, mito e cultura*, a cura di D.P. VERENE, Bari, 1985, 227.

<sup>4</sup> CASSIRER, *Simbolo, mito e cultura*, cit., 230.

La fine dell'epoca delle meta narrazioni con l'hegelismo può essere colto anche da un altro punto di vista. Per Hegel "la nottola di Minerva" – come si sa – prende il volo al crepuscolo. La filosofia dunque perde ogni capacità di preveggenza. Perso il lume della ragione, essa allora non anticipa più il percorso della storia ma ne segue pedissequamente il tracciato. Nella dialettica hegeliana la capacità prospettica della filosofia permane ma solo a condizione che essa si cali nella storia per interpretarne il senso e le dinamiche. Nonostante l'apparente idealismo, nella dialettica hegeliana l'idea astratta non esiste necessariamente e forse non è neppure formulabile, se non di riflesso, tramite il suo inveramento – negazione – nella storia in divenire.

È possibile su questa base rintracciare in Hegel l'anello di congiunzione filosofico che segna la fine delle grandi narrazioni per il diritto? Se si accetta come discrimine la cesura con il diritto naturale, allora la post modernità giuridica caratterizzata dall'immanentismo storico prenderebbe la forma del positivismo giuridico, un diritto post moderno e metodologicamente autoreferenziale interno al sistema delle fonti storicamente dato.

### *3. Dalla codificazione al positivismo giuridico*

Dove collocare l'epoca della codificazione? In questa ricostruzione essa verrebbe a segnare la transizione dal diritto naturale al diritto positivo. La codificazione come epoca di transizione e di transazione: essendo la codificazione, al contempo e ambiguamente, da un lato la consacrazione formale dei diritti naturali, riconosciuti ma non posti dalla legge, e dall'altro, invece, la manifestazione positiva del potere giuridico dello Stato. Il passaggio implica una metamorfosi. Si entra nell'età della codificazione come giusrazionalisti e se ne fuoriesce come giuspositivisti. La codificazione, nel mentre riconosce la pre - vigenza del diritto naturale, dandogli una veste legale ne sradica la fonte e, dunque, lo snatura nella sua essenza nell'atto stesso in cui lo riconosce e lo trasforma in legge.

La decifrazione dell'età della codificazione è destinata a rimanere tema controverso. Vorrei però prendere le distanze da un'ipotesi ricostruttiva che va per la maggiore almeno tra gli storici del diritto. Per alcuni la codificazione verrebbe costituire il momento di massima affermazione del potere politico dello Stato grazie all'accentramento del potere normativo. Da qui la retrodatazione dell'identificazione del potere politico con il potere normativo all'età dei codici<sup>5</sup>. In questa prospettiva, la codificazione costitu-

---

<sup>5</sup> P. GROSSI, *Introduzione al novecento giuridico*, Bari, 2012, 4.

irebbe il punto apicale dell'accentramento del potere normativo nello Stato subordinandosi l'emanazione della legge alla volontà "politica" dello Stato. Da questo punto di vista, diviene poi coerente considerare la decodificazione in senso storicamente positivo come il riemergere di un processo di affrancazione della società civile dall'egemonia politica dello Stato moderno e come riscoperta del pluralismo giuridico e sociale precedente all'avvento dello Stato moderno<sup>6</sup>, la cui crisi avrebbe avuto l'effetto di liberare energie sociali represses. Con riferimento alla nostra tradizione giuridica questa rottura liberatoria avrebbe nell' "ordinamento giuridico" di Santi Romano il suo manifesto teorico e la sua celebrazione<sup>7</sup>. Si registrerebbe in questo modo l'innesco di un processo inarrestabile di liberazione delle forze sociali ed economiche munite di una loro intrinseca giuridicità refrattaria all'egemonia del diritto dello Stato che, contrastato da una pluralità di fonti confliggenti, inizierebbe a regredire<sup>8</sup>.

La retrodatazione all'età dei codici dell'affermazione del potere accentrato ed autoritario dello Stato moderno in realtà non convince. Così come non convince la riscoperta, prima e dopo lo Stato moderno, della bellezza del pluralismo della società civile. Vorrei spiegarmi meglio. La codificazione ha assolto una funzione di uniformazione del diritto ed, in questo senso, si può dire che abbia portato a compimento il processo di unificazione accentrato e di sistemazione della gerarchia delle fonti. Si può quindi convenire sul punto che, grazie alla codificazione, il diritto dello Stato si è definitivamente imposto sul pluralismo pre assolutistico. Dubito invece che questo passaggio sia stato una prevaricazione di un diritto spontaneo al quale è stato così impedito di germinare. Almeno che per tale non voglia intendersi l'aggregato costituito da un mix di diritto su base consuetudinaria, spesso locale, prerogative feudali, diritti fiscali della monarchia, statuti di libertà e di franchigie diversamente differenziati e modulati per singole comunità, città e corporazioni, sulla base dei rapporti di forza con la corona e con i vari potentati locali. Ma, a parte il giudizio nel merito, il carattere fuorviante della ricostruzione storica dominante è data dal confondere l'unificazione e l'uniformazione codicistica con il compimento di un disegno autoritario di affermazione dell'egemonia del potere politico dello Stato nazione. Identificare i codici napoleonici con Napoleone significa fermarsi all'epifenomeno con il rischio di dare luogo ad un grosso fraintendimento in ordine proprio ai rapporti tra autorità

<sup>6</sup> GROSSI, *op. cit.*, 8.

<sup>7</sup> GROSSI, *op. cit.*, 13.

<sup>8</sup> P. GROSSI, *Lo Stato moderno e la sua crisi (a cento anni dalla prolusione pisana di S. Romano)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, 1 ss.

politica e libertà dei singoli. Non vorrei far l'elogio della codificazione, altri l'hanno già fatta da tempo e egregiamente, ma se prendiamo in considerazione le materie e cioè essenzialmente il diritto civile, il commerciale, il tributario ed il penale, arriviamo a valutazioni opposte di segno positivo e di ampliamento degli spazi di autonomia degli individui a scapito del potere. Magari questi spazi garantiscono le libertà dei singoli cittadini anche nei confronti dei gruppi intermedi e dei corpi sociali ma i codici – non sarebbe il caso di ribadirlo – sono stati essenzialmente ed innanzi tutto strumento di estensione dell'uguaglianza giuridica sia nei rapporti inter privati sia, in quanto garanzia della certezza del diritto, mezzi di tutela delle libertà e diritti dei cittadini anche nei confronti dello Stato. In questo senso, guardando più alla sostanza, la codificazione è strettamente legata alla messa a regime dello Stato di diritto, almeno nell'Europa continentale e alla supremazia del potere legislativo, inteso come potere esclusivo del Parlamento in grado di limitare e subordinare alla legge il potere politico discrezionale degli apparati di governo e della corona. Certezza del diritto e contrasto del tasso di arbitrio del potere politico dello Stato-corona nelle materie oggetto di riserva di legge sono andati storicamente di pari passo con la codificazione. La struttura generale ed astratta delle disposizioni codicistiche pone infatti di rimando al centro del sistema il privato cittadino, nella classica anonima formulazione generale del "chiunque". Insomma la codificazione come strumento dell'attuazione dello Stato di diritto piuttosto che espressione del dispotismo politico e normativo dello Stato moderno. Sfugge ai sostenitori di quest'ultima tesi proprio la genesi dello Stato di diritto come "contropotere". Il Parlamento che si pone a "garanzia" dei diritti fondamentali dei cittadini nei confronti dello Stato e pertanto si può parlare di Stato di diritto in quanto "Stato sottoposto al diritto". L'età della codificazione affonda le sue radici nella struttura garantista della legge generale ed astratta, al contempo manifestazione e tutela dell'autonomia privata di una società civile unificata nel mercato nazionale il cui accesso è giuridicamente consentito e assicurato, almeno astrattamente, a tutti. Una società civile affrancatasi con le rivoluzioni liberali dai vincoli, dalle prerogative e dagli arbitri del potere politico centrale e dei potentati locali dell'*Ancien Regime*.

Appare quindi un grossolano errore teorico ridurre alla stessa matrice storica e fattuale il potere legislativo e quello politico nell'età della codificazione<sup>9</sup>. Semmai la riconduzione del potere normativo e la sua subordinazione a quello politico è evento successivo ed ha a che vedere piuttosto

---

<sup>9</sup> GROSSI, *op. ult. cit.*, 17 (in particolare nota 29).

con la crisi dello Stato di diritto. Ed in questo senso la crisi dello Stato di diritto verrebbe a coincidere con la crisi dello Stato moderno solo in ragione del fatto che da quella crisi nasce l'accentramento in unico centro di imputazione sia del potere politico sia del potere legislativo dello Stato. Dunque non lo Stato moderno / *alias* Stato diritto / ma lo Stato post moderno, installatosi agli inizi del secolo scorso, avrebbe le stigmate dell'accentramento monista del potere politico e normativo<sup>10</sup>.

#### 4. *Il cambio di paradigma: dal diritto regola dei rapporti al diritto come dinamica del potere giuridico*

La destrutturazione dei codici rappresentata nella storiografia come effetto di un nuovo slancio di liberazione del pluralismo sociale dalla rigida architettura delle fonti dello stato moderno, appare piuttosto, in prima battuta, come il collasso della funzione garantista della legge nei confronti del potere politico dello Stato e quindi come manifestazione della crisi dello Stato di diritto. Da questo punto di vista, "L'ordinamento giuridico" di Santi Romano, più che una via d'uscita dall'"oppressiva" struttura dell'accentrato sistema delle fonti legislative dello Stato moderno, ricerca uno spazio di legittimazione e di salvaguardia di un potere normativo proprio all'amministrazione in quanto Istituzione. Bisogna quindi intravedere al di sotto dell'epifenomeno descrittivo della crisi dello Stato moderno evocato da Romano, la crisi dello Stato di diritto per effetto dell'accentramento del potere politico nel Parlamento e vedere nel suo scritto il tentativo di fondazione teorica dell'autorità dello Stato, svincolandolo dall'indirizzo e dal controllo di Parlamento in preda, in quel periodo, per effetto dell'estensione del suffragio elettorale, a convulse trasformazioni destinate solo cinquanta anni dopo, con la costituzione della Repubblica, a consolidarsi come Stato democratico di diritto. È così possibile, contestualizzando l'opera, cogliere nell'ordinamento giuridico, nel robusto articolato pensiero teorico del futuro presidente del Consiglio di Stato degli anni trenta, la ricerca di una autofondantesi legittimazione del potere del governo come centro apicale dello Stato organizzazione in quanto tale dotato di potere intrinsecamente giuridico per il fatto di essere Istituzione e quindi munito "naturalmente" – verrebbe da dire – di un potere congenito in grado di porre norme all'interno del suo ordinamento in funzione della cura degli interessi pubblici

<sup>10</sup> Cfr. G. DI GASPARE, *Metateoria del positivismo giuridico*, in *Studi in memoria di A.R. Tassone*, II, Napoli, 2018 (ed anche in <<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it>> ultimo accesso: 05/06/2018).

di cui lo stesso Stato è inevitabilmente il “portatore”. Nella costruzione di Romano, la centralità e la preminenza dello Stato organizzazione non è contraddetta anzi è rafforzata dalla rilevata esistenza di altre Istituzioni minori, enti, corpi sociali e intermedi e altre “figure soggettive”, costretti comunque a girare ordinatamente nella sua orbita. Lo Stato come centro di gravità del sistema e la sua intrinseca giuridicità come forza di coesione e di attrazione di quel “macrocosmo giuridico che è lo Stato”<sup>11</sup>. Anche Cassese ricorda come Romano parli di «decomposizione dello Stato moderno» e

«definisce alternativamente questo fenomeno sindacalismo e corporativismo. Osserva che esso evidenzia la debolezza dell’istituto della rappresentanza politica, che non riesce a far rispecchiare la società nello Stato. Conclude che occorre salvaguardare almeno un principio: quello di una organizzazione superiore, che contemperi e armonizzi quelle minori, rappresentando l’interesse generale»<sup>12</sup>.

### 5. *L’epilogo del diritto vivente*

Prima di chiudere su Romano vorrei accennare alla problematica metodologica sottesa al suo sistema essenzialmente volto alla ridefinizione della dinamica giuridica del potere normativo nel diritto pubblico. Non è un problema isolata ed in effetti accomuna tutta la giuspubblicistica italiana e tedesca dell’epoca. Romano la presenta come esigenza di affrancazione del diritto pubblico dal diritto privato e dalla pandettistica e dunque dalla concezione del diritto come rapporto tra persone. Romano è ben consapevole che la soluzione dell’impasse teorico della giuspubblicistica vada ricercata emancipando la teoria generale del diritto pubblico dall’egemonia del diritto privato:

«chi ha conoscenza di questo faticoso ma importantissimo procedimento di integrazione e correzione di concetti un tempo esclusivamente privatistici che è stato iniziato dai moderni pubblicisti, intuirà facilmente la necessità che un procedimento analogo si compia per la stessa definizione del diritto che, giova ripeterlo, il diritto pubblico e la filosofia del diritto hanno mutuato ad occhi chiusi dal diritto privato»<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992, 65.

<sup>12</sup> S. CASSESE, *La prolusione romaniana sulla crisi dello stato moderno e il suo tempo*, Consiglio di Stato, Roma, 30 novembre 2011, in <[www.irpa.eu](http://www.irpa.eu)> (ultimo accesso: 05/06/2018).

<sup>13</sup> S. ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, Firenze, 1951, 8.

Ed in effetti nel diritto pubblico la concezione tradizionale del diritto, come regola dei rapporti tra persone, non è più raffigurabile. Con l'inclusione del Parlamento nello stato (parlamentare), infatti la fonte da cui emana il diritto si è spostata dal campo teorico della società civile, ove si situava contrapposta al campo teorico dello Stato, all'interno della stessa persona dello Stato. Assorbita la fonte legislativa – in precedenza esterna – all'interno della persona dello Stato come organo dello stesso – non è più configurabile un rapporto giuridico nel diritto pubblico tra Stato e cittadini alla stregua del rapporto tra privati. Il Parlamento ormai “organo” (interno) dello Stato persona non può emanare (dall'esterno) norme “bilaterali” allo stesso Stato, come avveniva nello schema teorico dello Stato di diritto liberale :

### **Stato liberale di diritto come stato sottoposto al diritto**



L'inciampo della dinamica giuridica si trasforma nel paradosso metodologico, posto, ma non risolto, nella teoria dell'autolimitazione dello Stato di G. Jellinek. La soluzione del problema diviene il rompicapo della giuspubblicistica italiana e tedesca a cavallo del secolo XIX. Dopo vari tentativi non riusciti, tra cui quello di Romano che ha ben presente il problema e per il quale «il diritto non è solo norma sui rapporti ma è soprattutto e prima di tutto organizzazione»<sup>14</sup>. Il paradosso è destinato a trovare soluzione grazie alla teoria pura del diritto. Kelsen di un sol colpo elimina dal campo teorico del diritto lo Stato come persona, seppellisce la fonte prima delle norme al di sotto della *Grundnorm* e ricostruisce la dinamica giuridica non più in termini di rapporti tra persone ma secondo lo schema scalare della produzione ed imputazione della norma facendo sparire di riflesso anche i destinatari ultimi degli effetti delle norme – le persone – e i rapporti giuridici tra gli stessi<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> ROMANO, *op. cit.*, 90. Cfr. DI GASPARE, *op. ult. cit.*, 83 ss.

<sup>15</sup> DI GASPARE, *op. ult. cit.*, 47 s. e nota 112.

Non è un problema che riguarda solo i giuspubblicisti. È il caso di segnalare come anche teorici di matrice privatistica si cimentino con la riformulazione della teoria generale del diritto richiamando all'epoca il tentativo di Ernest Roguin di porre le basi di una teoria giuridica "pura" del diritto mantenendo però – a differenza di Kelsen – ferma la concezione del diritto come rapporto qualificandolo nella specie come «rapport de droit»<sup>16</sup>.

Per concludere qualche spunto finale. La filosofia del diritto di Hegel potrebbe segnare il discrimine tra moderno e post moderno nel diritto e la cesura tra diritto naturale e positivismo giuridico. Con il positivismo giuridico – e non con l'età della codificazione dunque – si realizza la svolta autoritaria dell'accentramento nello Stato del potere politico e con la legge assorbita asetticamente all'interno del potere normativo e trasformata da limite del potere politico dello Stato a strumento del suo esercizio.

Posta su questa base, il passaggio al post moderno prenderebbe la seguente piega. La crisi dello Stato moderno, rappresentata come crisi dello Stato autoritario, non sarebbe altro che un modo di occultare ovvero "narratizzare" il collasso dello Stato di diritto. L'età della codificazione apparirebbe allora la fase terminale della grande narrazione trascendentale e razionalistica del diritto come rapporto tra uguali. La decodificazione<sup>17</sup> verrebbe a costituire la faccia in ombra del positivismo giuridico. Da questo punto di vista l'immanentismo metodologico nel positivismo giuridico darebbe luogo a tre fondamentali combinazioni della dinamica giuridica del potere<sup>18</sup> che sarebbero tutte basate sull'immanentismo hegeliano dello spirito del mondo nella storia. «Méconnu, traité à la légère le hegelianisme ne ferait ainsi qu'entendre sa domination historique deployant enfin sans obstacle ses immenses ressources d'enveloppement»<sup>19</sup>. Come non convenire.

Per quello che ci riguarda più da vicino, il filone positivista più in debito con il pensiero hegeliano sembra rintracciabile nella "costituzione materiale" di C. Mortati, non a caso filosofo oltre che giurista<sup>20</sup>. Un "indirizzo politico materiale" che promana dalle forze sociali e politiche al contempo fondativo del regime politico e del suo diritto. Un approccio in grado di transitare da un regime all'altro senza soluzione di continuità. Il costruito teorico della costituzione materiale appare aperto a futuro sviluppo sul quale anche la concezione agnostica del "diritto vivente" sembra innestarsi come suo depotenziato epigono. Una rappresentazione sistematica, quest'ultima, che registra l'ulteriore

<sup>16</sup> E. ROGUIN, *La science juridique pure*, Paris, 1923.

<sup>17</sup> Sulla quale cfr. N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979.

<sup>18</sup> DI GASPARE, *op. ult. cit.*, 150 ss.

<sup>19</sup> J. DERRIDA, *L'écriture et la différence*, Paris, 2014, 369.

<sup>20</sup> C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Roma, 1940.

modifica intervenuta con la globalizzazione nell'assetto delle fonti, accolta sempre come manifestazione di un segno positivo di progresso. «L'ordinamento giuridico quello vivente...ha spostato il proprio asse portante su fonti capaci di assicurare il salvataggio giuridico della società in cammino»<sup>21</sup>.

Siamo perciò alle prese con un diritto che si vuole spontaneo e pluralista, ma per questo non meno opprimente. A questo lucido approdo di realismo giuridico perviene anche la teorica dell'autoregolamentazione dei mercati del *law and economics*. Il “salvataggio giuridico della società” è ora affidato alle «iniziative spontanee – delle grandi imprese multinazionali... in collaborazione con provvedutissime officine giuridiche...per coniare e definire tecnicamente schemi giuridici in grado di ordinare la vita economica in continuo rinnovamento»<sup>22</sup>. La scienza giuridica si adegua dunque all'egemonia dei mercati transnazionali, prendendo atto delle esigenze di conformazione del diritto che il cammino turbolento della volatilità finanziaria esprime per il tramite di un diritto, cosiddetto, autopoietico<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> GROSSI, *Introduzione al novecento giuridico*, cit., 33.

<sup>22</sup> GROSSI, *op. ult. cit.*, 38.

<sup>23</sup> G. TEUBNER, *Il diritto come sistema autopoietico*, Milano, 1996.



Leonardo Droghini

*Il “giudice-amministratore” tra sindacato per principi e valutazione dell’interesse generale*

SOMMARIO: 1. Il mutevole rapporto tra giudice e amministrazione. – 2. Il sindacato sulla proporzionalità e di *full jurisdiction*. – 3. I poteri decisori del giudice amministrativo nel contenzioso appalti e l’apertura ad un sindacato “valutativo”. – 4. Conclusioni.

1. *Il mutevole rapporto tra giudice e amministrazione*

Nell’ambito della riflessione sul post-modernismo giuridico, un posto centrale occupa la figura del c.d. giudice-legislatore<sup>1</sup>, che si riferisce alla crescente rilevanza del formante giurisprudenziale, non più limitato alla funzione di interpretazione, ma vero e proprio creatore di diritto; figura problematica in uno Stato costituzionale fondato sulla separazione dei poteri<sup>2</sup> e che affida la funzione di produzione del diritto agli organi rappresentativi della volontà popolare.

La progressiva centralità della giurisprudenza nell’assetto ordinamentale, è conseguenza, anzitutto, della incertezza – se non assenza – della legge, a cui è legato il sentimento di sfiducia dei cittadini nei confronti dell’ordinamento, ormai incapace di dare risposte effettive e tempestive ai bisogni sociali. In tale contesto generale, il “nuovo ruolo” assegnato al giudice, anche amministrativo, è contribuire alla «riduzione dell’incertezza ed alla ri-costruzione della fiducia»<sup>3</sup>, attraverso una chiara e stabile giurisprudenza sulle vicende del cittadino nei confronti del potere pubblico.

<sup>1</sup> Sul tema, si v. N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017; L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Quest. Giust.*, 2016, 4, 13; R. PARDOLESI - G. PINO, *Post-diritto e giudice legislatore. Sulla creatività della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2017, V, 113; N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, 57 ss.

<sup>2</sup> Per ampi riferimenti al principio di separazione dei poteri, si v. G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 670 ss.

<sup>3</sup> Cit. Relazione del Presidente del Consiglio di Stato Alessandro Pajno, tenuta in occasione della cerimonia di inaugurazione dell’anno giudiziario 2017 a Roma, Palazzo Spada, il 31 gennaio 2017, pubblicata in *Gior. dir. amm.*, 2017, 2, 147.

Il mutevole rapporto tra i poteri dello Stato, tuttavia, non riguarda solo giudice e legislatore, ma anche giudice e amministrazione.

«Si modificano i rapporti tra giudice amministrativo e amministrazione: l'amministrazione ha paura di decidere; tende a difendersi più che a fare; quando non si "amministra per legge", al giudice si impone talvolta, suo malgrado, di "amministrare per sentenza»<sup>4</sup>.

La presenza di un confine mobile ed incerto tra giudice e amministrazione, è del resto confermata dal recente rinnovato vigore con cui la Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite vigila, *ex art.* 111, co. 8, Cost., il rispetto dei c.d. "limiti esterni" della giurisdizione amministrativa; sconfinamento che si verifica, tra l'altro, proprio nel caso in cui il Consiglio di Stato eccede dall'ambito della propria giurisdizione invadendo l'ambito riservato all'autorità amministrativa, o estende anche al merito il giudizio sull'atto amministrativo nei casi in cui il ricorso è consentito per soli vizi di legittimità<sup>5</sup>.

Dalle numerose pronunce che hanno affrontato il tema, emerge il labile confine tra legittimità e merito amministrativo nei casi di sindacato sulla discrezionalità e sulle scelte "opinabili", dove non è immediato valutare se il giudice si sia mantenuto nei limiti del controllo di ragionevolezza, logicità e corretta ricostruzione dei fatti, o se abbia ecceduto in valutazioni di opportunità.

Tra le ipotesi maggiormente problematiche, si pensi al caso in cui il g.a. ha annullato il provvedimento di mancata esclusione di un partecipante ad una gara d'appalto per "deficit di fiducia", ritenuto "non divisibile"<sup>6</sup>; al sindacato sugli atti del CSM, ove il g.a. operi direttamente una valutazione di merito del contenuto della delibera<sup>7</sup>; al sindacato sulle valutazioni tecniche nelle procedure di gara e nei provvedimenti antitrust<sup>8</sup>; al potere di caducazione del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione<sup>9</sup>.

---

<sup>4</sup> *Ivi.*, 150.

<sup>5</sup> Sul tema dell'eccesso di potere giurisdizionale, *ex multis*, R. DE NICTOLIS, *L'eccesso di potere giurisdizionale (tra ricorso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione e ricorso per violazione di legge)*, in <[www.sipotra.it](http://www.sipotra.it)> (ultimo accesso: 05/06/2018), 2017; R. VILLATA, "Lunga marcia" della Cassazione verso la giurisdizione unica (dimenticando l'art. 103 della Costituzione)?, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1, 324; G. VERDE, *La corte di cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito)*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 2, 367; A. TRAVI, *Intervento al seminario di studi sul tema "Eccesso di potere giurisdizionale e diniego di giurisdizione dei giudici speciali al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione"*, Corte di Cassazione, Roma, 21 settembre 2017.

<sup>6</sup> Cass. Civ., sez. un., 17 febbraio 2012, n. 2312.

<sup>7</sup> Cass. Civ. Sez. Un., 5 ottobre 2015, n. 19787.

<sup>8</sup> Cass. Civ., sez. Un., 12 maggio 2017, n. 11804; Id., 20 gennaio 2014 n. 1013.

<sup>9</sup> Cass., Civ., sez. un., 22 marzo 2017 n. 7295.

La presa d'atto della mobilità che caratterizza il rapporto tra giudice e amministrazione nell'attuale periodo storico, induce allora ad interrogarsi sulle cause del fenomeno e sugli strumenti che consentono al giudice amministrativo di avvicinarsi sempre più all'area del merito amministrativo.

Accanto ad una espansione dell'area di cognizione dei fatti posti alla base del provvedimento, che ha consentito, di per sé, anche grazie alla consulenza tecnica d'ufficio, una estensione del sindacato del giudice amministrativo, è possibile isolare due fenomeni: uno legato al ruolo sempre più centrale e incisivo dei principi nel sindacato giurisdizionale, l'altro riconducibile ad ipotesi in cui è lo stesso legislatore a stabilire che il giudice debba decidere attraverso poteri "anomali" di bilanciamento dell'assetto di interessi, valutando anche l'interesse generale.

Quanto al primo aspetto, ci si concentrerà sul principio di proporzionalità e su quello del giusto processo, nella prospettiva della c.d. *full jurisdiction*; con il secondo, si allude, in particolare, al contenzioso appalti e alla (pericolosa) tendenza di interpretare i poteri ivi previsti in termini generali.

## 2. Il sindacato sulla proporzionalità e di full jurisdiction

Il principio di proporzionalità dell'azione amministrativa, nato, come noto, nell'ordinamento tedesco, si caratterizza per una indagine trifasica: idoneità, intesa come capacità del mezzo utilizzato di raggiungere l'obiettivo prefissato; necessità, per cui deve essere scelto il mezzo che, a parità di efficacia, risulti il più mite per il singolo destinatario; proporzionalità in senso stretto, il quale implica che la misura adottata non debba incidere in maniera intollerabile sull'interessato, ossia il mezzo e il fine non debbono essere sproporzionati l'uno rispetto all'altro<sup>10</sup>.

Il principio ha trovato accoglimento nell'ordinamento comunitario e si è progressivamente affermato sia quale canone fondamentale dell'azione dell'Unione sia come strumento di sindacato giurisdizionale. Successivamente, il dialogo tra sistemi ha favorito la circolazione del principio, con effetti di ritorno (*feedback effect*) sull'ordinamento d'origine e su tutti quelli degli Stati membri, ed un effetto *spillover* che ha via via reso

<sup>10</sup> Sul principio di proporzionalità, si v. A.M. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; D. U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, in A.M. SANDULLI (a cura di) *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 151 ss.; ID., *Il principio di proporzionalità*, in M. RENNA, F. SAITTA (cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 389 ss.; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2010.

operante il principio anche in fattispecie di puro diritto interno<sup>11</sup>.

Per quanto qui interessa, vale la pena osservare che il controllo giurisdizionale sul rispetto del principio di proporzionalità, almeno nella concezione a tre gradini appena descritta, consente al giudice amministrativo di indagare in maniera diretta il contenuto della scelta discrezionale tramite la scomposizione del percorso decisionale della p.A. nei suoi passaggi logici, con il rischio di sconfinare in una vera e propria indagine sul merito.

In particolare, il controllo sulla necessità e, ancora di più, sulla proporzionalità in senso stretto, porta il giudice amministrativo a dovere confrontare il provvedimento adottato con un suo possibile contenuto alternativo ed a valutare il corretto bilanciamento di interessi coinvolti nella scelta discrezionale, con il rischio di invadere le prerogative dell'amministrazione. In questa configurazione, «il test di proporzionalità introduce un meccanismo decisionale di sostanziale bilanciamento di interessi ad opera del giudice e, al confine con il merito amministrativo»<sup>12</sup>.

Tuttavia, almeno per come si è orientata la giurisprudenza fino ad ora, la pervasività del controllo giurisdizionale è scongiurata da una applicazione del principio che si colloca nel tradizionale schema sull'eccesso di potere e che quasi mai si spinge nella completa valutazione trifasica teorizzata nell'ordinamento tedesco, ma si ferma alla verifica della necessità<sup>13</sup>.

La collocazione del canone di proporzionalità fra le figure sintomatiche sull'eccesso di potere, ha evitato, quindi, almeno per ora, una vera e propria erosione del merito amministrativo, pur se occorre osservare la peculiarità di questa figura sintomatica, definita “più evoluta”<sup>14</sup> poiché attiene direttamente al bilanciamento degli interessi e, dunque, al cuore della decisione discrezionale, a differenza delle tradizionali figure sintomatiche che riguardano non il

---

<sup>11</sup> L'operatività del principio è confermata dalla l. n. 241/90 che, con le modifiche della l. n. 15/2005, ha inserito all'art. 1, fra i principi dell'azione amministrativa, i “*principi dell'ordinamento comunitario*”, richiamando senz'altro anche il principio di proporzionalità.

<sup>12</sup> Cit. F. PATRONI GRIFFI, *Il metodo di decisione del giudice amministrativo. (Relazione al convegno su “La sentenza amministrativa ingiusta e i suoi rimedi” – Castello di Modanella, Siena, 19 e 20 maggio 2017)*, in <[www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)> (ultimo accesso: 05/06/2018), *Studi e contributi*.

<sup>13</sup> Cons. St., sez. V, 23 dicembre 2016, n. 5443; Id., 14 aprile 2006, n. 2087; Cons. St., sez. IV, 26 febbraio 2015, n. 964; TAR Campania, Napoli, sez. I, 30 gennaio 2017, n. 644; Cons. St., sez. VI, 12 novembre 2008, n. 5670 afferma che l'applicazione del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa, non consente «in via ordinaria al giudice amministrativo di sostituirsi alle valutazioni discrezionali compiute dall'autorità».

<sup>14</sup> Il concetto è espresso dalla giurisprudenza, in particolare in materia di graduatoria per l'avanzamento in carriera. Cfr. Cons. St., sez. IV, 12 gennaio 2016, n. 59; TAR Lazio, Roma, sez. I, 1 settembre 2015 n. 10978.

contenuto della decisione, ma il modo in cui si è giunti alla decisione stessa<sup>15</sup>.

Questione più complessa è quella del sindacato di *full jurisdiction*, che la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell’uomo richiede per l’attuazione del giusto processo *ex art. 6 CEDU*, anche nelle controversie sull’esercizio del potere amministrativo.

In particolare, occorre ricordare che l’interpretazione evolutiva della Corte EDU ha esteso l’ambito di applicazione delle garanzie di cui all’art. 6 della CEDU – espressamente riferito alle sole controversie di carattere civile ed alle accuse penali – ai procedimenti amministrativi volti a irrogare sanzioni “sostanzialmente penali” e quelli incidenti significativamente sulle posizioni soggettive di vantaggio dei cittadini<sup>16</sup>.

Il giudice di Strasburgo ha chiarito che, ove la decisione amministrativa non sia assunta nel rispetto dei requisiti dell’art. 6 (circostanza verosimile, posto che l’amministrazione non è un soggetto indipendente e nel procedimento amministrativo non si attua un vero e proprio contraddittorio), il principio del giusto processo attribuisce al cittadino il diritto di adire un tribunale con giurisdizione sul merito della questione, con poteri sostitutivi sugli accertamenti e valutazioni compiute dall’autorità amministrativa (c.d. sindacato di *full jurisdiction*)<sup>17</sup>.

Adottata questa innovativa impostazione, nel caso in cui il cittadino censuri l’intrinseco della decisione amministrativa o lamenti l’assenza di presupposti involgenti fatti complessi, emerge nitidamente la tensione tra il sindacato di *full jurisdiction*, che il giudice amministrativo deve esercitare, ed i limiti tradizionalmente presenti nel sistema di giustizia amministrativa.

Si pone allora l’esigenza di rimeditare su quale debba essere l’area delle scelte “riservate” all’amministrazione.

<sup>15</sup> Evidenzia in particolare le potenzialità del test di proporzionalità nel sindacato giurisdizionale, F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 2, 361.

<sup>16</sup> Rientrano nel campo di applicazione dell’art. 6 della CEDU, ad esempio, i procedimenti volti ad irrogare sanzioni amministrative, qualificate dalla giurisprudenza sovranazionale come “sostanzialmente penali”, i procedimenti che incidono sui diritti fondamentali o sul diritto di proprietà. Per più ampi riferimenti all’interpretazione sostanzialistica ed autonoma della Corte EDU dei concetti di “*civil rights*” e “*criminal charges*”, si v. A. CARBONE, *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo (a margine del problema dell’intangibilità del giudicato)*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 2, 456.

<sup>17</sup> Più precisamente, la *full jurisdiction* attribuisce al giudice il potere di riformare qualsiasi punto, in fatto come in diritto, della decisione impugnata, e quindi di esaminare il merito del caso, accertare i fatti e valutare gli elementi di prova. E ciò senza che il giudice amministrativo sia vincolato dai precedenti accertamenti degli organi amministrativi su punti decisivi per l’esito del caso, così prescindendo da un esame indipendente di tali questioni. Cfr. F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 2, 546.

Conviene distinguere tra discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa.

Quanto alla discrezionalità tecnica, come noto, il sindacato, definito intrinseco, si estende anche ai profili tecnici, ma si ferma a fronte della opinabilità della scelta, oltre il quale si colloca il merito amministrativo<sup>18</sup>. Nella prospettiva della *full jurisdiction*, si è sostenuto, questo limite potrebbe venire meno, con il passaggio a un sindacato non più semplicemente “intrinseco di attendibilità”, ma ad uno di “maggiore attendibilità”, in cui il giudice, a prescindere dalla opinabilità, valuti in termini di maggiore o minore attendibilità la valutazione dell'autorità rispetto alle valutazioni alternative prospettate dalle parti<sup>19</sup>.

Una maggiore profondità di sindacato non sembra invece essere richiesto nel caso di discrezionalità amministrativa in senso proprio.

Infatti, la stessa giurisprudenza di Strasburgo ammette l'esistenza di aree insindacabili, riservate all'amministrazione, nei casi in cui la scelta involga profili di *policy*, in cui, perciò, viene in rilievo il principio democratico e la connessa responsabilità politica del decisore.

Invero, è stato osservato che, se la giustificazione dell'area della discrezionalità amministrativa insindacabile va rintracciata nel necessario rispetto del principio democratico, in un sistema basato sulla separazione tra politica e amministrazione, a stretto rigore, soltanto gli atti politici o di alta amministrazione dovrebbero essere ritenuti riservati (ad esempio, la nomina di alti funzionari, le scelte urbanistiche e pianificatorie, quelle di localizzazione di opere pubbliche, i provvedimenti di concessione della cittadinanza); viceversa, tutte le scelte comportanti il bilanciamento di interessi, ma effettuate da organi burocratici (non elettivi), dovrebbero essere pienamente sindacabili<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Cfr. Cass. civ., SS.UU., 20 gennaio 2014, n. 1013. Il limite della opinabilità, elaborato in sede giurisprudenziale, è stato recepito dal legislatore nel d.lgs. n. 3 del 2017 in tema di risarcimento del danno per violazioni, accertate dalla AGCM, delle disposizioni del diritto della concorrenza. L'art. 7 prevede che «Il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima».

<sup>19</sup> Parlano di “*sindacato di maggiore attendibilità*”, con riferimento all'attività delle amministrazioni indipendenti, F. PATRONI GRIFFI, *Il sindacato del giudice amministrativo sugli atti delle Autorità indipendenti*, in <[www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)> (ultimo accesso: 05/06/2018), *Studi e contributi*; DE NICIOLIS, *Op. cit.* In giurisprudenza, afferma la necessità di un sindacato di “piena giurisdizione” Cons. St., sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1596.

<sup>20</sup> Cfr. E. CODINI, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale. Per una ridefinizione della discrezionalità*, Napoli, 2008; G. CARUSO, *Merito insindacabile e giudice amministrativo (note*

A prescindere della condivisibilità o meno di tali orientamenti volti a estendere il sindacato sulla discrezionalità tecnica e amministrativa, quel che interessa osservare è che il principio della piena tutela giurisdizionale e quello di proporzionalità, scuotono e mettono in crisi i concetti di legittimità e merito, con conseguente incertezza sul rapporto giudice-amministrazione.

Come efficacemente osservato dalla Suprema Corte, «(...) anche sulla spinta evolutiva dell'ordinamento comunitario i confini tra limiti della discrezionalità amministrativa, non sindacabile, e limiti della giurisdizione, si sono ormai definitivamente aperti ad un cammino improntato al rispetto dei due principi fondamentali: della pienezza della tutela giurisdizionale (full jurisdiction. Art. 6 CEDU e 47 dei diritti fondamentali dell'Unione) e dei limiti di proporzionalità, finalizzati a restringere l'area del merito amministrativo, insindacabile»<sup>21</sup>.

È necessario, tuttavia, che la futura riflessione sul tema si basi su uno stabile dialogo tra Consiglio di Stato e Corte di Cassazione; diversamente, una giurisprudenza arroccata in difesa del proprio plesso di appartenenza, non farà altro che alimentare i ricorsi per eccesso di potere giurisdizionale, con le conseguenti ricadute negative in termini di certezza.

### 3. *I poteri decisori del giudice amministrativo nel contenzioso appalti e l'apertura ad un sindacato "valutativo"*

Da un differente angolo visuale, l'avvicinamento del giudice all'amministrazione si può rintracciare in alcune disposizioni normative in cui è lo stesso legislatore a riconoscere poteri decisori "anomali", di sostanziale bilanciamento di interessi.

Il riferimento è, in particolare, agli artt. 121, 122, 120 co. 8 ter e 125 co. 2 del c.p.a., in cui il giudice è chiamato a valutare l'interesse delle parti e le esigenze imperative connesse ad un interesse generale all'esecuzione o al mantenimento in vita del contratto; a ciò si aggiungano, sulla stessa linea, le valutazioni che sono attribuite al g.a. dal D.lgs. n. 198 del 2009 (c.d. *class*

---

*a margine di una codificazione leggera*), in *LexItalia.it*, n. 11/2009. Sul tema, M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2012, 1602, osserva che, sebbene non sia condivisibile una lettura del principio di sovranità popolare esclusivamente incentrata sulla natura dell'organo che pone in essere la scelta, la nozione di «discrezionalità amministrativa sembra richiedere una profonda rimediazione (con conseguente riduzione degli spazi di pretesa insindacabilità da parte del giudice amministrativo di legittimità)».

<sup>21</sup> Cit. Cass. Civ., SS.UU., 16 gennaio 2014, n. 774.

action amministrativa), in cui assumono rilievo, ai fini decisori, le risorse strumentali, finanziarie e umane a disposizione della p.A. intimata<sup>22</sup>.

Che si tratti di parametri decisori anomali – quasi gestionali – è testimoniato dalla stessa legge delega, che prevedeva (art. 44 l. n. 88/2009 e art. 4. l. n. 15/2009) una giurisdizione esclusiva e di merito del giudice amministrativo; riferimenti poi soppressi, ma che non ha impedito di ipotizzare, con particolare riferimento ai poteri sulla sorte del contratto, la configurazione di una giurisdizione di merito “innominata”<sup>23</sup>.

Senonché, questi poteri, a fronte della chiara scelta del c.p.a. di escludere il contenzioso appalti dalla giurisdizione di merito, si spiegano, in un’ottica più generale, nel rinnovato rapporto tra cognizione ed esecuzione, al fine di realizzare il principio di effettività della tutela, che si mostra, da questo punto di vista, come «un formidabile fattore di erosione delle barriere fra giurisdizione e amministrazione»<sup>24</sup>. Si tratta, dunque, pur sempre di una giurisdizione di legittimità, ma caratterizzata da una saldatura tra cognizione ed esecuzione nell’ambito di un giudizio unitario, che assume connotati misti<sup>25</sup>.

La scelta di concentrare la tutela nella fase cognitoria – tendenza generalizzata con il c.p.a., all’art. 34 lett. c) e lett. e) – ha pertanto l’effetto di attribuire al giudice, in sede di legittimità, poteri che tradizionalmente erano considerati esercitabili solo in sede di ottemperanza, con l’effetto di avvicinare la cognizione sempre più al “merito”.

In questo quadro sistemico, è opportuno notare che se, da una parte, il contenzioso appalti si caratterizza per una spiccata esigenza di effettività della tutela, dall’altra, l’attribuzione del bene della vita al privato deve pur sempre essere compatibile con l’interesse pubblico; ecco dunque che il g.a. deve valutare, caso per caso, se la soddisfazione dell’interesse sostanziale sotteso alla posizione azionata non pregiudichi l’interesse pubblico.

In altri termini, se si vuole fornire il g.a. di forti poteri di definizione del rapporto controverso, nell’ottica dell’effettività della tutela, il “prezzo da pagare”, è quello di attribuire anche poteri di bilanciamento, valutazione e

<sup>22</sup> Si vedano, in particolare, gli artt. 1-bis e 4 del D.lgs. n. 198/2009.

<sup>23</sup> Cfr. R. CAPONIGRO, *La valutazione giurisdizionale del merito amministrativo*, in <[www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)> (ultimo accesso: 05/06/2018), 2010; E. STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell’aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1, 263, secondo cui si sarebbe di fronte ad un «potere sostanzialmente di merito».

<sup>24</sup> Cit. G. TROPEA, *L’“ibrido fiore della conciliazione”: i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione e amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 3, 1106.

<sup>25</sup> Cfr. M. LIPARI, *L’annullamento dell’aggiudicazione e gli effetti sul contratto: poteri del giudice*, in *federalismi.it*, n. 22/2010.

apprezzamento dell'interesse generale, onde evitare l'automatica soddisfazione dell'interesse del ricorrente a scapito di quello generale.

Se così è, il potere di valutare gli interessi coinvolti, che il legislatore attribuisce al giudice, costituisce in realtà un limite alla tutela del privato; ragione per cui diventa pericolosa l'interpretazione di queste logiche decisorie di bilanciamento in termini estensivi o generali, ossia anche nei casi in cui il legislatore nulla ha previsto. Tendenza che, invece, emerge da alcuni recenti indirizzi.

Caso emblematico è l'orientamento giurisprudenziale che ammette la possibilità, in caso di accoglimento del ricorso di annullamento, di modulare gli effetti temporali della pronuncia o escluderli del tutto e disporre unicamente l'effetto conformativo; ciò quando l'annullamento *ex tunc* risulti incongruo e manifestamente ingiusto, ovvero in contrasto col principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Tale orientamento, inaugurato con la nota pronuncia del Consiglio di Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755<sup>26</sup>, è stato recentemente applicato dal TAR Piemonte, Torino, sez. I, 9 agosto 2017, n. 960, in una fattispecie in cui l'impresa destinataria dell'ordine di bonifica di un sito inquinato censurava il difetto di istruttoria, per non avere la p.A. considerato la possibile responsabilità concorrente o esclusiva di una diversa società proprietaria dei siti in questione, che in passato aveva utilizzato. Il TAR, accolta la censura, ritiene, tuttavia, di non disporre l'annullamento delle ordinanze, in ragione di un interesse pubblico al sollecito avvio della procedura di bonifica e accoglie il ricorso nei limiti degli effetti conformativi, con l'obbligo perciò della p.A. di riesaminare la situazione.

Emerge, dunque, che le ragioni di giustizia del privato, destinatario di un provvedimento illegittimo, vengono disattese in forza di un interesse pubblico, quello ambientale, ritenuto dal Collegio rilevante e preminente rispetto a quello privato; potere valutativo desunto, tra l'altro, dagli art. 121 e 122 del c.p.a. e che, secondo il Collegio, «va riconosciuto al g.a. in termini generali, quando si tratti di determinare la perduranza o meno degli effetti di un provvedimento».

Sulla stessa linea, si è prospettato il potere del g.a. di modulare non solo gli effetti dell'annullamento, ma addirittura modulare la forma di tutela, ciò quando dall'annullamento deriverebbe un grave danno sociale, di cui il g.a. deve farsi carico per ragioni di proporzionalità, equità e di

<sup>26</sup> Per il commento alla pronuncia, si v. R. DIPACE, *L'annullamento tra tradizione e innovazione; la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 4, 1273; A. TRAVI, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e "non annullamento" dell'atto illegittimo*, in *Urb. e app.*, 2011, 8, 936.

giustizia. La questione, affrontata dall'Adunanza Plenaria n. 4 del 2015<sup>27</sup>, è stata risolta ricordando la natura soggettiva della giurisdizione amministrativa e la centralità del principio della domanda: il giudice non può *ex officio* modulare la forma di tutela, sostituendo la domanda demolitoria con una risarcitoria, «facendo recedere l'interesse, a suo dire, indebolito del ricorrente, sulla base di altre valutazioni di interessi (gli interessi dei controinteressati, l'interesse pubblico, il tempo, l'opportunità e così via)».

Da queste brevi considerazioni, emerge come la questione aperta riguardi la configurabilità o meno di un potere del giudice che, facendosi carico dell'interesse pubblico o delle possibili conseguenze pratiche della decisione nell'ambiente sociale, si risolva in un'attività di bilanciamento e valutazione degli interessi coinvolti. Il tema generale è quello dei limiti del potere del giudice ed è strettamente connesso alla natura soggettiva e/o oggettiva della giurisdizione amministrativa, in cui la centralità del principio della domanda «non può cancellare il dato di fatto che l'interesse pubblico di cui è portatrice una delle parti in causa rimane il convitato di pietra che impronta più o meno consapevolmente svariate disposizioni»<sup>28</sup>, ed orienta, dunque, i poteri del giudice.

Il pericolo è che l'enfatizzazione in sede giurisdizionale del ruolo dei principi e l'attribuzione di penetranti poteri di definizione del rapporto, com'è nel contenzioso appalti, finisca, come ricordato in apertura, per creare un giudice che “amministri per sentenza”<sup>29</sup>.

#### 4. Conclusioni

Se le principali caratteristiche del diritto post-moderno sono rappresentate dalla primazia dei principi, il ruolo crescente delle fonti sovranazionali e la crisi delle categorie giuridiche tradizionali, queste, per quanto sin qui considerato, trovano riscontro nell'indagine sul problematico rapporto tra giudice e amministrazione, sul cui sfondo si colloca l'incerta stabilità teorica

---

<sup>27</sup> Il caso riguardava l'impugnazione di una graduatoria di concorso che se annullata, a distanza di moltissimi anni dalla approvazione della graduatoria e dalla nomina dei vincitori, avrebbe comportato la perdita dell'attività lavorativa dei vincitori, con un impatto devastante sulla vita loro e delle loro famiglie.

<sup>28</sup> Cit. Cons. St., ad. Plen., 27 aprile 2015 n. 5.

<sup>29</sup> R. VILLATA, *Spigolature “stravaganti” sul nuovo codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011 n. 2, 867, avverte che «Il g.a. sta sempre più diventando il giudice degli appalti e questo sta facendo perdere di vista le linee del sistema, giacché si tratta di controversie “eccentriche”».

di una classica dicotomia del diritto amministrativo: legittimità e merito.

La tradizionale configurazione del merito come pura non-legittimità, ossia come concetto non semplicemente diverso dalla legittimità, ma come opposto, è il frutto del pensiero giuspositivista, portato ad individuare categorie giuridiche dalla linea di demarcazione netta ed univoca<sup>30</sup>.

Ma l'attuale incapacità (o impossibilità) della legge di regolare chiaramente l'azione amministrativa, rende insoddisfacente il sindacato di legittimità tradizionalmente inteso, inidoneo a soddisfare i bisogni di tutela domandati. Infatti, il concetto stesso di legittimità richiama inevitabilmente l'esistenza di un preciso reticolato di regole giuridiche che disciplinano il potere, sulla cui base è possibile sindacare l'azione amministrativa; la mancanza di queste, spinge il giudice a cercare la soluzione di giustizia del caso concreto nei principi e nel complesso dei valori immanenti l'ordinamento. In questo modo, l'esatta perimetrazione dei confini del concetto di "legittimità" viene meno, con le conseguenti incertezze anche sulla nozione di "merito".

Se così è, la rigida dicotomia legittimità-merito diviene cedevole, a favore di una visione dinamica tra i due concetti, che consente al g.a. di sindacare la legittimità sostanziale della decisione, grazie ad un sindacato per principi o tramite maggiori poteri di definizione del rapporto, riconosciuti e non; visione dinamica tra le due categorie che sembra del resto sottesa al nuovo rapporto tra cognizione ed esecuzione *ex art. 34 c.p.a.*

In termini più netti, si è sostenuto che l'assenza di sicuri punti di riferimento per la p.A. nella società postmoderna, dove prevalgono le esigenze globalizzanti, potrebbe richiedere una rivisitazione del ruolo del Giudice Amministrativo nel terzo millennio, con *l'abbandono del secolare tabù della inammissibilità di una decisione nel merito amministrativo*<sup>31</sup>.

Emerge, in conclusione, l'esigenza di rivisitare il concetto di legittimità e ridefinire il suo rapporto con quello di merito, al fine di conservare categorie giuridiche dal valore orientativo stabile, senza le quali prevarrebbe la logica del "caso concreto", che fa dipendere il discorso giuridico da mere situazioni contingenti, con la perdita di ogni elemento di razionalità sistemica e prevedibilità.

Solo attraverso un recupero delle categorie giuridiche fondamentali è possibile riequilibrare il sistema, affinché il giudice torni a garantire *"che l'amministrazione faccia bene il suo mestiere [e non] faccia il mestiere dell'amministrazione"*<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Sul concetto di merito amministrativo ed il suo rapporto con quello di legittimità, su v. A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di "merito"*, in *Dir. Amm.*, 2008, 3, 517.

<sup>31</sup> C. ZUCHELLI, *Il "provvedere" ai tempi della globalizzazione. Riflessi sul rapporto autorità/libertà*, in <[www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)> (ultimo accesso: 05/06/2018), *Studi e contributi*.

<sup>32</sup> VILLATA, *op. cit.*, 867.



N.E. Herbert Milandou

*Giurisdizioni penali internazionali e sovranità statale*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Giustizia penale internazionale e statualità del diritto: l'erosione del monopolio degli Stati nella repressione. – 2.1. La questione dei contrasti tra fonti sovranazionali ed una legge interna. – 2.2. Il principio della responsabilità penale individuale e l'irrelevanza della posizione ufficiale e delle immunità del colpevole. – 3. Giustizia penale internazionale e post-modernismo: mito o realtà? – 4. Rilievi conclusivi.

1. *Considerazioni introduttive*

Si può iniziare con l'asserzione di Ferry secondo cui «Abbiamo vissuto fin dall'inizio del XIX secolo, in particolare dall'inizio del capitalismo moderno in Europa, una decostruzione di valori e autorità tradizionali come mai era avvenuto prima nella storia dell'umanità»<sup>1</sup>, aggiungendo, tra l'altro, che «Siamo soggetti alla logica perpetua dell'innovazione e alla rottura con le antiche tradizioni»<sup>2</sup>, ricordando così uno dei più illustri economisti dello scorso secolo, Joseph Schumpeter<sup>3</sup>. Anche i diritti umani sembrano aderire a questa logica di pensiero del filosofo francese. È ormai opinione condivisa in dottrina l'emergere dei diritti umani nel diritto internazionale e l'istituzione di tribunali penali internazionali per punirne le violazioni che hanno influenzato la sfera del diritto penale moderno, le cui componenti fondamentali come la territorialità e la sovranità sono state decostruite. La domanda che si pone: cosa si è ricostruito e a quale paradigma può essere riconducibile?

---

<sup>1</sup> L. FERRY, *L'innovation destructrice*, Paris, 2014, 2 ss.

<sup>2</sup> FERRY, *op.cit.*, 7: «Avant toute chose, il est nécessaire de nous faire une idée claire des raisons pour lesquelles le capitalisme, comme l'avait déjà compris l'un des plus grands économistes du XXe siècle, Joseph Schumpeter, nous voue, de manière inéluctable à la logique perpétuelle de l'innovation pour l'innovation, et par là même, c'est tout un, à celle de la rupture, elle aussi incessante, avec toutes les formes d'héritage, de patrimoine et de tradition».

<sup>3</sup> Si veda anche, il manuale dell'autore, J.A. SCHUMPETER, *Business Cycles: A Theoretical, Historical, and Statistical Analysis of the Capitalist Process*, Martino Pub., 1939 dove l'autore affronta la questione del rapporto stretto tra lo sviluppo dell'attività economica e l'innovazione tecnologica.

L'oggetto di queste pagine è la problematica dei rapporti tra giustizia penale internazionale e sovranità attraverso il prisma dell'ipotesi del postmodernismo.

Se le trasformazioni ed influenze progressive, derivanti dalla fenomenologia di internazionalizzazione del diritto e della giustizia penale, che investono la sfera del diritto penale possono essere interpretate come una rottura con la modernità giuridica tuttavia esse non danno ancora luogo, a mio parere, ad una nuova configurazione del sistema penale tradizionale. Questo postulato si fonda su una osservazione non meno paradossale che si può trarre dall'analisi dei rapporti in questione. Da un lato l'istituzione di tribunali penali internazionali per perseguire e punire le violazioni dei diritti umani, a prescindere dal modello di funzionamento (concorrenza, prevalenza di giurisdizione, sussidiarietà) hanno determinato un sempre più incisivo processo di indebolimento della sovranità degli Stati, privandoli addirittura del potere di giudicare e condannare le persone nei loro territori; dall'altro, però, gli Stati restano il *dominus* sulla scena globale ovvero i soggetti centrali da cui dipende l'amministrazione effettiva della giurisdizione criminale<sup>4</sup>, poiché costui hanno mantenuto intatto il monopolio del potere coercitivo mentre i tribunali penali internazionali ne sono sprovvisti.

## 2. *Giustizia penale internazionale e statualità del diritto: l'erosione del monopolio degli Stati nella repressione*

Anzitutto, non è inutile ricordare che il diritto di punire era inizialmente considerato monopolio esclusivo degli Stati. Oggi non è più così. L'emergenza dei diritti umani e l'istituzione di tribunali penali internazionali hanno messo duramente in crisi il "paradigma ideologico dell'esclusiva statualità del diritto".

L'istituzione della giurisdizione penale internazionale, a prescindere dal modello di funzionamento (complementarità, concorrenza giurisdizionale, prevalenza di giurisdizione), ha determinato un incisivo processo di erosione del potere degli Stati fino a privare quest'ultimi dell'esercizio dello *ius puniendi* che è per eccellenza espressione della sovranità statale. L'esempio è quello dei Tribunali penali *ad hoc* e della Corte penale internazionale.

Nel primo caso, abbiamo degli strumenti sanzionatori penali non concordati fra gli Stati, bensì l'esito di un atto imperativo e vincolante del

---

<sup>4</sup> Sul punto, autorevole dottrina, ad es., osserva che: se gli Stati sono incapaci di sanzionare da soli i reati di diritto internazionale, le giurisdizioni internazionali attuali non sono nemmeno pronte a garantire l'effettiva sostituzione "*la relève*" (Cfr. M. DELMAS-MARTY, *Le relatif et l'universel. Les forces imaginantes du droit*, Paris, 2004).

Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite (cfr. cap. VII Carta dell'ONU). In altre parole, la sostituzione dei giudici nazionali dai giudici internazionali è stato un atto unilaterale adottato a discapito della volontà degli Stati del *locus commissi delicti* o dello Stato di origine del reo. Queste giurisdizioni hanno prevalenza sui tribunali nazionali e possono, altresì, avvalersi del diritto di richiedere il deferimento di un caso ad ogni fase del procedimento (art.9 St. TPIJ; art.8 St. TPIR)<sup>5</sup>, «anche laddove erano competenti come è stato, in effetti, osservato in dottrina»<sup>6</sup>.

Nel secondo caso, la Corte penale (CPI) può, prevalendosi del principio di complementarità (Cfr. disposizione preambolare n.10; art.1 St. CPI), privare lo Stato del suo monopolio della repressione ovvero sostituirsi automaticamente e sistematicamente al giudice nazionale nell'esercizio della propria giurisdizione penale, in particolare qualora lo Stato non abbia la volontà (*unwilligness*) o la capacità (*inability*)<sup>7</sup> di perseguire e punire gli autori dei crimini gravi internazionali (art.17<sup>8</sup> dello St. C.PI

<sup>5</sup> L'art. 9 dello St. TPIY rubricato "Giurisdizioni correnti" dispone, tra l'altro, che: «La giurisdizione del Tribunale internazionale prevale su quella dei tribunali nazionali. Ad ogni fase del procedimento, il Tribunale internazionale può richiedere ufficialmente ai tribunali nazionali di deferire il caso alla sua giurisdizione, secondo le norme del presente Statuto e del Regolamento di procedura dello stesso Tribunale internazionale». Disposizione analoga è prevista nello Statuto del Tribunale penale internazionale per il Ruanda (art.8, St. TPIR).

<sup>6</sup> Si veda, ad es., M.M. EL ZEIDY, *From Primacy to complementarity and Backwards: (Re)-Visiting Rule 11 bis of the Ad hoc Tribunals*, International and Comparative Law Quarterly (ICLQ), 57(2), 2008,403, in R. RASTAN, *What is "Substantially the Same Conduct?"*, Journal of International Criminal Justice 15(2), 2017, 3.

<sup>7</sup> In base alla disposizione di cui all'art.17.3 St. ICC, la capacità dello Stato a reprimere viene accertata, in una determinata fattispecie, valutando se, a causa di un totale o sostanziale collasso, ovvero della indisponibilità del proprio sistema giudiziario, tale Stato non è in grado di ottenere l'imputato, le prove e testimonianze che servono nel processo, o sia per qualunque altro motivo incapace a svolgere il procedimento instaurato. L'impossibilità di ottenere la consegna l'accusato è già occorsa per il Governo libico nel caso *Al Islam Gaddafi* che era in stato di custodia dalla milizia Abu Bakr al Siddiq della città di Zintan ed è stato motivo di inammissibilità dell'istanza presenta dalla Libia. Per un approfondimento al riguardo vedasi, *Prosecutor v. Saif Al Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, ICC-01/11-01/11-466-Red, decisione del 10 ottobre 2013, § 263 ss.

<sup>8</sup> Per un esame normativo dettagliato dell'art.17 St. CPI, si vedano, tra gli altri: S.S. WILLIAMS and W. SCHABAS, *Article 17: Issues of Admissibility*, in O. TRIFFTERER (eds), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes* (2<sup>nd</sup> edn., C.H. Beck, Hart, Nomos, 2008); W. SCHABAS, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford, 2016, 446 ss.; J.T. HOLMES, *Complementarity: National Courts versus the ICC*, in *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*, A. CASSESE, P. GAETA, J.JONES, Oxford, 2002, 667 ss.

relativo alle condizioni di procedibilità<sup>9</sup>).

Per quanto riguarda la questione del doppio giudicato (*double jeopardy*), anch'essa limitativa dell'autorità giuridica degli Stati, sia negli Statuti dei due tribunali *ad hoc* sia in quello della CPI, sorge il divieto in capo alle Corti nazionali di giudicare una persona per lo stesso reato per cui è già stata condannata o assolta (*ne bis in idem*)<sup>10</sup> davanti alla giurisdizione internazionale. Eccezione fatta, per quest'ultima che può tuttavia conoscere del medesimo caso laddove la procedura dinanzi al giudice nazionale è stata viziata cioè mirava a sottrarre l'imputato alla sua responsabilità penale (*Shame proceedings*) ovvero qualora il sistema giuridico statale fosse in difetto di imparzialità e indipendenza o qualora si trattasse di reati di diritto comune (cfr., art.10 St. TPIY; art. 9 St. TPIR; art.20 St.CPI).

### 2.1. *La questione dei contrasti tra fonti sovranazionali ed una legge interna*

Il processo di erosione della sovranità ad opera della giustizia penale internazionale è ravvisabile in altri ambiti come in quello legislativo. Quest'ultimo, ad esempio, si illustra dal divieto a carico degli Stati di adottare e promulgare delle leggi contrarie al diritto internazionale in particolare laddove esse confliggano con norme dello *ius cogens*.

Si ricordi brevemente qualche vicenda giurisprudenziale importante.

La Corte interamericana dei diritti umani e del popolo, nel caso *Barrios Altos*, ha condannato lo Stato del Perù per avere adottato delle leggi di amnistia, le disposizioni di prescrizione che escludevano nel diritto interno la possibilità di stabilire la responsabilità penale individuale per violazioni gravi dei diritti dell'uomo quali esecuzioni sommarie, extragiudiziali e tortura per contrasto con gli obiettivi della Convenzione interamericana per la protezione e difesa dei diritti umani e di conseguenza priva di effetti giuridici.

---

<sup>9</sup> In pratica, una richiesta che solleva un motivo di inammissibilità di un caso dinanzi alla Corte è concesso se il caso in questione è oggetto di una inchiesta o di un procedimento penale da parte di uno Stato competente, salvo nel caso cui lo Stato non sia disposto, non abbia la capacità (*inability*) o la volontà (*unwillingness*) di effettuare efficacemente l'inchiesta o il procedimento. Affinché un caso sia dichiarato ammissibile, l'inchiesta o il procedimento nazionale devono sostanzialmente coinvolgere la stessa persona lo stesso comportamento ritenuto nel procedimento dinanzi alla Corte.

<sup>10</sup> «Il principio si applica limitatamente al caso in cui l'imputato è già stato rinviato a giudizio, ha riportato condanna o è stato sciolto. In sostanza, laddove vi è stata una decisione nel merito». Sul punto, si veda in dottrina, A.M. LA ROSA, *Dictionnaire de droit international pénal*, Paris, 1998, 65-67; vedasi altresì, il Procuratore *c/ Tadic*, caso N. IT-94-I-T, Decisione sulla richiesta della difesa fondata sul principio *ne bis in idem*, 14 novembre 1995, §24.

Il Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia (TPIY), nel caso *Furundzija* (che parte della dottrina<sup>11</sup> ha qualificato “*jurisprudence commando*”<sup>12</sup>), ha stabilito che il divieto di emanare delle leggi di amnistia sulla tortura è diventata una norma dello *ius cogens*<sup>13</sup>.

La Corte EDU, nel caso *Al-Adsani vs United Kingdom*, ha seguito lo stesso ragionamento del TPIY: il divieto di tortura «has achieved the status of a peremptory norm in international law».

L'Italia, infatti, è stata condannata dalla Corte EDU per violazione dell'art. 3 (che divieta la tortura, i trattamenti crudeli, inumani e degradanti) in relazione all'uso eccessivo della forza di cui lamentavano i ricorrenti. Secondo la Corte di Strasburgo, tali comportamenti integravano un'ipotesi di tortura (Corte EDU, caso SARIGIANNIS c. ITALIA, sentenza del 5 aprile 2011).

Tale divieto comporta una conseguenza importante: sul piano della cooperazione penale come l'inammissibilità dalla corte sovranazionale di una richiesta di estradizione laddove sussistano dei motivi ragionevoli di

<sup>11</sup> Sul punto, vedasi, P.M. DUPUY, *L'Unité de l'ordre juridique international: cours général de droit international public*, Académie de Droit international de La Haye, 2003, 312.

<sup>12</sup> Per quanto riguarda le critiche a questa giurisprudenza cd. *commando*, si veda G. DELLA MORTE, *Le amnistie nel diritto internazionale*, Padova, 2011, 243 ss.

<sup>13</sup> Un altro caso importante è quello riguardante la Germania contro l'Italia noto anche caso *Ferrini*. Interessante circa la nozione di *ius cogens*, è l'orientamento giurisprudenziale adottato dalla Suprema Corte di Cassazione italiana nel caso *Ferrini c. Repubblica Federale di Germania* (case No5044/2004) in relazione alla domanda di risarcimento dei danni patiti durante la seconda guerra mondiale dalle forze militari tedesche. Pur trattandosi di immunità sovrana, la Corte ha insistito sull'evoluzione del diritto internazionale consuetudinario e sulla nozione stessa dello *ius cogens*. *In brevius*, la Corte ha stabilito che gli Stati non devono pretendere all'immunità nel caso di violazioni delle norme dello *ius cogens*. Lo stesso orientamento è stato seguito dalla Suprema Corte di Cassazione greca. Nel caso *Distomo* relativo alla richiesta di risarcimento del danno per i crimini commessi in Grecia dalle truppe tedesche la Corte greca, al fine di negare l'immunità alla Germania, ha stabilito che la violazione delle norme di *ius cogens* implica una rinuncia implicita dell'immunità. Questo orientamento purtroppo è stato infine rigettato dalla Corte internazionale di Giustizia che ha condannato, in particolare l'Italia per violazione degli obblighi posti dalla norma internazionale sull'immunità dalla giurisdizione civile dello Stato tedesco. Anche le corti greche hanno rivisto la loro decisione con il caso *Margellos c. Germania* (*Germany v Margellos*, case No 6/2002). Tuttavia, va tratto a nostro parere, un insegnamento positivo dai casi *Ferrini* e *Distomo* in quanto essi apportano un contributo fondamentale per i diritti umani delineando i contorni del concetto stesso di “*peremptory norm*”. In altre parole, si può affermare che i diritti umani, pur non essendo riconosciute come norme dello *ius cogens*, sembrano ricevere sempre più maggiore attenzione della comunità internazionale (ma esiste realmente la “Comunità internazionale” oppure una semplice assemblea degli Stati forti che si esprimono in nome dell'umanità ma che nella prassi sono semplici portatori e accaniti difensori dei loro interessi a discapito dei diritti fondamentali di cui dovrebbe godere ogni singolo individuo?).

dubitare che il comportamento dello Stato terzo sarà lesivo dell'integrità psichica e fisica dell'individuo<sup>14</sup>.

*2.2. Il principio della responsabilità penale individuale e l'irrilevanza della posizione ufficiale e delle immunità del colpevole*

Interessante altresì la riflessione in tema della responsabilità penale individuale nel diritto internazionale. Una delle caratteristiche dello Stato moderno era la non soggettivazione del sovrano alla giustizia sia penale che civile sia dinanzi agli organi giurisdizionali nazionali che internazionali. In altri termini, tutti quelli che incarnavano ed esercitavano il potere sovrano erano *de facto* e *de jure* al riparo del *iure criminale* e si consideravano *legibus solitus*, al di sopra del diritto in particolare del diritto penale.

Oggi la tendenza si è invertita perché anche i responsabili politici, Capo di Stato, di Governo o alto funzionario di Stato possono rispondere di violazioni gravi di diritto internazionale dinanzi alle giurisdizioni internazionali. Al riguardo, gli Statuti dei due tribunali *ad hoc* (art.7, c.2 St. TPIY; art. 6, c.2 St. TPIR) e della Corte penale internazionale (art.27 St.CPI) contemplano una disposizione che stabilisce esplicitamente l'irrilevanza della posizione ufficiale e delle immunità del colpevole<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Il divieto di tortura è diventato uno strumento fondamentale per la tutela dei diritti umani, una norma imperativa che appartiene al nucleo duro del diritto internazionale dei diritti dell'uomo, quale espressione dell'imprescindibile dignità inerente dell'essere umano. L'esempio a livello europeo è quello rappresentato dalla sentenza *Soering c. Regno Unito* (CEDH, 7 luglio) che riguarda l'applicazione extraterritoriale della Convenzione. Si tratta in particolare di una domanda di estradizione di cui la persona richiesta il signor Soering accusato di omicidio, rischiava la pena di morte nello Stato di Virginia (Stati Uniti). Si ricordi che all'epoca di questa sentenza, la pena di morte non era esclusa dalla Convenzione, essa poteva essere eseguita in tempo di pace. Questo fu previsto nel protocollo 6 alla Convenzione, successivamente completato dal protocollo 13 che proibisce attualmente la pena di morte in ogni circostanza. Ciò ricordato, ai fini dell'esame sulla compatibilità della richiesta di estrazione con la regola di cui all'art. 3 della Convenzione, la Corte ha elaborato un ragionamento basato sul trattamento del condannato a morte negli Stati Uniti. Il periodo che intercorre tra la condanna e l'esecuzione della pena è molto lunga provocando una sofferenza psichica. La Corte ha concluso che non è ammissibile che uno Stato parte della Convenzione esponga un individuo a un trattamento contrario all'art.3. Questa sentenza è stata ribadita in diverse altre decisioni. Nel caso *Jabari c. Turchia* (CEDU, 11 luglio 2000), la Corte ha stabilito che l'espulsione di una donna verso l'Iran dove rischiava di essere condannata a morte per lapidazione violava l'art.3 della Convenzione.

<sup>15</sup> L'art. 27 dello St.CPI è una norma che conferma l'obbligatorietà generale della legge penale, e cioè l'uguaglianza di tutti davanti alla legge a prescindere della posizione ufficiale del reo.

### 3. *Giustizia penale internazionale e post-modernismo: mito o realtà?*

Alla luce di quanto espresso in precedenza, la domanda si pone: è possibile parlare di rottura o rivoluzione giuridica con la modernità?

Per certi versi, il paradigma del postmodernismo avrebbe un senso se si guardano ai cambiamenti registratosi nel settore del diritto penale che sembrano confermare il superamento della modernità in particolare con un *iure criminale* rivoltosi contro lo Stato medesimo, affrancandosi della “ragione di stato” fino a colpire i vertici politici quali capo di Stato e di governo e i ministri come lo attestano alcuni procedimenti penali (in pendenza) contro dei responsabili politici dinanzi alle giurisdizioni penali sovranazionali e internazionali; così come una Corte sovranazionale che ordini ad uno Stato membro di disapplicare un atto legislativo poiché contrario al diritto internazionale. Sembra questa una rivoluzione giuridica straordinaria.

Per altri versi, come si è accennato prima, occorre però stare attenti poiché sebbene lo Stato abbia ceduto ad una quota significativa della sua sovranità e privandosi del suo monopolio di punire anche unilateralmente esso paradossalmente rimane ancora il soggetto *dominus* sulla scena globale.

Un insigne giurista italiano, Vittorio Orlando, ha scritto che «Per esprimere la quintessenza della sovranità degli Stati bisogna riferirsi alla celebre formula di Descartes “*Cogito ergo sum*”. Lo Stato deve dire “*Jubeo ergo sum*” e cioè “(Io) comando quindi (Io) esisto”. “Lo Stato esiste in quanto comanda e ciò vale in quanto ha la forza<sup>16</sup> di fare rispettare il suo comando»<sup>17</sup>. Le giurisdizioni penali internazionali, invece, non possono comandare perché esse sono sprovviste del potere coercitivo.

Già alla fine del XVIII secolo il grande Beccaria metteva in onore l’affermazione secondo cui «un sistema repressivo può essere ben strutturato ma rimane impotente se l’attività del legislatore non è seguita da una buona polizia»<sup>18</sup>. L’esempio fondamentale che sottolinea la rilevanza di tale affermazione è quello della Corte penale internazionale permanente. La Corte, osserva giustamente il Prof. Benvenuti:

<sup>16</sup> “*La justice sans la force est impuissante*”, come osserva anche Blaise Pascal, *Pensées*, Paris, 1976, par. 298, 137, citato in L. BOISSON DE CHAZOURNES, J.-F. QUÉGUINIER, *Crimes de l’histoire et réparations: les réponses du droit et de la justice*, Bruxelles, 2004, 142.

<sup>17</sup> A. GALAELLO-ADAMO, *Liberalismi: la cultura del giovane Vittorio Emanuele Orlando*, Torino, 1995, 220, citato in A. LUONGO, *Lo “Stato moderno” in trasformazione: Momenti del pensiero giuridico italiano del primo Novecento*, Torino, 2013, 36.

<sup>18</sup> Citato in H.D. DE VABRES, *Les principes modernes du droit pénal international*, Paris, 1928, 220.

«Is not supposed to act directly and authoritatively within sovereign States by means of its own detective and coercitive branches. The ICC is dependent on the cooperation of national authorities in the effective investigation and prosecution of persons alleged to have committed international crimes»<sup>19</sup>.

La Corte penale è priva di un proprio potere esecutivo, di una propria polizia giudiziaria per sequestrare documenti, di raccogliere delle prove e arrestare individui.

In buona sostanza, l'amministrazione effettiva della giustizia criminale internazionale dipende dagli Stati e non può, di conseguenza, prescindere dal loro contributo quale *conditio sine qua non* del suo buon funzionamento e del suo eventuale successo. Per riprendere una metafora di un illustre maestro di diritto internazionale, il Prof. Cassese «Senza la cooperazione degli Stati la Corte penale internazionale è semplicemente un gigante senza gambe e senza braccia»<sup>20</sup>. Per rilevare la sua più grande sfida della lotta all'impunità dei crimini internazionali è allora indispensabile la cooperazione degli Stati parte e terzi allo Statuto di Roma in assenza della quale la giurisdizione internazionale si risolverebbe a un *tellum imbellè sine ictu*. Il caso Bashir è un esempio illustrativo dell'incidenza negativa del difetto di cooperazione sull'attività giurisdizionale della Corte. Nonostante il mandato di arresto emesso dalla Corte penale, il presidente del Sudan in esercizio continua a spostarsi nei territori degli Stati parte allo Statuto di Roma. In ultima data, si è arrecato in Sudafrica dove le autorità locali si sono rifiutate di arrestarlo e consegnarlo alla Corte malgrado gli obblighi di cooperazione di cui all'art.86 St.CPI).

Infine, lo stesso ragionamento si può avanzare a proposito del diritto imperativo di cui si è parlato poco anzi. Georges Scelles ha scritto che il diritto nasce «dall'incontro dell'etica e del potere»<sup>21</sup>. Senza discutere circa la fondatezza e rilevanza di questa affermazione, tuttavia, bisognerebbe ammettere che tale incontro è lungi dall'essere concretamente realizzato,

---

<sup>19</sup> Cfr. «Complementarity of the International Criminal Court», in M.S. ELLIS, R.J. GOLDSTONE (eds.), *The International Criminal Court: Challenges to Achieving justice and accountability in the 21<sup>st</sup> century*, New York, 2008, 68.

<sup>20</sup> Si veda, a tal proposito, A. CASSESE, *On the Current Trends Towards Criminal Prosecution and Punishment of Breaches of International Humanitarian Law*, in *European Journal of International Law*, 1998, 13.

<sup>21</sup> Si veda, G. SCELLES, *Cours de Droit international public*, Paris, 1948,10, in J.Y. DAUTRICOURT, *La justice criminelle universelle aux Nations-Unies, Réflexions sur un abandon*, *Revue international de Droit pénal*, 1964, n.1/2, 251.

in questo ambito. È evidente che, nessun oggi, oserebbe mettere in dubbio l'esistenza delle norme imperative, del diritto inderogabile (*ius cogens*), di carattere generale e universale (cfr. art.53 Convenzione di Vienna sui diritti dei Trattati) quale espressione della civiltà giuridica internazionale, di un *corpus* di valori fondamentali condivisi tra le nazioni amanti, protettori e difensori dei diritti umani che hanno un interesse giuridico comune nel garantirne la tutela e il rispetto effettivi ma siamo ancora indietro nei fatti sia dal punto di vista della loro codificazione sia per le modalità della loro sanzione<sup>22</sup>. A questo riguardo, qualche insegnamento importante ne abbiamo tratto dalla recente giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia sui crimini nazisti commessi a danno dei cittadini italiani ed altri durante la seconda guerra mondiale (CIG, *Jurisdictional Immunities of the State*; CIG, *Germany v. Italy*, sentenza del 3 febbraio 2012). Si evince da questa vicenda, tra l'altro, un orientamento conservatore o statico<sup>23</sup> della maggioranza dei giudici dell'Aja, che mette in rilievo un diritto internazionale ancorato ad un approccio statocentrico a discapito di quello antropocentrico e cioè che porga poca attenzione al ruolo dell'individuo sul piano internazionale.

In buona sostanza è possibile, senza esagerare, ipotizzare una “modernità ibrida” cioè che scinde con il paradigma ideologico del monopolio esclusivo della repressione da parte degli Stati. Pertanto si deve respingere l'ipotesi di un postmodernismo poiché, come si è tentato di illustrare precedentemente, una delle caratteristiche essenziali della sovranità, il potere coercitivo degli Stati, rimane ancora intatto e nelle mani degli Stati mentre le Corti penali sovranazionali ne sono ancora sprovviste. Il postmodernismo non è un mito nemmeno una realtà concreta ovvero un concetto pienamente assestato. Tuttavia, può essere una importante “chiave di lettura” in grado di illustrare i processi e le varie trasformazioni che hanno toccato il diritto penale.

<sup>22</sup> Sul punto, vedasi in dottrina, C. FOCARELLI, *I limiti allo jus cogens nella giurisprudenza più recente*, in *Riv. dir. int.*, 2007, vol.90, 3, 637-656.

<sup>23</sup> Contrariamente a quello «evolutivo o dinamico» proposto dalla Corte di Cassazione italiana nel caso Ferrini (Sezioni Unite, sentenza 11 marzo 2004 n.5044, in *Riv. dir. int.*, 2004, 87, 589 ss.) in cui si rifiutava di riconoscere alla Repubblica federale tedesca una immunità dalla giurisdizione civile dinanzi ai giudici italiani. Per quanto riguarda le critiche mosse contro tale orientamento, vedasi, in dottrina, A. GATTINI, *War Crimes and State Immunity in the Ferrini Decision*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2005, 3, 224 ss.; C. FOCARELLI, *Denying Foreign State Immunity for Commission of International Crimes: the Ferrini Decision*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 2005, vol.54, 4, 951 ss.)

#### 4. *Rilievi conclusivi*

Io direi che siamo in una fase di transizione<sup>24</sup> e grandi trasformazioni sociali e, in tale contesto, mi sembra assai difficile pensare il diritto. Stiamo scivolando dalla modernità verso una altra realtà giuridica complessa ma che è ancora difficile da qualificare. Ciò detto, il prefisso “post” non può ancora essere accolto in via definitiva poiché di per sé non rende conto della complessità della realtà pratica giuridica. Tuttavia, una cosa si può dire con certezza e cioè che, «le droit international n'est pas seulement le droit des Etats, mais aussi le droit des hommes» per riprendere l'affermazione del Prof. René Cassin<sup>25</sup>. Oggigiorno, nell'era della globalizzazione dei diritti umani e dell'internazionalizzazione dei crimini non è più possibile pensare il diritto penale secondo *l'approccio “sovranista” classico*. La nostra realtà ha assunto una altra forma che è quella delle interdipendenze. In materia dei crimini internazionali come il terrorismo, i crimini contro l'umanità, genocidio e crimini di guerra, crimini di aggressione gli Stati non possono agire da soli. Essi hanno bisogno degli uni e degli altri. Come ha detto la penalista francese, Mireille Delmas-Marty, «Dobbiamo essere in grado di leggere e di pensare contemporaneamente il diritto nello Stato, fuori dello Stato e tra gli Stati»<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> L'opinione secondo cui il diritto attuale sta nella sua fase di transizione trova pienamente riscontro nella dottrina internazionalistica di riferimento. Vedi, tra gli altri, M. DELMAS-MARTY, *Vers une communauté de valeurs. Les forces imaginantes du droit*, Seuil, Paris, 2011.

<sup>25</sup> R. CASSIN, “L'homme, sujet de droit international et la protection des droits de l'homme dans la société universelle”, in *La technique et les principes du droit public. Etudes en l'honneur de Georges Scelles*, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1950, t.1, pp.67-91.

<sup>26</sup> Fra i numerosi scritti dell'autrice, sul tema della giustizia e del pluralismo giuridico, si vedano M. DELMAS-MARTY, *Le Pluralisme ordonné. Les forces imaginantes du droit*, 2, Seuil, Paris, 2006; M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques* (Testo presentato nel corso di un Convegno tenutosi il 26 gennaio 2006 presso l'Università di Bordeaux IV e ispirato al libro “*Le pluralisme ordonné* (II)”, op. cit.).

### III. IL PUNTO DI VISTA DEL PENALISTA



## Massimo Luigi Ferrante

### *Diritto penale post-moderno e costituzione: un rapporto problematico*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Il diritto penale “multilivello”.  
– 3. L’interpretazione “creatrice” giurisprudenziale. – 4. Il populismo penale. –  
5. Considerazioni conclusive.

#### 1. *Considerazioni introduttive*

Analizzare *funditus* la tematica del diritto post-moderno nell’ottica del penalista costituisce un’impresa ardua che richiederebbe un ampio lavoro monografico. È quindi del tutto evidente che in questa sede le mie riflessioni dovranno essere necessariamente sintetiche. Nonostante ciò, spero che possano fornire spunti di meditazione agli studiosi più giovani, che per motivi anagrafici non possono avere conoscenze dirette del passato per poterlo comparare in base alla loro esperienza con il presente. In particolare sarà interessante considerare, in maniera necessariamente rapsodica, la *geistige Situation*<sup>1</sup>, la situazione spirituale, della dottrina penalistica italiana.

Ciò premesso, appare metodologicamente corretto inquadrare storicamente il fenomeno. Nelle sessioni precedenti sono state proposte varie datazioni del diritto postmoderno. Per quanto riguarda il diritto penale, pur essendo conscio dei rischi che un’operazione del genere comporta, ritengo che la “modernità” sia una fase che è andata dalle codificazioni del primo Ottocento fino al recente periodo dell’affermarsi della giurisprudenza delle Corti costituzionali. Il “postmoderno”, a mio avviso ancora in fase iniziale, è invece caratterizzato dall’affermarsi delle corti sovranazionali.

Le differenze tra un passato prossimo ed il presente sono evidenti e non sempre sono frutto di fenomeni evolutivi.

Si tratta di una constatazione che trova conferma analizzando vari profili.

---

<sup>1</sup> Il richiamo è all’opera, per molti anni “lettura consigliata” per i giovani studiosi, di T. WÜRTEMBERGER, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, Karlsruhe, 1959, tradotta in Italia con il titolo *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, Milano, 1965.

## 2. Il diritto penale “multilivello”

Innanzitutto il profilo, intimamente connesso all’«europeismo giudiziario»<sup>2</sup>, del diritto penale “multilivello”, che si sarebbe dovuto concretare nel nostro ordinamento solo tramite la legislazione di adeguamento ad alcuni patti internazionali ed alla produzione normativa della Unione europea.

Fino a qualche anno addietro è stato in effetti così, venendo almeno formalmente rispettato il principio della riserva di legge statale nel settore penale. Da qualche anno invece la situazione è mutata, divenendo più confusa, per via del marchingegno delle “norme interposte”, così come interpretate dalle corti sovranazionali, avallato dalla Corte costituzionale basandosi sugli articoli 11 e 117 Cost.<sup>3</sup>, sia pur con il limite di considerare tali norme sub-costituzionali<sup>4</sup>. A causa di questa situazione hanno assunto carattere sempre più impellente i problemi dei rapporti fra le giurisdizioni, anche per la tendenza delle corti sovranazionali ad ampliare la loro sfera di influenza, *rectius* il loro potere. Occorre dire che il fenomeno ha portato anche effetti *in bonam partem* (penso all’interpretazione dell’art. 7 della Convenzione E.D.U. in ordine alla retroattività della *lex mitior*<sup>5</sup>), tuttavia non si può trascurare il fatto che di recente si è affermata a livello della Corte E.D.U anche una giurisprudenza *in malam partem* rispetto al *best standard* italiano, in tema di non applicabilità del predetto articolo 7 alle norme sulla prescrizione, ritenute, a differenza della tradizione costituzionale italiana, di carattere processuale<sup>6</sup>.

La questione si è manifestata in maniera eclatante con la sentenza della Corte di giustizia dell’Unione europea (C.G.U.E.), Grande Sezione, 8 settembre 2015, n. C-105/14<sup>7</sup> (d’ora in poi, per comodità, sentenza Taricco)

<sup>2</sup> Sul punto v. M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza fonte*, Milano, 2011.

<sup>3</sup> In tal senso si considerino le seguenti sentenze della Corte costituzionale (tutte citate in E. MOLINARO, *Recenti novità in materia di retroattività della legge penale più favorevole*, in *Treccani.it*, <[www.treccani.it/magazine/diritto](http://www.treccani.it/magazine/diritto)> ultimo accesso: 06/06/2018, 2): n. 348 del 2007; n. 349 del 2007; n. 39 del 2008, n. 239 del 2009; n. 93 del 2010; n. 1 del 2011; n.113 del 2011.

<sup>4</sup> In tal senso si consideri, a titolo d’esempio: Corte cost., 3 novembre 2009, n. 311, in <[www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do](http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do)> (ultimo accesso: 06/06/2018).

<sup>5</sup> Corte eur. dir. uomo, grande camera, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, in *Cass. pen.*, 2010, 832, con nota di G. ICHINO, *L'affaire Scoppola c. Italia e l'obbligo dell'Italia di conformarsi alle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo*. Su tale sentenza v. anche: M. GAMBARDILLA, *Il “caso Scoppola”: per la Corte europea l’art. 7 C.E.D.U. garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, in *Cass. pen.*, 2010, fasc.5, doc. 661.

<sup>6</sup> In tal senso v. Corte E.D.U. 22 giugno 2000, Coëme c. Belgio, in <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-63450>> (ultimo accesso: 06/06/2018).

<sup>7</sup> Corte di Giustizia dell’Unione Europea, Grande Sezione, 8 settembre 2015, n. C-105/14,

con la quale la Corte in questione, basandosi proprio sulla giurisprudenza della Corte E.D.U. da ultimo citata, ha addirittura conferito ad un giudice italiano la possibilità di disapplicare una norma in tema di prescrizione previa valutazione da parte dello stesso dell'esistenza o meno di generici parametri indicati dalla stessa Corte del Lussemburgo (*numero considerevole di casi di frode grave a danno degli interessi finanziari dell'Unione europea*). Da questa improvvida pronuncia è scaturito un vero e proprio *affaire*, molto somigliante ad un *Poltergeist*, che ha visto la Corte costituzionale con l'ordinanza n. 24 del 2017 (decisa il 23 novembre 2016 e pubblicata il 26 gennaio 2017)<sup>8</sup> operare una scelta fin troppo "diplomatica" al fine di

Taricco e altri, in <[www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)> (ultimo accesso: 06/06/2018), 14 settembre 2015. Sulla sentenza "Taricco" si vedano, *ex multis*: G. CIVELLO, *Il "dialogo fra le quattro corti: dalla sentenza "Varare" (2013) della CEDU, alla sentenza "Taricco" (2015) della CGUE*, in *Arch. Pen.*, 2015, n. 3, 783 ss.; F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia*, in <[www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)> (ultimo accesso: 06/06/2018), 14 settembre 2015; L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione Europea può erigere il giudice a legislatore*, in <[www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)> (ultimo accesso: 06/06/2018), 29 ottobre 2015; A. VENEGONI, *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi*, in <[www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)> (ultimo accesso: 06/06/2018), 29 ottobre 2015; E. LUPO, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale (riflessioni sulla sentenza Taricco)*, in <[www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)> (ultimo accesso: 06/06/2018), 29 febbraio 2016; M. GAMBARDELLA, *Caso Taricco e garanzie costituzionali ex art. 25 Cost.*, in *Cass. pen.*, 2016, 1468; Id., *Il "Caso Taricco": obblighi di disapplicazione in malam partem e compatibilità con i principi costituzionali della riserva di legge e di irretroattività*, in *Atti del Convegno di studi "Aspettando la Corte Costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo"*, in *Rivista AIC*, n. 4 dell'11/11/2016, 57 ss.; V. MAIELLO, *Prove di resilienza del nullum crimen. Taricco versus controlimiti*, in *Cass. pen.*, 3/2016, 1250 ss.; M. RONCO - G. CARUSO, *Il principio di legalità*, in *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, a cura di M. RONCO, Bologna, 2016, 30 ss. Sia consentito anche il rinvio a: M.L. FERRANTE, *Il tentativo di erodere il principio di legalità in alcune sentenze "multilivello"*, in *Arch. Pen.*, 2016, n. 1., 1 ss.

<sup>8</sup> Corte cost., ord. 23 novembre 2016, pubblicata il 26 gennaio 2017, n. 24, in <[www.cortecostituzionale.do](http://www.cortecostituzionale.do)> (ultimo accesso: 06/06/2018). Su tale ordinanza., *ex multis*: G. CIVELLO, *La Consulta, adita sul caso "Taricco", adisce la Corte di Giustizia: orientamenti e disorientamenti nel c.d. "dialogo fra le corti"*, in *Arch. Pen.*, n. 1, 2017, 1 ss.; V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco"*, in <[www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)> (ultimo accesso: 06/06/2018), 13 febbraio 2017, 1 ss.; A. MASSARO, *La risposta della Corte costituzionale alla (prima) sentenza Taricco tra sillogismi incompiuti e quesiti retorici*, in *Giur. pen.*, 2017, 1 ss.; R. KOSTORIS, *La Corte Costituzionale tra tutela dei "controlimiti" e scontro tra paradigmi*, in <[www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)> (ultimo accesso: 06/06/2018), 23 marzo 2017, 1 ss.; G. RICCARDI, *"Patti chiari amicizia lunga". La Corte Costituzionale tenta il "dialogo" nel caso Taricco, esibendo l'arma dei controlimiti*, in <[www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)> (ultimo accesso: 06/06/2018), 27 marzo 2017, 1 ss.; F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi*.

ottenere respiscenza da parte della C.G.U.E., limitandosi ad indicare alcuni punti fermi (natura sostanziale delle norme sulla prescrizione e conseguente sottoposizione di queste ai principi di riserva di legge e di determinatezza, in ossequio al *best standard* di tutela assicurato dall'ordinamento italiano) senza giungere ad uno scontro frontale con il ricorso ai cosiddetti "contro-limiti".

La gravità della presa di posizione "lussemburghese" appare evidente se si considerano i *vulnera* che la realizzazione di una scelta del genere arrechierebbe a numerosi principi costituzionali che costituiscono la base del sistema penale italiano, non solo i principi richiamati dalla Consulta ma anche altri principi, come quello di uguaglianza, quello della ragionevole durata del processo, quello del diritto di difesa e quello della rieducazione<sup>9</sup>. Il tutto per tutelare i "supremi" interessi finanziari dell'U.E.

Per quanto concerne la "situazione spirituale" della dottrina italiana, si è registrata la mancanza di un coro unanime di condanna di tale improvvida sentenza. Alcuni studiosi, sia pur in minoranza, hanno invece parteggiato per la C.G.U.E., tacciando addirittura la timida risposta della Consulta di "sovranoismo"<sup>10</sup>, accusa ingiusta soprattutto se tale risposta viene paragonata alle durissime prese di posizione del *Bundesverfassungsgericht* nei confronti di analoghi tentativi di "sconfinamento"<sup>11</sup>.

### 3. L'interpretazione "creatrice" giurisprudenziale

Altro aspetto inquietante del diritto penale post-moderno in Italia è quello del diffondersi dell'"interpretazione creatrice" da parte della giurisprudenza. Sintomi di questo fenomeno si erano riscontrati già dagli anni

---

*Osservazioni sull'Ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in <[www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)> (ultimo accesso: 06/06/2018), 27 marzo 2017, 1 ss. Sia consentito il rinvio a: M.L. FERRANTE, *L'ordinanza della Corte costituzionale sull'affaire Taricco: una decisione "diplomatica" ma ferma*, in <[www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it)> (ultimo accesso: 06/06/2018), n. 1/2017, 1 ss.

<sup>9</sup> Non essendo possibile soffermarsi su questi punti, sia consentito il rinvio all'analisi da me svolta in: FERRANTE, *Il tentativo di erodere* cit., 17 s.

<sup>10</sup> In tal senso: VIGANÒ, *Le parole e i silenzi*, cit. 1 ss.

<sup>11</sup> In tal senso: BVerfG, Secondo Senato, 15 dicembre 2015, R., in <[www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de)> (ultimo accesso: 06/06/2018); ed in *Cass. pen.*, 2016, n. 4, 1748, con nota di N. CANESTRINI, *Dalla Corte costituzionale tedesca un limite alla penetrazione dell'ordinamento comunitario negli Stati nazionali?* Su tale pronuncia si veda anche: M.D. POLI, *Mir gehört die Letztentscheidungskompetenz! L'ennesimo dialogo scontro tra Bundesverfassungsgericht e Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016, 28 settembre 2016.

Settanta con la cosiddetta “supplenza giudiziaria”. È però successivamente (a partire dagli anni Novanta) che ha assunto una dimensione più ampia. Emblematici casi di “creazione” di norme penali da parte dei giudici ravvisato nel cosiddetto “concorso esterno” in associazione per delinquere di tipo mafioso e nel dolo eventuale.

Per quanto concerne il concorso esterno<sup>12</sup>, esigenze politico-criminali di

<sup>12</sup> Sul tema v'è un'ampia bibliografia. Si considerino, *ex multis*: G. FIANDACA, *La contiguità mafiosa degli imprenditori tra rilevanza penale e stereotipo criminale*, in *Foro it.*, 1991, II, 472 ss.; Id., *Riflessi penalistici del rapporto mafia-politica*, in *Foro it.*, 1991, V, 137 ss.; Id., *Una espansione incontrollata del concorso criminoso*, in *Foro it.*, 1996, V, 121 ss.; Id., *Il concorso esterno agli onori della cronaca*, in *Foro it.*, 1997, V, 1 ss.; Id., *La criminalità organizzata e le sue infiltrazioni nella politica, nell'economia e nella giustizia in Italia*, in A.A.V.V., *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale*, a cura di V. MILITELLO, L. PAOLI, J. ARNOLD, Milano, 2000, 249 ss.; Id., *La tormentata vicenda del concorso esterno*, in *Legisl. pen.*, 2003, 691 ss.; C.F. GROSSO, *La contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa ed irrilevanza penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 1185 ss.; G.A. 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, 1266 ss.; A. MANNA, *L'ammissibilità di un concorso "esterno" nei reati associativi, tra esigenze di politica criminale e principio di legalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1189 ss.; G. INSOLERA, *Il concorso esterno nei reati associativi: la ragion di Stato e gli inganni della dogmatica*, in *Foro it.*, 1995, II, 423 ss.; Id., *Ancora sul problema del concorso esterno nei delitti associativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 632 ss. V.B. MUSCATIELLO, *Il concorso esterno nelle fattispecie associative*, Padova, 1995; C. VISCONTI, *Il concorso esterno nell'associazione mafiosa: profili dogmatici ed esigenze politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1995, 1303 ss.; Id., *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003; Id., *I reati associativi tra diritto vivente e ruolo della dottrina*, in A.A.V.V., *I reati associativi. paradigmi concettuali e materiale probatorio*, a cura di L. PICOTTI, G. FORNASARI, F. VIGANÒ, A. MELCHIONDA, Padova, 2005, 143 ss.; A. MANGIONE, *La "contiguità" alla mafia tra "prevenzione" e "repressione": tecniche normative e caratteristiche dogmatiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 705 ss.; S. ARDIZZONE, *Il concorso esterno di persone nel delitto di associazione di tipo mafioso e negli altri reati associativi*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, 745 ss.; F. BERTOROTTA, *Concorso eventuale di persone e reati associativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 1273 ss.; G. CIANI, *In tema di concorso eventuale nel reato associativo*, in *Cass. pen.*, 1998, 624 ss.; G. DE VERO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa, tra incessante travaglio giurisprudenziale e perdurante afasia legislativa*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 1327ss.; F. ARGIRÒ, *Note dommatiche e politico-criminali sulla configurabilità del concorso esterno nel reato di associazione di stampo mafioso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 768 ss.; A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, Napoli, 2003; *Partecipazione e concorso esterno: un'indagine nel diritto vivente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 242 ss.; G. DENORA, *Sulla qualità di concorrente "esterno" nel reato di associazione di tipo mafioso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 353 ss.; G. FIANDACA- C. VISCONTI, *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2006, II, 15 ss.; A. D'ALESSIO, *Concorso esterno nel reato associativo*, in *Dig. disc. pen.*, *Aggiornamento*, I, 2008, 155 ss.; M. DONINI, *Il concorso esterno "alla vita dell'associazione" e il principio di tipicità legale*, in <[www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)> (ultimo accesso: 06/06/2018), 13 gennaio 2013, 1 ss.; V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminazione legislativa e tipizzazione*, Torino, 2014. Sia consentito anche il rinvio a: M.L. FERRANTE; *Il cosiddetto concorso esterno, tra esigenze di politica*

repressione di forme di contiguità con associazioni di tipo mafioso hanno “giustificato” la giurisprudenza della Corte di cassazione, a Sezioni unite, che a partire dalla sentenza Demitry, datata 5 ottobre 1994<sup>13</sup>, ha ritenuto configurabile tale figura in base all’*escamotage*, a mio avviso sistematicamente scorretto, dell’impiego della generica norma contenuta nell’art. 110 c.p. in tema di concorso eventuale nei reati monosoggettivi ad un reato a concorso necessario. Anche in questo caso sono stati cagionati *vulnera* a vari principi costituzionali che costituiscono il fondamento del sistema penale italiano, a partire da quelli della riserva di legge e di tassatività per giungere ai principi di determinatezza e di ragionevolezza<sup>14</sup>. Tali considerazioni hanno di recente trovato conferma da parte della Corte E.D.U. nella sentenza 14 aprile 2015, n. 3, “sentenza Contrada”, con la quale si è *expressis verbis* riconosciuta l’origine giurisprudenziale di tale fattispecie<sup>15</sup>.

Per quanto concerne il dolo eventuale<sup>16</sup>, il problema per molti anni

---

*criminale e tutela della libertà personale*, in <[www.Dirittifondamentali.it](http://www.Dirittifondamentali.it)> (ultimo accesso: 06/06/2018), 2014, 1 ss. (lavoro sul quale si è sostanzialmente basato il presente paragrafo).

<sup>13</sup> Cass., S.U., 5 ottobre 1994, in *Foro it.*, 1995, II, 422, con nota di INSOLERA.

<sup>14</sup> Su tali aspetti sia consentito il rinvio a: M.L. FERRANTE, *Il pericolo del populismo nelle sue varie forme*, in <[www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it)> (ultimo accesso: 06/06/2018), n. 1 del 2017, 26 ss.

<sup>15</sup> Corte E.D.U., sez. IV, 14 aprile 2015, Contrada c. I Corte E.D.U., sent. 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia* (n. 3), ric. n. 66655/13, § 60. Su tale sentenza, *ex plurimis*: S. CIVELLO CONIGLIARO, *La Corte EDU sul concorso esterno nell’associazione di tipo mafioso: primissime osservazioni alla sentenza Contrada*, in <[www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)> (ultimo accesso: 06/06/2018), 4 maggio 2012, 1 ss.; A. MANNA, *La sentenza Contrada ed i suoi effetti nell’ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?* in <[www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)> (ultimo accesso: 06/06/2018), 4 ottobre 2016, 1 ss.

<sup>16</sup> La bibliografia sull’argomento è sterminata si considerino *ex multis*: A. DE MARSICO, *Coscienza e volontà nella nozione del dolo*, Napoli, 1930, 27 ss.; G. DELITALA, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. I, Milano, 1976, 433 ss.; G. MAGGIORE, *Diritto penale*, vol. I, parte gen., Tomo I, Bologna, 1949, 442 ss.; A. PECORARO-ALBANI, *Il dolo*, Napoli, 1955, 284-398; M. GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *Studi Urbinati*, 1951-1952, 142 ss., 212 ss.; Id., *Dolo (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XIII, 1964, 792; G.A. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 113 ss.; Id., *Dolo eventuale, dolo di pericolo, colpo cosciente e “colpa grave” alla luce di diversi modelli di incriminazione*, in *Cass. Pen.*, 2009, 5013 ss.; Id., *Una categoria di frontiera: il dolo eventuale tra scienza, prassi giudiziaria e politica delle riforme*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, 1317 ss.; Id., *Lenigma del dolo eventuale*, in *Cass. pen.*, 2012, 1974 ss.; G. LICCI, *Dolo eventuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1498 ss.; L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, Brescia, 1993, 51-54, 65-67, 81-84, 198 s.; Id., *La prevenzione dell’evento non voluto. Elementi per una rivisitazione dogmatica dell’illecito colposo e del dolo eventuale*, in *Studi M. Romano*, vol. II, Napoli, 2011, 963 ss.; Id., *Verso la fine del dolo eventuale? (Salvaguardando in itinere la formula di Frank)*, in *Dir. pen. cont. trim.*, 1/2014, 118ss. S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura della fattispecie*, Milano, 1993, 32 ss.; M. DONINI, *Teoria del reato. Un’introduzione*, Padova, 1996, 321 ss.; S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, Milano, 1999, 122 ss.

dall'entrata in vigore del codice è rimasto "sottotraccia" in quanto, in fin dei conti, erano limitati i casi di condanne in mancanza di volizione dell'evento, sostituita con l'ambigua "accettazione del rischio". In realtà, di dolo eventuale si parlava soprattutto a livello didattico evocando il caso della vecchietta morta a seguito di incendio appiccato per lucrare denaro dall'assicurazione, caso che apparteneva, per fortuna, più alle esemplificazioni manualistiche che alla realtà.

Il fenomeno si è invece sviluppato a dismisura negli ultimi anni veicolato *in primis* dall'incremento delle morti a seguito di incidenti stradali, che ha visto come risposta di alcuni P.M. e di una parte della giurisprudenza rispettivamente le contestazioni ed alcune condanne per omicidio a titolo di dolo eventuale. L'approvazione della norma in tema di omicidio stradale per via del sensibile incremento sanzionatorio ha però fermato il fenomeno su questo versante.

Resta invece aperto il versante delle "morti sul lavoro", per il quale

---

143 ss.; Id., *La definizione legale del dolo: il problema del dolus eventualis*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 920 ss.; Id., *La distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nei contesti a rischio di base "consentito"*, in AA.VV., *Reato colposo e modelli di responsabilità*, a cura di M. DONINI, R. ORLANDI, Bologna, 2013, 131 ss.; e in *Dir. pen. cont.*, 6 febbraio 2013; Id., *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza*, in *Dir. pen. cont. Irim*, 1/2014, 70 ss. Id., *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le Sezioni Unite riscoprono l'elemento psicologico*, in *Cass. pen.*, 2010, 2555 ss.; G. FORTE, *Ai confini tra dolo e colpa: dolo eventuale o colpa cosciente?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 228 ss.; P. VENEZIANI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Studium iuris* 2001, 75 ss.; G. CERQUETTI, *Il dolo*, Torino, 2010, 164 ss.; G.P. DEMURO, *Il dolo. II. L'accertamento*, Milano, 2010, 247 ss., 435 ss.; A. MANNA, *Colpa cosciente e dolo eventuale: l'indistinto confine e la crisi del principio di stretta legalità*, in *Scritti Coppi*, vol. I, Torino, 2011, 169 ss.; F.M. IACOVIELLO, *Processo di parti e prova del dolo*, in *Criminalia*, 2010, 493 ss.; M. RONCO, *Le radici metagiuridiche del dolo eventuale*, in *Studi M. Romano*, vol. II, cit., 1175 ss.; G. DE VERO, *Dolo eventuale, colpa cosciente e costruzione "separata" dei tipi criminosi*, in *Studi M. Romano*, v. II, cit., 883 ss., 904 ss.; M. PIERDONATI, *Dolo e accertamento nelle fattispecie penali c.d. "pregnanti"*, Napoli, 2012, 258 ss.; G.P. DEMURO, *Sulla flessibilità concettuale del dolo eventuale*, in *Dir. pen. cont. trim.*, 1/2012, 142 ss.; S. CAMAIONI, *Evanescenza del dolo eventuale, incapienza della colpa cosciente e divergenza tra voluto e realizzato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 508 ss., 538 ss.; G. FIANDACA, *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente, tra approccio generalizzante-probatorio e messaggio general-preventivo*, in *Dir. pen. cont. trim.*, 1/2012, 158 ss.; S. RAFFAELE, *La seconda vita del dolo eventuale tra rischio, tipicità e colpevolezza. Riflessioni a margine del caso Thyssen*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1077 ss.; D. PULITANÒ, *I confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1, 22 ss.; A. AIMI, *Dolo eventuale e colpa cosciente al banco di prova della casistica*, *Dir. pen. cont. trim.* 3/2013, 301 ss.; Id., *Dolo eventuale e colpa cosciente: il caso Thyssen al vaglio delle sezioni unite*, in *Dir. pen. cont. trim.*, 49 ss.; G. GENTILE, *"Se io avessi previsto tutto questo..."*. *Riflessioni storico-dogmatiche sulle formule di Frank*, in *Dir. pen. cont.*, 30 ottobre 2013; F. VIGANÒ, *Il dolo eventuale nella giurisprudenza più recente*, in *Il libro dell'anno del diritto 2013*, in *Treccani.it*; E. MAZZANTINI, *Dolo eventuale e colpa con previsione: dai concetti "generali" agli indicatori "di settore"*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, 1143 ss.

il dolo eventuale è stato impropriamente impiegato in alcune pronunce. Emblematica in tal senso la sentenza della Corte d'assise di Torino, 15 aprile 2011<sup>17</sup>, inerente alla tragedia della Thyssen, che ha condannato l'amministratore delegato dell'impresa per omicidio volontario a titolo di dolo eventuale, a differenza dei dirigenti locali condannati per omicidio colposo aggravato dalla previsione dell'evento. Proprio con riferimento a tale drammatico caso le Sezioni unite della Corte di cassazione sono intervenute con la famosa sentenza 24 aprile 2014<sup>18</sup>, cercando di indicare parametri per individuare un "equivalente" (significativo termine usato nella sentenza) della volizione dell'evento.

Eppure il tenore testuale dell'art. 43, I comma, primo alinea, c.p. non avrebbe dovuto lasciare spazi all'immaginazione: il delitto è doloso o *secondo l'intenzione*, l'evento deve essere preveduto e *voluto*. La chiarezza delle espressioni usate dal legislatore non avrebbe quindi dovuto far sorgere forzature interpretative tali da portare l'interprete a sostituire la volizione con un "equivalente", con buona pace del principio di tassatività.

I due esempi qui fatti evidenziano chiaramente i *vulnera* alla Costituzione che l'interpretazione "creatrice" della giurisprudenza arreca, soprattutto al principio della riserva di legge ed a quello della divisione dei poteri.

Per quanto riguarda la dottrina, la maggioranza, sia pur con sfumature, critica il fenomeno della giurisprudenza creativa<sup>19</sup>. Si registrano però in

<sup>17</sup> Corte assise Torino, 15 aprile 2011, in <[www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)> (ultimo accesso: 06/06/2018), 18 novembre 2011, con nota di S. ZIRULIA, *Thyssen-Krupp, fu omicidio volontario: le motivazioni della Corte d'assise*.

<sup>18</sup> Cass. S.U., 24 aprile 2014, n. 38343, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1926 s., con note di G. FIANDACA, *Le sezioni unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale* e di M. RONCO, *La riscoperta della volontà nel dolo*.

<sup>19</sup> Critici nei confronti del fenomeno, *ex multis*: W. HASSEMER, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, in *Ars interpretandi*, 2, 1997, 171 s.; S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997, 144 ss., 22; R. RAMPIONI, *"In nome della legge" (ovvero considerazioni a proposito di interpretazione creativa)*, in *Cass. pen.*, 2004, 310 ss.; Id., *Dalla parte degli ingenui. Considerazioni in tema di tipicità, offesa e c.d. "giurisprudenza creativa"*, Padova, 2007, 82 ss.; N. MAZZACUVA, *A proposito dell'"interpretazione creativa" in materia penale: nuova "garanzia" o rinnovata violazione di principi fondamentali?*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. DOLCINI, e C.E. PALIERO, I, Milano, 2006, 437 ss.

Sembra nutrire riserve nei confronti del fenomeno in questione anche Paliero (*"Minima non curat praetor". Iperτροφία del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Milano, 1985, 154): «... il nostro legislatore è assai meno pronto di altri nell'adeguarsi alla "modernizzazione". Lo supplice però, spesso, con disinvoltura, il diritto penale di formazione *giurisprudenziale*. oggi palestra comune agli acrobati dell'"interpretazione evolutiva" come agli apprendisti stregoni di un restaurato "diritto libero"».

maniera crescente autorevoli prese di posizione che, per un verso o per l'altro, finiscono per giustificare tale fenomeno<sup>20</sup>, ritenendo addirittura in un caso che il solo diritto penale oggetto di studio debba essere quello giurisprudenziale<sup>21</sup>. In un'ottica estrema, che però, mi sia consentito dire, appare essere una sferzante critica piuttosto che un'adesione al fenomeno in oggetto, viene proposta la distinzione tra *lex scripta*, consistente in *disposizioni*, ossia enunciati linguistici, meri significanti che devono essere interpretati, e *norme*, frutto dell'attività interpretativa giudiziaria, con la conclusione che la norma penale sarebbe fatta solo dal giudice<sup>22</sup> e prima dell'interpretazione giudiziaria gli enunciati linguistici delle disposizioni sarebbero solamente "lettera morta"<sup>23</sup>. Partendo da tali premesse, è evidenziato il contrasto della situazione con il principio della sovranità popolare, per superare il quale viene proposta una soluzione "originale", basata sul *controllo politico* di tale interpretazione o direttamente da parte del Parlamento o attraverso un *tribunale supremo* di nomina parlamentare<sup>24</sup>.

Queste divergenze di opinioni in ordine alla giurisprudenza creativa rappresentano un segno dei tempi "postmoderni" in quanto differenziano in maniera netta l'attuale "situazione spirituale" da quella della dottrina di un tempo, che ha sempre unanimemente e coerentemente difeso il principio della riserva di legge e quello della divisione dei poteri.

<sup>20</sup> Valorizzano la c.d. "interpretazione creativa": G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e spunti di diritto comparato*, in A.A.V.V., *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale* a cura di G. FIANDACA, Padova, 1997, 1 ss.; Id., *Ermeneutica ed applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 353 ss.; Id., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002; Id., *il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2008; F. VIGANÒ, *Riflessioni conclusive in tema di diritto penale giurisprudenziale, partecipazione e concorso esterno*, in A.A.V.V., *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio*, a cura di L. PICOTTI, G. FORNASARI, F. VIGANÒ, A. MELCHIONDA, Padova, 2005, 303; M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, 11 ss.; O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006; A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, ristampa con *Premessa di aggiornamento*, Torino, 2007.

<sup>21</sup> In tal senso: VIGANÒ, *Riflessioni*, cit., 304 s.

<sup>22</sup> M. TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico*, in *Arch. Pen.*, 2017, n. 1, 20 ss.

<sup>23</sup> TRAPANI, *op. cit.*, 21.

<sup>24</sup> TRAPANI, *op. cit.*, 79 ss.

#### 4. *Il populismo penale*

Il fenomeno della creazione giurisprudenziale si intreccia con un altro fenomeno che recentemente ha assunto proporzioni inquietanti, quello del populismo penale<sup>25</sup>, che mi son permesso di definire come «ogni fenomeno di influenza *distorsiva* della ricerca del consenso dell'opinione pubblica sul sistema penale»<sup>26</sup>. L'espressione “distorsiva” opera una forte selezione, riducendo la portata del concetto in questione a situazioni *patologiche*, lasciando quindi fuori da tale ambito situazioni fisiologiche, come quella della naturale attenzione del legislatore nei confronti delle aspettative dell'elettorato. L'«influenza distorsiva della ricerca del consenso dell'opinione pubblica» è invece quella che contribuisce a determinare risultati in contrasto con i principi posti alla base del sistema penale dalla Costituzione, quali il principio di proporzione delle pene, il principio di presunzione di non colpevolezza, il principio di legalità nei suoi vari “corollari” e, più in generale, il principio di inviolabilità della libertà personale.

Del populismo penale ho individuato tre tipi: populismo legislativo, populismo inquirente e populismo giudicante.

Quanto al *populismo legislativo*, ha, ad esempio, portato nell'ottica della repressione della corruzione, ad incrementi di pena che appaiono eccessivi e quindi non conformi al principio di proporzione delle pene<sup>27</sup>.

Infatti per quanto riguarda la *corruzione propria antecedente* si è registrato dalla riforma operata dalla L. 22 aprile 1990, n.86 fino ad oggi un incremento del minimo edittale del 200% e del massimo del 100%.

Per la *corruzione propria susseguente* l'incremento è stato ancor più sensibile: dal 1990 ai tempi attuali il *minimo* ha subito un incremento del 500% ed il massimo del 233%.

Per la *corruzione impropria antecedente* si è verificato un incremento del minimo edittale del 2333% e del *massimo del 100%* e per la susseguente

<sup>25</sup> Sul populismo penale si considerino: A. BOTTOM, *The Philosophy and politics of Punishment and Sentencing*, in *The politics in Sentencing Reform*, C. e R. CLARKSON-MORGAN (eds), Oxford, 1995; D. SALAS, *La volonté de punir. Essai sur le populisme penale*, Paris, 2005; J. PRATT, *Penal populism*, New York, 2007; G. FIANDACA, *Populismo penale*, in *Criminalia*, 2013, 95 ss.; D. PULITANO, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, 13 ss.; S. ANASTASIA - M. ANSELMI - D. FALCINELLI, *Populismo penale. Una prospettiva italiana*, Padova, 2015. Sia consentito il rinvio a: FERRANTE, *Il pericolo*, cit., 1 ss.

<sup>26</sup> FERRANTE, *Il pericolo*, cit., 2.

<sup>27</sup> Sul punto sia consentito il rinvio a: M.L. FERRANTE, *Brevi note sulla escalation sanzionatoria riguardante le fattispecie di corruzione*, in <[www.Dirittifondamentali.it](http://www.Dirittifondamentali.it)> (ultimo accesso: 06/06/2018), 20 ottobre 2016, 1 ss.

(sempre che la si ritenga attualmente prevista<sup>28</sup>) un aumento del *minimo* del 2333% e del massimo del 500%.

La sproporzione di questi trattamenti sanzionatori appare evidente anche se si effettua una ponderazione tra i beni giuridici tutelati da fattispecie diverse. Si confrontino i beni giuridici tutelati dalla norma in tema di rapina (patrimonio e libertà di autodeterminazione ma anche, secondo alcuni, integrità fisica) con quelli inerenti alla corruzione (buon andamento ed imparzialità o, a mio avviso, fiducia dei consociati nella pubblica amministrazione): l'articolo 319 c.p. prevede attualmente il minimo editale di 6 anni di reclusione, mentre le ipotesi aggravate di rapina previste

<sup>28</sup> Il problema sorge dal fatto che la strutturazione in un unico comma dell'art. 318 c.p. mette in discussione il precedente assetto incentrato sulla distinzione, in due diversi commi, tra corruzione antecedente e susseguente. Sorge quindi l'interrogativo su come questa scelta debba essere interpretata. Due possono essere le risposte. La prima incentrata sull'opinione che l'espressione "per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri" si riferisca sia alle situazioni antecedenti che a quelle susseguenti, assicurando così una maggiore tutela del bene giuridico. In tal senso: G. ANDREAZZA - L. PISTORELLI, *Una prima lettura della legge 6 novembre 2012, n. 190 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione)*, in <[www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)> (ultimo accesso: 06/06/2018), 2012, n. 3-4. 1 ss., 4 s.; D. BRUNELLI, *Le disposizioni penali nella legge contro la corruzione: un primo commento*, in *Federalismi.it. Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, 2012, 1 ss.; e, con toni critici nei confronti della scelta del legislatore, G. BALBI, *Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in <[www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)> (ultimo accesso: 06/06/2018), 2012, n. 3-4, 7. La seconda invece è basata sull'interpretazione dell'espressione *de qua* nel senso che sia riferibile alla sola corruzione antecedente, ritenendola equivalente a quella "per esercitare le sue funzioni o i suoi poteri" e non a quella "per aver esercitato le sue funzioni o i suoi poteri". Si tratta, ad avviso di chi scrive, di un'interpretazione più consona alla *ratio* della legge, sul punto volta a reprimere le situazioni nelle quali il pubblico ufficiale si "metta a disposizione del privato", che dal punto di vista logico precedono il compimento di un atto non contrario ai doveri di ufficio. Quindi non dovrebbe essere ritenuto punibile il comportamento del pubblico ufficiale che riceva denaro o altra utilità o ne accetti la promessa "per essersi già messo a disposizione". A ciò si aggiunga che ritenendo punibile anche l'ipotesi susseguente si porrebbero sullo stesso piano situazioni di diverso disvalore, come appare evidente se si considera quanto derivava dal combinato disposto del precedente testo dell'art. 318 con il testo dell'art. 320 c.p. (nel quale per le ipotesi di corruzione impropria susseguente era prevista solo per il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio-pubblico impiegato una pena molto meno grave rispetto a quella prevista per la corruzione antecedente - reclusione fino ad un anno), ed il fatto che il privato, in forza dell'art. 321 c.p. non era punito. Non osta a tale interpretazione il tenore della convenzione O.N.U. contro la corruzione del 31 ottobre 2003 (detta convenzione di Merida) e della convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa del 27 gennaio 1999, (detta convenzione di Strasburgo) in quanto le loro norme sul punto sembrano riferirsi ad ipotesi di corruzione antecedente. In tal senso: BALBI, *Alcune osservazioni*, cit., 7; *contra*: DOLCINI-VIGANÒ, *op. cit.*, 234.

dal III comma dell'art. 628 c.p. sono punite nel minimo con cinque anni di reclusione (oltre alla multa). La sproporzione appare evidente: punire con un minimo edittale inferiore rispetto a quello previsto per la corruzione propria ipotesi di rapina aggravata, ad esempio dall'uso delle armi o dall'appartenenza ad associazioni per delinquere di tipo mafioso, è del tutto incongruo ai sensi dell'art. 3 Cost.

Analogo discorso può essere fatto per quanto concerne i massimi editali: quello previsto per la rapina non aggravata (10 anni di reclusione, oltre alla multa) è identico a quello previsto per la corruzione propria.

Questa improvvida *escalation* sanzionatoria ha avuto come scopo quello di rispondere all'indignazione dell'opinione pubblica fornendo all'elettorato l'idea di una ferma volontà di "combattere" la corruzione. In pratica il legislatore ha però adottato una strategia di prevenzione del fenomeno analoga a quella che in luogo della bonifica delle paludi cerchi di debellare la malaria con un impiego smodato del chinino...

Quanto al *populismo inquirente*, si è sviluppato grazie a disdicevoli rapporti di *do ut des* tra mass media e ed alcune procure, che in cambio di "fughe di notizie" hanno ottenuto dai mezzi di informazione non solo sostegno acritico alle tesi dell'accusa ma, in alcuni casi, anche esaltazione di certi pubblici ministeri, assurti alla ribalta mediatica come "salvatori della patria". Al fenomeno si ascrivono anche le sopra citate contestazioni di reati a titolo di dolo eventuale in ipotesi colpose al fine di dare risposte "rassicuranti" all'opinione pubblica.

Infine il *populismo giudicante* appare ancor più pernicioso in quanto è abbinato al fenomeno della "creazione giurisprudenziale", poc'anzi visto, fornendo in qualche modo a quest'ultimo una giustificazione agli occhi dell'opinione pubblica.

Tale tipo di populismo ha influenzato anche decisioni di condanna in casi giudiziari famosi e controversi nei quali in mancanza di prove o di indizi che portassero "al di là di ogni ragionevole dubbio" al superamento della presunzione di non colpevolezza, sembrano essere stati decisivi i preconcetti nei confronti degli imputati creati dai mass media a sostegno delle tesi accusatorie.

Occorre però chiedersi perché parti (per fortuna minoritarie) della magistratura inquirente e di quella giudicante debbano essere così interessate all'opinione pubblica. Mentre per la classe politica tale interesse è nella natura delle cose, per la magistratura appare del tutto incomprensibile, a meno che non si ipotizzi un'inaccettabile ottica "oligarchica", *rectius* tecnocratica, ovviamente ben lontana dall'assetto democratico delineato dalla Costituzione.

Sul versante della dottrina, nei confronti del fenomeno complessivo del populismo penale si registrano prese di posizione fortemente critiche<sup>29</sup>, pienamente armoniche con i principi penalistici della Costituzione. Quindi almeno sotto questo versante si può ritenere che la “situazione spirituale” della dottrina italiana sia confortante.

### 5. Considerazioni conclusive

Occorre trarre le fila del discorso finora fatto. Il confronto tra il passato ed il presente evidenzia una graduale “perdita di osservanza” della Costituzione. I fattori di questo fenomeno sono vari: la ricerca di “spazi giurisdizionali” da parte delle magistrature sovranazionali, che quando esula dalla leale collaborazione assume gli stilemi di una vera e propria lotta per il potere; la perdita di credibilità della classe politica che si traduce in una sostanziale sfiducia dell’opinione pubblica nei confronti del Parlamento, con il conseguente tentativo di sostituirsi al legislatore da parte di alcuni giudici nella logica elitaria dei “salvatori della patria”; l’influenza sempre più manipolatoria dei mass media sull’opinione pubblica.

Si tratta di fenomeni che per un verso o per l’altro sono a pieno titolo ascrivibili al “post-moderno”.

Di fronte ad un quadro del genere occorre porre un quesito di fondo che riguarda tutti noi: come deve comportarsi lo studioso? Essere atarassico, calandosi nella materia che sta studiando in maniera astratta ed iperspecialistica e finendo per disinteressarsi dei *vulnera* alla Costituzione sopra evidenziati? Prendere atto della situazione e rassegnarsi? Cercare addirittura di trovare giustificazioni alle violazioni della Costituzione, in ossequio al diritto post-moderno, alla sua “liquidità”, alla logica *fuzzy* o alla asserita superiorità delle carte sovranazionali e, soprattutto, delle corti sovranazionali? In passato questi sarebbero stati interrogativi retorici, implicanti risposte negative, ma attualmente, in una logica “postmoderna”, risposte del genere non sono scontate. Io non posso far altro che dare a tali interrogativi risposte negative. Ma non basta. Oltre alla denuncia dei problemi, in questo caso quelli posti dal diritto penale post-moderno, occorre proporre soluzioni. A mio avviso per superare le aporie ed i pericoli del diritto penale post-moderno: è necessario per il giurista ricorrere alla *stella polare* rappresentata dalla Costituzione.

In particolare, da anni sostengo che il principio fondamentale, nei confronti del quale tutti gli altri principi penalistici svolgono una funzione “servente”

<sup>29</sup> FIANDACA, *Populismo penale*, cit., 95 ss.; PULITANÒ, *Populismi*, cit., 13 ss.

è quello dell'inviolabilità della libertà personale, sancito in maniera "scultorea" dalle art. 13, I comma, Cost. («La libertà personale è inviolabile»)<sup>30</sup>. Si tratta di un principio che, in virtù della sua genesi storica (risultante in maniera evidente dall'analisi dei lavori dell'Assemblea costituente) vale non solo per la procedura penale ma anche per il diritto penale sostanziale, entrambi facenti parte del sistema penale.

Il diritto penale post-moderno invece rischia di distogliere l'attenzione degli studiosi dalla Costituzione, soprattutto a favore di "carte" di origine convenzionale. Si tratta però di un notevole errore di prospettiva. Essere sostenitori dell'europeismo giudiziario non deve mai portare a trascurare la Carta costituzionale, che ha costituito il modello per tante carte convenzionali, per via del suo rigore nella difesa dei diritti fondamentali. In ogni caso trascurare il "*best standard*" che a livello di garanzie tale Carta assicura rappresenta un atto di grave superficialità.

In definitiva, qui non si tratta di scegliere tra un'impostazione "tradizionale", garantista, ed impostazioni "postmoderne", più à la page; qui si tratta di difendere con fermezza l'osservanza del cuore pulsante della Costituzione, ossia l'osservanza dei principi di garanzia, la difesa dei quali ha costituito per decenni una vera e propria κοινή per gli studiosi di diritto penale.

---

<sup>30</sup> Sia consentito il rinvio a M.L. FERRANTE, *Principio di libertà personale e sistema penale italiano*, Napoli, 2014.

Antonella Massaro

*Legalità penale postmoderna*

SOMMARIO: 1. Il diritto penale tra postmodernità ed europeizzazione. – 2. Il diritto europeo in senso ampio: diritto eurounitario e sistema CEDU. – 3. La nozione autonoma di legge e la “riscoperta” del principio di determinatezza. – 4. La nozione autonoma di materia penale e la “riscoperta” della pena. – 5. Gelosa conservazione del moderno o resa incondizionata al postmoderno: un’alternativa reale?

1. *Il diritto penale tra postmodernità ed europeizzazione*

Il concetto di “postmoderno”, sebbene il suo strutturale polimorfismo lo sottragga a definizioni di carattere unitario, indica, in via generale, lo sfaldamento dei canoni tradizionali (estetici, narrativi, sociologici, politici) e la contestuale irruzione di schemi innovativi, che si caratterizzano per un rifiuto, più o meno esplicito, dei modelli culturali consolidati: il postmoderno è anzitutto l’incredulità di fronte alle metanarrazioni della modernità<sup>1</sup>, a partire dall’Illuminismo e dall’Idealismo.

Se si osserva il postmodernismo dalla prospettiva del diritto penale classico di ispirazione liberale, è innegabile che l’onda d’urto del “nuovo corso” abbia interessato anzitutto le diverse articolazioni di un principio di legalità inteso in senso “forte”, come derivante dall’elaborazione di stampo illuminista. Lo sfaldamento della legalità classica, riconducibile a fattori tanto endogeni (la crisi della legge e del Parlamento) quanto esogeni (la metamorfosi dell’idea di sovranità nazionale), trova una delle sue epifanie più evidenti in quella europeizzazione del diritto penale che ha assunto negli ultimi decenni delle proporzioni per certi aspetti inimmaginabili<sup>2</sup>.

Sono definitivamente tramontati i tempi in cui i lungimiranti precursori delle interazioni tra diritto penale e diritto (allora) comunitario prendevano atto della sostanziale «inesistenza di un diritto penale comunitario»<sup>3</sup> o, più

<sup>1</sup> J.F. LYOTARD, *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere*, Milano, 1981, 6.

<sup>2</sup> Sui rapporti tra legalità “classica” e legalità “europea” O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell’interpretazione*, in *Dir. pen. cont.*, 2012.

<sup>3</sup> R. RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, Padova, 1984, 5 ss.

cautamente, segnalavano lo stato di significativa «arretratezza» del suo sviluppo<sup>4</sup>. Fino a non molto tempo fa, in effetti, il solo accostamento tra “diritto penale” e “diritto europeo” poteva suonare come una contraddizione tendente all’ossimoro: da una parte si poneva il settore dell’ordinamento che in modo più indissolubile risultava legato al concetto di sovranità nazionale, dall’altra parte si ergeva la complessa costruzione della (attuale) Unione europea, edificata proprio sulla cessione di quote di sovranità da parte degli Stati membri. Un diritto penale europeo, dunque, risultava logicamente inconcepibile per il semplice fatto che il diritto penale individuava una quota di sovranità non cedibile a soggetti diversi, anche solo in parte, dallo Stato nazionale.

L’impressionante accelerazione subita dal processo di integrazione europea, unita, probabilmente, allo sgretolarsi della sovranità nazionale di matrice ottocentesca, ha determinato l’inesorabile collocazione (anche) del diritto penale nazionale entro la più ampia cornice di un diritto sovranazionale, tanto che il riferimento alla categoria del “diritto penale europeo” sta divenendo sempre più diffusa e consueta.

## 2. *Il diritto europeo in senso ampio: diritto eurounitario e sistema CEDU*

Il “diritto europeo”, in relazione al diritto penale, ha però assunto un’accezione più ampia rispetto a quella, per dir così, originaria. Se storicamente i rapporti tra il diritto penale e il diritto sovranazionale sono stati esaminati in riferimento al diritto europeo “in senso stretto”, attualmente a venire in considerazione è anche (e forse soprattutto) il versante che ruota attorno alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali.

Sono quindi due i poli attorno a cui si sviluppa l’europeizzazione del diritto penale. Il primo è quello del diritto europeo “in senso stretto” o, se si vuole, del diritto eurounitario (e quindi della Corte di Giustizia), per utilizzare un’espressione coniata a fronte delle esigenze di adeguamento terminologico imposte dal Trattato di Lisbona<sup>5</sup>. Il secondo polo è rappresentato dal sistema CEDU (e quindi dalla Corte di Strasburgo) e che, invertendo parzialmente la tendenza rispetto al passato, sta assumendo il ruolo di autentica locomotiva del cambiamento.

I due poli, vale la pena precisarlo, rispondono a logiche per molti aspetti differenti, non solo per ciò che attiene alla collocazione, nel sistema

<sup>4</sup> F. SGUBBI, voce *Diritto penale comunitario*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. IV, Torino, 1990, 90.

<sup>5</sup> A. RUGGERI, *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, in *Dir. un. eur.*, 2010, fasc. 1, 125 ss.

delle fonti, del diritto eurounitario e della CEDU, da cui deriva anzitutto l'attivazione di differenti strumenti per risolvere le antinomie rispetto al diritto nazionale. Anche il funzionamento delle due Corti e il ruolo che le stesse sono chiamate a svolgere meriterebbe una più attenta valorizzazione: la Corte di Strasburgo "nasce" come Corte dei diritti, mentre quella di Lussemburgo è prima di tutto una Corte dei mercati, geneticamente protesa alla tutela di interessi economici.

Malgrado le pur evidenti differenze, le Corti "europee" stanno seguendo un percorso per molti aspetti coincidente ed è proprio la Corte EDU che ha tracciato il solco di un sentiero comune, attraverso, in particolare, l'elaborazione delle nozioni autonome di legge e di materia penale necessarie al "funzionamento" degli artt. 6 e 7 della Convenzione<sup>6</sup>, ma divenute ormai parte integrante anche della giurisprudenza della Corte di Giustizia.

### 3. *La nozione autonoma di legge e la "riscoperta" del principio di determinatezza*

Secondo la nozione autonoma di "legge", ciò che rileva affinché il principio di legalità in materia penale possa dirsi rispettato non è l'origine parlamentare dell'atto né, più in generale, la presenza di una fonte "scritta", ben potendo rilevare anche il "diritto giurisprudenziale". È necessario e sufficiente che si tratti di una norma *accessibile* nei contenuti e *ragionevolmente prevedibile* negli esiti applicativi.

La "prevedibilità dell'esito giudiziario" rappresenta una categoria talmente complessa che sarebbe pretenzioso anche solo tentarne un inquadramento teorico in questa sede.

Si può solo osservare che, nel momento in cui la riserva di legge si trova trasfigurata in una più ampia (e generica) riserva di diritto, facendo venir meno la veste formale di cui la nostra tradizione giuridica è solita ammantare la legalità penale, a baluardo delle esigenze di garanzia restano gli altri corollari della stessa legalità.

La riserva di legge, l'irretroattività e la determinatezza si caratterizzano per un diverso grado di adattabilità e di resistenza all'urto dei mutamenti storici: la riserva di legge è il principio più storicamente condizionato, mentre l'irretroattività sembra vantare una sorta di immutabilità al variare delle coordinate spazio-temporali che lo rende un principio tendenzialmente universale. A mezza via tra il relativismo storico della riserva di

<sup>6</sup> Per tutti V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. MANES, V. ZAGREBELSKY, Milano, 2011, 69 ss.

legge e l'universalismo della irretroattività si colloca la determinatezza, che condivide con l'una l'ispirazione e il fondamento democratico, con l'altra la garanzia della libertà di autodeterminazione del singolo<sup>7</sup>.

L'europizzazione del diritto penale e il volto postmoderno del principio di legalità potrebbero proprio comportare una (per certi versi inaspettata) riscoperta del principio di determinatezza, troppo spesso relegato nelle vesti dimesse di "Cenerentola della legalità penale".

Il principio di determinatezza, in effetti, rivela una consistenza sostanzialmente inafferrabile, assumendo, paradossalmente, i contorni del più indeterminato tra i corollari del principio di legalità<sup>8</sup>. Il tratto caratterizzante della determinatezza è la sua assenza, a livello tanto di ricostruzione teorica quanto della sua concreta attuazione.

Da una parte, si tratta di un'articolazione della legalità penale spesso trattata come una "questione da nota a piè di pagina"<sup>9</sup>, che suona come una "promessa non mantenuta"<sup>10</sup> o come una mera "utopia dello Stato di diritto"<sup>11</sup>, la cui inconsistenza sistematica finisce per tradursi in inconsistenza operativa.

Dall'altra parte, la giurisprudenza della Corte costituzionale ha contribuito non poco alla eclissi della determinatezza. Stupisce, in effetti, l'esiguo numero di pronunce della Consulta che dichiarano la violazione del principio di determinatezza, con un dato che assume contorni ancor più sorprendenti se messo in rapporto al pessimo stato di salute della legge penale<sup>12</sup>.

La determinatezza, a ben vedere, rappresenta non tanto un corollario della legalità penale ulteriore rispetto agli altri quanto piuttosto il presupposto implicito tanto dell'irretroattività quanto della riserva di legge. Il "silenzio" dell'art. 25 Cost. diviene dunque comprensibile nella misura in cui le esigenze di certezza e di garanzia che stanno alla base dello stesso non riuscirebbero neppure ad essere enunciate teoricamente se non potessero

<sup>7</sup> F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. VASSALLI, Napoli, 2006, 52-54.

<sup>8</sup> V.F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio "fondamentale"*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2007, 1314; ID., *Legalità e determinatezza della legge penale*, cit., 57.

<sup>9</sup> F. SÜSS, *El trato actual del mandato de determinación*, in *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, 2000, 234 ss.

<sup>10</sup> S. MOCCIA, *La "promessa non mantenuta". Ruolo e prospettive del principio di determinatezza e tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001.

<sup>11</sup> E. SCHMIDHÄUSER, *Strafgesetzliche Bestimmtheit: eine rechtsstaatliche Utopie*, in *Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens*, a cura di SELMER, Berlino, 1987, 231.

<sup>12</sup> F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale*, cit., 57.

contare sulla base della determinatezza<sup>13</sup>.

Quanto, in particolare, ai rapporti intercorrenti tra la determinatezza e la riserva di legge, la prima partecipa senza dubbio della crisi che investe in maniera evidente la legge statale nel momento in cui l'ipertrofia e l'inquinamento legislativo abbiano come diretta conseguenza quella di una scarsa qualità nella redazione del testo legislativo e, quindi, di una problematica conoscibilità dello stesso. Se la riserva di legge senza determinatezza non sarebbe neppure concepibile, non vale, però, l'affermazione inversa. A differenza della riserva di legge, la determinatezza si regge concettualmente in piedi anche da sola, nel senso che la sua formulazione teorica non presuppone logicamente un Parlamento che goda di un quanto meno accettabile stato di salute. Se, anzi, il castello di sabbia del mito della legge si sgretola travolto dall'onda lunga della crisi del modello democratico di matrice liberale, la determinatezza resta il solo autentico baluardo, insieme all'irretroattività della legge penale sfavorevole, capace di assicurare la prede-terminazione della regola di condotta. La *ratio* di certezza, comunemente posta a fondamento tanto dell'irretroattività quanto della determinatezza, si converte dunque in una *ratio* (anche) di garanzia.

Il concetto di determinatezza, indubbiamente poliedrico e comprensivo di dimensioni diverse tra loro, si trova perennemente sospeso tra la "disposizione" e la "norma".

Guardando al principio di determinatezza nell'ottica "statica" della disposizione, lo stesso rimanda alle tecniche di formulazione della fattispecie incriminatrice, con le note questioni relative all'uso di elementi elastici e/o di *Generalklauseln*<sup>14</sup> che solo a fatica si concilierebbero con una stretta legalità intesa in senso formale.

Se invece si valorizza la dimensione "dinamica" che proietta la determinatezza sulla "norma", l'approdo necessario è alle questioni poste dal divieto di analogia in materia penale e alla controversa linea di confine rispetto alla c.d. interpretazione estensiva<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Cfr., con considerazioni riferibili a tutte le componenti del principio di determinatezza, B. PETROCELLI, *Appunti sul principio di legalità nel diritto penale*, in B. PETROCELLI, *Saggi di diritto penale*, II serie, Padova, 1965: «È infine nello spirito del principio di legalità che esso importi il divieto di analogia [...] il carattere tassativo delle norme penali, e quindi l'esclusione dell'analogia, derivi dalla stessa logica del principio di legalità e delle garanzie che con esso si è inteso stabilire, garanzie che rimarrebbero pressoché integralmente frustrate se dovessero ammettersi i criteri larghi ed incerti delle estensioni analogiche».

<sup>14</sup> F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, 305 ss.; F. HAFT, *Generalklauseln und unbestimmte Begriffe im Strafrecht*, in *JS*, 8/1975, 477 ss.

<sup>15</sup> Sufficiente in questa sede il rinvio a M. BOSCARRELLI, *Interpretazione estensiva e analogia nel diritto penale*, Palermo, 1955, spec. 68 ss.

Si tratta, in ogni caso, di questioni già particolarmente complesse sul solo versante del diritto interno, che, chiamando in causa anche i nodi più problematici relativi alla teoria dell'interpretazione, stentano a lasciarsi inquadrare entro coordinate stabili e sufficientemente condivise.

La loro complessità risulta esponenzialmente amplificata dalla proiezione del diritto penale in una prospettiva anche sovranazionale. Si pensi, solo per restare agli aspetti più evidenti, alla presenza nel diritto "europeo" di vere e proprie "disposizioni senza norma", rispetto alle quali diviene tanto decisiva quanto poco controllabile la lettura offerta delle Corti di riferimento: le vicende che hanno interessato l'art. 325 TFUE nell'ormai famigerato caso *Taricco* sono una delle prove più eclatanti del fenomeno in questione<sup>16</sup>. Il diritto "europeo", a ben vedere, mette l'interprete anche di fronte a "norme senza disposizioni", quali quelle formulate dalla giurisprudenza sovranazionale<sup>17</sup> che, per esempio, attribuisce natura "sostanzialmente penale" a sanzioni che l'ordinamento interno qualifica come "formalmente amministrative".

A ciò si aggiunga la proteiforme tentacolarità dell'obbligo di interpretazione conforme, che, pur presentando un volto all'apparenza rassicurante, si presta a nascondere delle autentiche "creazioni analogiche"<sup>18</sup>, rimandando all'eterno dilemma relativo alla componente (anche o prevalentemente) creativa di ogni processo interpretativo.

#### 4. *La nozione autonoma di materia penale e la "riscoperta" della pena*

La nozione autonoma di materia penale e, dunque, di sanzione penale, è ispirata a una logica sostanzialistico-funzionale che, superando l'etichetta formale attribuita dal singolo ordinamento a una certa sanzione, ne valorizza il contenuto e/o lo scopo al fine di individuarne la natura "penal-punitiva". I criteri *Engel*, per la verità, sono lontani da una stabilizzazione che ne garantisca un'applicazione oggettiva e "ragionevolmente prevedibile"<sup>19</sup>.

È però possibile individuare almeno due linee di tendenza, che, forse,

<sup>16</sup> Per tutti V. MANES, *La "svolta" Taricco e la "potenziale sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, in *Dir. pen. cont.*, 2016

<sup>17</sup> V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 14-15.

<sup>18</sup> Ancora V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., 43 ss.

<sup>19</sup> Per ulteriori riferimenti sia consentito il rinvio ad A. MASSARO, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, in *La tutela della salute nei luoghi di detenzione*, a cura di A. MASSARO, Roma, 2017, 51 ss.

potranno essere oggetto di progressivo consolidamento nel prossimo futuro.

Anzitutto la legalità europea muove da una logica per certi aspetti speculare rispetto a quella della legalità tradizionale. Dal principio per cui *nulla poena, sine lege* si è transitato a quello secondo cui *nessuna legalità, senza pena*: non è più la legge che “fa la pena”, ma è la pena che “fa la legalità”, determinando l’applicazione dello statuto di garanzie proprio del diritto penale. Da ciò potrebbe derivare nuova linfa vitale per le questioni attinenti alla pena o, se si vuole, alla legalità della pena, storicamente rimaste in secondo piano nella più ampia inquadratura riservata alla legalità penale.

In secondo luogo, seguendo gli sviluppi derivanti dalla nozione autonoma *made in* Strasburgo, si potrebbero tagliare trasversalmente quelle tre componenti del diritto penale spesso artificiosamente divise l’una rispetto all’altra: il diritto sostanziale, il diritto processuale, il diritto penitenziario.

La nozione autonoma di materia penale, in effetti, è il necessario presupposto non solo per l’operatività delle garanzie “sostanziali” individuate dall’art. 7 CEDU, ma anche per l’applicazione degli *standard* processuali fissati dall’art. 6 CEDU: si pensi alle questioni che ruotano attorno al principio del *ne bis in idem*<sup>20</sup>, il quale, ancora una volta, pongono problematiche comuni alle due Corti europee. Conducendo la marcia della materia penale fino ai lidi dell’esecuzione, potrebbe forse “chiudersi il cerchio” con l’individuazione di una nozione autonoma di “luogo di detenzione”, capace di andare oltre il carcere in senso formale e di estendere anche alle c.d. prigionie amministrative le garanzie minime previste dall’ordinamento penitenziario: il riferimento, evidentemente, è ai centri di trattenimento degli stranieri irregolari (oggi CPR, centri di permanenza per il rimpatrio), attualmente sospesi tra le nebbie di un inaccettabile limbo normativo.

##### 5. *Gelosa conservazione del moderno o resa incondizionata al postmoderno: un’alternativa reale?*

Sembrerebbe dunque che l’interprete si trovi attualmente di fronte a un bivio.

Da una parte si erge imponente la gelosa conservazione di un edificio illuministico che poggia su fondamenta sempre meno solide, nella convinzione che ammettere, anche solo in via teorica, una possibile metamorfosi

<sup>20</sup> A titolo meramente esemplificativo F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell’art. 50 della Carta? (a margine della sentenza Grande Stevens)*, in *Dir. pen. cont.*, 2014 e ID., *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont.*, 2016.

della legalità penale significherebbe avviarsi lungo il crinale di un pendio scivoloso che a quel punto diverrebbe incontrollabile.

Dall'altra parte si materializza la condizione per cui ostinarsi a negare il cambiamento in corso non vale certo a ostacolarne l'avanzata: bisognerebbe piuttosto prendere atto del "nuovo" per cercare di comprenderne i meccanismi.

La questione, tuttavia, potrebbe non porsi necessariamente nei termini di una rigida contrapposizione. L'impressione, in effetti, è quella per cui molte delle questioni che danno corpo alla rivoluzione postmoderna del diritto penale ripropongano interrogativi con i quali, sia pur a fini differenti, l'interprete è stato già chiamato a confrontarsi: il "diritto penale amministrativo"<sup>21</sup> o le potenzialità applicative dell'art. 5 c.p.<sup>22</sup> sono solo alcuni degli esempi più evidenti che potrebbero portarsi.

Il tentativo di inquadrare fenomeni "nuovi" attraverso la lente di strumenti "tradizionali" non risponde all'anacronistica venerazione di un passato ormai ridotto in cenere, ma, piuttosto, alla (forse utopica) illusione di preservare la solidità di un sistema che, pur divenuto liquido, non è ancora del tutto evanescente.

---

<sup>21</sup> Per tutti ART. ROCCO, *Sul così detto diritto penale amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, 385 ss.

<sup>22</sup> Cfr. M. TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico*, in *Arch. pen.*, 1/2017, 52 ss.

Silvia De Blasis

*La prevedibilità dell'esito giudiziario nel caso Contrada c. Italia*

SOMMARIO: 1. Premessa: il fatto. – 2. La sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso *Contrada c. Italia*. – 3. Rilievi critici. – 4. Osservazioni conclusive.

1. *Premessa: il fatto*

“Conoscibilità” della norma e “prevedibilità” delle decisioni<sup>1</sup> rappresentano, come noto, due corollari del principio di legalità di cui all'art. 7 Cedu<sup>2</sup> che, nell'ambito di un diritto sempre più *giurisprudenziale* anche nei paesi di diritto continentale, impone una responsabilizzazione<sup>3</sup> dei giudici ormai chiamati a decidere senza discostarsi troppo da un esito che dovrebbe essere il più prevedibile possibile da parte dei consociati, attesa la mancanza di strumenti quali, ad esempio, quello del *mistake of law*.

Di recente, il tema ha trovato forte eco nella nota sentenza *Contrada c.*

---

<sup>1</sup> Sul punto si veda, in particolare, M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, n. 3/2016, 13 ss.; ID., *Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, I, 2016, 360 ss.; F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. Pen. Cont.*, 19 dicembre 2016. Sia consentito anche il rinvio a S. DE BLASIS, *Oggettivo, soggettivo e evolutivo nella prevedibilità dell'esito giudiziario tra giurisprudenza sovranazionale e ricadute interne*, in *Dir. Pen. Cont.*, 15 dicembre 2017 con particolare riferimento ai criteri utilizzati dalla Corte Edu per sancire la prevedibilità o meno della decisione.

<sup>2</sup> Per un commento all'art. 7 Cedu si rimanda a V. MANES, *Commento all'art. 7/1*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, di S. BARTOLE-P. DE SENA-G. ZAGREBELSKY, Padova, 2011.

<sup>3</sup> Sul punto si veda VIGANÒ, secondo il quale in *Il principio di prevedibilità della decisione*, cit., 43 spiega che sui giudici comuni, di legittimità e di merito, «incombe la maggiore responsabilità nell'assicurare, nella pratica, che il diritto penale abbia contorni certi e, pertanto, ragionevolmente prevedibili da parte dei suoi destinatari» e in *Il nullum crimen contra: legalità “costituzionale” vs. legalità “convenzionale”?*, in *Dir. Pen. Cont.*, 5 aprile 2017, 17 dove parla di responsabilizzazione della giurisprudenza «affidandole in maniera esplicita il compito di rendere prevedibili le condanne future, attraverso le opzioni interpretative cristallizzate nelle proprie sentenze».

*Italia*<sup>4</sup> in cui la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha condannato l'Italia sostenendo che, all'epoca della condotta ascritta all'imputato, il reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso e, conseguentemente, la sanzione irrogabile non fossero sufficientemente chiari.

In particolare, al Contrada – alto funzionario di polizia che aveva prestatto servizio prima presso la Questura di Palermo ricoprendo anche il ruolo di Capo della Squadra Mobile, poi presso l'Alto Commissariato per il coordinamento della lotta alla criminalità organizzata di tipo mafioso e, ancora, come vicedirettore dei servizi segreti civile (SISDE) prendendo perfino parte alle indagini con il giudice Falcone che hanno dato inizio al *maxi* processo di Palermo – era stato contestato di avere reso ripetutamente informazioni riservate inerenti operazioni di polizia all'associazione mafiosa denominata “Cosa Nostra” nel periodo compreso tra il 1979 e il 1988.

In ragione di questi fatti, il 5 aprile 1996 il Tribunale di Palermo lo aveva condannato, ai sensi degli artt. 110, 416 e 416 *bis* c.p., a dieci anni di reclusione per aver in tal modo apportato un contributo sistematico all'associazione denominata “Cosa Nostra” e al perseguimento dei relativi scopi.

Nel 2001, in secondo grado, veniva pronunciata una sentenza assolutoria, poi annullata dalla Corte di Cassazione nel 2002 per difetto di motivazione: la Corte di Appello, infatti, aveva ritenuto che le prove sulla

<sup>4</sup> Corte Edu, IV sezione, 14 aprile 2015. Numerosi i commenti alla sentenza tra i quali si vedano, per esempio, DE AMICIS G., *Legalità penale “europea” e rimedi interni: il “caso Contrada”*, in *Il libro dell'anno del Diritto* 2016; G. DE FRANCESCO, *Brevi spunti sul caso Contrada*, in *Cass. Pen.*, fasc. 1/2016; ID., *Il concorso esterno in bilico tra pretese garantistiche e ricerca di un percorso razionale*, in *Leg. Pen.*, 20.02.2017; O. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russel e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, n. 2/2015, 11 ss.; M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 1/2016, 346; ID., *Il diritto giurisprudenziale penale. Collissioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, cit; S.E. GIORDANO, *Il “concorso esterno” al vaglio della Corte Edu: prime riflessioni sulla sentenza Contrada contro Italia*, in *Archivio Penale* 2/2015; G. LEO, *Concorso esterno nei reati associativi*, in *Il libro dell'anno Treccani*, 2017; V. MAIELLO, *Consulta e Cedu riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, 1008; A. MANNA, *La sentenza Contrada ed i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?*, in *Dir. Pen. Cont.*, 4 ottobre 2016; G. MARINO, *La presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità ex art. 7 Cedu: un discutibile approccio ermeneutico o un problema reale?*, in *Dir. Pen. Cont.*, 3 luglio 2015; S. MILONE, *Legalità e ruolo creativo della giurisprudenza nei rapporti tra diritto penale e processo. Quale garanzia di prevedibilità del diritto se il diritto è... imprevedibile?*, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, n. 2/2016, 8; F. PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, 1061; D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.* n. 2/2015, 45 ss.

base delle quali i primi giudici avevano emesso sentenza di condanna non fossero determinanti e avevano sottovalutato che molte delle dichiarazioni erano pervenute da collaboratori di giustizia arrestati dallo stesso ricorrente.

Nel 2006, in sede di rinvio, la Corte di Appello di Palermo confermeva, dunque, la sentenza del Tribunale del 1996 avverso la quale Contrada proponeva ricorso per Cassazione lamentando che le questioni relative all'irretroattività e alla prevedibilità della legge, pur poste ai giudici di merito, non erano state adeguatamente esaminate.

Nel 2008 la Suprema Corte respingeva tuttavia il ricorso, ritenendo la questione manifestamente infondata giacché riferita a valutazioni di merito e non a presunte violazioni di legge.

Contrada adiva, pertanto, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sostenendo che il reato di concorso esterno in associazione mafiosa fosse il risultato di un'evoluzione giurisprudenziale non ancora perfezionatasi all'epoca dei fatti contestati: da ciò, secondo il ricorrente, l'applicazione retroattiva del precetto e, conseguentemente, l'imprevedibilità della sanzione penale in violazione dell'art. 7 CEDU.

Quanto alle ricadute della pronuncia dei giudici di Strasburgo si è posto, anzitutto, un problema di efficacia nei confronti del ricorrente che aveva già totalmente eseguito la condanna.

Nel frattempo, Contrada aveva già presentato istanza di revisione alla Corte di Appello di Caltanissetta ai sensi dell'art. 630 c.p.p. per prove nuove e sopravvenute integrata, in seguito alla sentenza della Corte Edu, dalla richiesta della c.d. revisione europea. La Corte nissena, però, aveva prima dichiarato inammissibile l'istanza in ordine alle prove nuove e poi affermato, sullo specifico punto relativo al giudicato europeo, che il concorso esterno non costituisce reato di origine giurisprudenziale e che, in ragione della professione svolta dal ricorrente, fosse da lui perfettamente prevedibile una tale imputazione.

La Corte di Cassazione<sup>5</sup> ha inoltre dichiarato inammissibile il ricorso straordinario proposto *ex art. 625 bis* c.p.p. dall'imputato e lo stesso ha fatto la Corte di Appello di Palermo, l'11 ottobre 2016<sup>6</sup> in ordine alla richiesta di revoca frattanto presentata ai sensi dell'art. 673 c.p.p..

La parola "fine" alla vicenda in commento è stata scritta dalla Suprema Corte solo il 6 luglio 2017 quando, in accoglimento del ricorso presentato dal difensore di Contrada, ha annullato senza rinvio la predetta ordinanza

<sup>5</sup> Cass. Pen., Sez. II, 6 luglio 2016 (dep. 17 ottobre 2016), sent. n. 43886, in *Dejuregiuffrè.it*

<sup>6</sup> Corte di Appello di Palermo, 11 ottobre 2016, ord. n. 466, in *Dir. Pen. Cont.* con nota di S. BERNARDI, *Continuano i "tormenti" dei giudici italiani sul caso Contrada: la Corte d'Appello di Palermo dichiara inammissibile l'incidente d'esecuzione proposto in attuazione del giudicato europeo*, 24 gennaio 2017.

dichiarando «ineseguibile e improduttiva di effetti penali la sentenza emessa [...] dalla Corte di Appello di Palermo in data 25 febbraio 2006, irrevocabile in data 10 maggio 2007».

## 2. La sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso Contrada c. Italia

Intervenendo di fronte alla CEDU nel caso Contrada, il Governo italiano ha osservato, anzitutto, che la questione relativa alla configurabilità del concorso eventuale nei reati necessariamente plurisoggettivi era stata già affrontata dalla Corte di Cassazione<sup>7</sup>, in particolare in diverse sentenze a partire dalla fine degli anni sessanta del secolo scorso in tema di cospirazione politica sicché, la giurisprudenza sul concorso esterno poteva ritenersi consolidata anche in un periodo precedente ai fatti contestati al ricorrente<sup>8</sup>; aggiungendo che, seppure tra la fine degli anni '80 e i primi anni '90 si era talvolta contestata la configurabilità del predetto istituto<sup>9</sup>, le relative decisioni «escludevano l'esistenza

<sup>7</sup> Si veda il § 53 della sentenza in commento laddove si specifica che il Governo ha sostenuto che le decisioni che contestano l'esistenza del reato di concorso esterno in un'associazione di stampo mafioso sono state solo minoritarie e la giurisprudenza, seppure in riferimento a fattispecie diverse rispetto al 416 bis c.p. ha riconosciuto tale reato fin dall'inizio (ossia dal 1968 al 1989).

<sup>8</sup> Si veda, Cass. Pen., 13 giugno 1987, n. 3492 ric. Altivalle, in *C.E.D. Cass.*, n. 17789; Cass. Pen., 4 febbraio 1988, ric. Barbella, in *C.E.D. Cass.*, n. 179169; Cass. Pen., 23 novembre 1992, ric. Altomonte, in *Guida Dir.*, n. 19/2007, 100 ss.; Cass. Pen., 18 giugno 1993, ric. Turiano, in *C.E.D. Cass.*, 194623, 1994.

<sup>9</sup> In questo senso, Cass. Pen., 14 luglio 1987, ric. Cillari, in Cass. Pen., p. 36, 1989; Cass. Pen., 27 giugno 1989, ric. Agostani, in *Cass. Pen.*, 223, 1991; Cass., 27 giugno 1994, ric. Abbate e Clementi, in *Foro it.*, 1994, II, 560.

In dottrina, si vedano, tra i tanti, A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, Napoli, 2003; M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 1/2016, 346; ID., *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, cit., 13 ss.; L. DE LIGUORI, *Concorso e contiguità nell'associazione mafiosa*, Milano, 1996; G. FIANDACA, *IL CONCORSO ESTERNO TRA GUERRE DI RELIGIONE E LAICITÀ GIURIDICA*, in *Dir. Pen. Cont.*, 17 marzo 2012; V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminazione legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, Torino, 2014; E. MEZZETTI, *I reati contro l'ordine pubblico*, in *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, a cura di A. FIORELLA, Torino, 2012, 423 ss. che definisce il concorso "eventuale" quale «figura di matrice giurisprudenziale» e sottolinea come il fatto che ci siano volute ben quattro sentenze a Sezioni Unite della Cassazione a chiarire i tratti distintivi della figura criminosa dimostri «come le istanze di certezza e di chiarezza su di essi siano del tutto velleitarie. Con la gravosa conseguenza che

di una situazione intermedia tra la partecipazione all'associazione di stampo mafioso e l'estraneità a quest'ultima, qualificando i fatti di quelle cause come partecipazione ai sensi dell'articolo 416 *bis* del codice penale<sup>10</sup> e che comunque, «tenuto conto delle competenze professionali, della sua personalità e del suo percorso», il ricorrente avrebbe senz'altro potuto prevedere tale *exitus*<sup>11</sup>.

Nel merito la Corte, dopo aver chiarito il significato dell'art. 7 CEDU richiamandosi ai suoi precedenti, ha precisato che «la legge deve definire chiaramente i reati e le pene che li reprimono» essendo tale requisito soddisfatto se «la persona sottoposta a giudizio può sapere, a partire dal testo della disposizione pertinente, se necessario con l'assistenza dell'interpretazione che ne viene data dai tribunali e, se del caso, dopo aver fatto ricorso a consulenti illuminati, per quali atti e omissioni le viene attribuita una responsabilità penale e di quale pena è passibile per tali atti»<sup>12</sup>.

Nella parte relativa all'applicazione dei principi, la Corte afferma, in particolare, che, nel caso di specie, non è oggetto di contestazione che il concorso esterno in associazione di tipo mafioso costituisca un reato di origine giurisprudenziale pur ammettendo che, in effetti, solo con la sentenza Demitry del 1994 si sia giunti ad una elaborazione della materia controversa e conseguente ammissione della figura<sup>13</sup>.

Inoltre, «la Corte considera che il riferimento del Governo alla giurisprudenza in materia di concorso esterno, che si è sviluppata a partire dalla fine degli anni sessanta del secolo scorso, ossia prima dei fatti ascritti al ricorrente, non tolga nulla a questa constatazione in quanto le cause menzionate dal governo convenuto riguardano certamente lo sviluppo giurisprudenziale della nozione di “concorso esterno”, ma i casi evidenziati non riguardano il reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso, che è oggetto del presente ricorso, ma dei reati diversi, ossia la cospirazione politica attraverso la costituzione di una associazione e gli atti di terrorismo»<sup>14</sup>.

Alla luce di queste argomentazioni si conclude che, all'epoca della condotta posta in essere da Bruno Contrada, il reato contestato al ricorrente e, conseguentemente, la sanzione irrogabile non fossero sufficientemente

---

l'osservanza del principio di legalità e di tutti i suoi corollari [...] trova verosimilmente un ostacolo alla sua compiuta realizzazione»; V. MUSCATIELLO, *Il concorso esterno nelle fattispecie associative*, Verona, 1995; G. SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, Padova, 1997; C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003.

<sup>10</sup> Cfr. Corte EDU, IV Sezione, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*, cit., § 52.

<sup>11</sup> *Ibidem*, § 56.

<sup>12</sup> *Ibidem*, § 79.

<sup>13</sup> *Ibidem*, § 66 - 69.

<sup>14</sup> *Ibidem*, § 71.

chiari e, pertanto, egli non poteva conoscere la pena in cui incorreva per la responsabilità penale derivante dagli atti da lui compiuti.

### 3. *Rilievi critici*

Il primo rilievo critico della sentenza in commento attiene alla data assunta come momento dal quale risulterebbe prevedibile una condanna per concorso esterno in associazione mafiosa nell'ordinamento italiano. I giudici della Corte europea, infatti, individuano come spartiacque tra prevedibilità e non la sentenza Demitry con la quale le Sezioni Unite della Cassazione avrebbero risolto il contrasto giurisprudenziale sviluppatosi in seno alle sezioni semplici. Con questa pronuncia, però, è stata delineata una figura di concorrente esterno modificata poi, più volte, dalla stessa giurisprudenza di legittimità che ha ampliato le condotte penalmente rilevanti ricomprendendovi contributi che prescindono dallo stato di fibrillazione della consortheria<sup>15</sup>: peraltro, a meno di voler ritenere "fibrillazione" il mero pericolo che alcuni sodali siano arrestati, la condotta contestata a Contrada neppure sembrerebbe rientrare nella figura di concorso. Nè, a ben vedere, un contributo prestato per un periodo di tempo così lungo, potrebbe essere mai ritenuto circoscritto ad una fase patologica del sodalizio criminoso. A dire il vero, la Corte non sembra porsi il problema dell'evoluzione giurisprudenziale nella delimitazione della figura di reato prendendo come punto di riferimento il primo "precedente qualificato" in materia.

Peraltro, non pare, inoltre, si possa affermare che un contrasto giurisprudenziale comporti in sé l'imprevedibilità della decisione giacché i consociati sanno che i giudici potrebbero decidere tanto in un senso quanto nell'altro, determinandosi così incertezza, ma non imprevedibilità<sup>16</sup>.

Occorre altresì rilevare che Bruno Contrada è stato condannato in relazione a condotte finanche precedenti all'introduzione dell'art. 416 *bis* c.p. sebbene la sentenza europea non ne faccia alcun cenno<sup>17</sup>: è vero,

---

<sup>15</sup> Così DONINI, *Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giurisprudenziale*, cit., 363.

<sup>16</sup> Così DONINI, *Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giurisprudenziale*, cit., 351; PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, cit., 1063; sia consentito anche il rinvio a DE BLASIS, *Oggettivo, soggettivo ed evolutivo nella prevedibilità dell'esito giudiziario tra giurisprudenza sovranazionale e ricadute interne*, cit., 20 ss.

<sup>17</sup> Sul punto, DONINI, *Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giurisprudenziale*, cit., 351.

infatti, che tra le fattispecie contestate vi era anche quella di cui all'art. 416 c.p., ma non pare configurabile alcun concorso in essa tramite le condotte contestate all'imputato.

Un ulteriore rilievo consiste nel fatto che l'assunto da cui è partita la Corte secondo cui le parti hanno ammesso che il concorso esterno costituisce il risultato di un'elaborazione della giurisprudenza è astrattamente errato sussistendone, invero, la base legale nel combinato disposto degli artt. 110 e 416 *bis* c.p.

La giurisprudenza, tuttavia, ha dato vita «ad un autentico reato di evento la cui singolarità, rispetto alle ordinarie forme di imputazione di responsabilità concorsuale, sta nel diverso orientamento della prospettiva causale, da cui dipende la soglia minima di rilevanza oggettiva della condotta dell'agente: il secondo termine di collegamento causale è espresso, infatti, non già dal fatto tipico altrui, bensì da un elemento eterogeneo, rappresentato da un risultato di vantaggio per l'intera associazione criminale, ovvero per un suo rilevante settore di attività e/o di influenza»<sup>18</sup>. Ne deriva che seppure una base legale a sostegno del concorso esterno nei reati associativi esiste, in ragione del "tipo" di concorrente esterno il problema deve essere spostato sul terreno della tipicità<sup>19</sup> avendone la giurisprudenza progressivamente

<sup>18</sup> Cfr. V. MAIELLO, *Principio di legalità ed ermeneutica nella definizione (delle figure) della partecipazione associativa di tipo mafioso e del c.d. concorso esterno*, in *Il concorso esterno tra indeterminata legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, Torino, 2014, 122. Sul punto si veda anche DONINI, *Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, cit., 351-352 «la giurisprudenza non ha "creato" direttamente una fattispecie di parte speciale, come fa fatto viceversa in altri casi [...]. La Corte Edu afferma apoditticamente che non sarebbe in contestazione il fatto che l'istituto del concorso esterno costituisca "un reato di origine giurisprudenziale". Ma ciò non è del tutto esatto [...]. Nel caso di specie la lettura dell'art. 110, applicato ai reati associativi, è stata di segno diverso e ulteriore: esso è stato impiegato come se autorizzasse la tipizzazione giurisprudenziale, cioè una tipicità prasseologica, legata a "fenomenologie nuove o classiche di comportamenti non legalmente tipizzati", analoghe a quelle dei *contratti innominati*. L'Autore continua affermando che «la funzione dell'istituto perciò è di creare un nuovo "titolo autonomo" di reato, che come tale non è di parte generale, ma di parte speciale, in quanto la regola di parte generale (art. 110 c.p.) è impiegata per l'invenzione giuridica di una tipologia comportamentale utilizzabile solo in questi reati associativi» (p. 360). Sempre secondo M. DONINI, *Il concorso esterno alla "vita dell'associazione" e il principio di tipicità penale*, in *Dir. Pen. Cont.*, 13 gennaio 2017, 12 «il concorso esterno realizzato dalla giurisprudenza + un tipo di autore, è una forma di autoria e non già di partecipazione al fatto altrui».

<sup>19</sup> Si veda DONINI, *Il concorso esterno alla "vita dell'associazione" e il principio di tipicità penale*, cit., 7 che chiarisce come non basti che «gli elementi della fattispecie siano previsti dalla legge, devono essere anche tipizzati». La scelta unitaria del concorso di persone nel reato operata dal legislatore del '30 ha comportato una «riduzione della tipicità penale delle figure normative dei concorrenti».

ampliato i confini attraverso un'interpretazione sostanzialmente eccedente i limiti delle disposizioni sopra richiamate.

#### 4. Osservazioni conclusive

Sulla base delle considerazioni svolte, occorrerà stabilire come il principio di prevedibilità della decisione, come affermato nel caso Contrada, possa relazionarsi con il nostro principio di legalità trattandosi, ormai, di una questione inderogabile di “dialogo tra sistemi”.

I giudici di Strasburgo, infatti, rimangono indifferenti rispetto ai mezzi utilizzati per rendere una decisione prevedibile<sup>20</sup>: che tale principio sia garantito da una legge chiara, precisa e determinata o da un sistema fondato sul vincolo del precedente a loro poco interessa.

In un sistema come il nostro, invece, se la decisione può essere prevedibile a prescindere dalla determinatezza della fonte legale, nel rispetto dei diritti costituzionalmente garantiti occorre fissare i limiti entro cui il diritto giurisprudenziale possa essere elevato, esso stesso, a oggetto di prevedibilità.

Il punto è che la crisi della legalità, specie nel suo corollario della riserva di legge, ha nel nostro ordinamento radici più profonde di quelle emerse nel caso in oggetto<sup>21</sup>: probabilmente, parlare di prevedibilità a

<sup>20</sup> Così O. DI GIOVINE, *Il ruolo costitutivo (con particolare riguardo al precedente europeo) della giurisprudenza*, in *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali* – Atti del convegno, Napoli, 7-8 novembre 2014, 160.

<sup>21</sup> Per una ricognizione della crisi della riserva di legge si veda, tra gli altri, AA.VV., *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, a cura di A. BERNARDI – B. PASTORE – A. PUGIOTTO, Milano, 2008; AA.VV., *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, Napoli, 2016; C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012; L. EUSEBI, *L'insostenibile leggerezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politico – criminale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 4, 2016, 1668; G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Bari, 2017; ID., *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in *Cass. Pen.*, fasc. 1, 2017, 13; ID., *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, 84 ss.; ID., *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini*, XXXVI, 2007, 1255 ss.; G. INSOLERA, *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell'«epoca dei giudici»*, in *Criminalia*, 2012, 285 ss.; A. MANNA, *Il principio di legalità*, in *Arch. Pen.*, n. 3/2017; E. MEZZETTI, *Diritto penale. Casi e materiali* – II edizione, 2017, 3 ss.; F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale: la fattispecie*, Padova, 1979; ID., *Legalità penale: considerazioni su trasformazioni e complessità di un principio «fondamentale»*, in *Quaderni fiorentini*, XXXVI, 2007, 1294 ss.; ID., *LEGALITÀ FRA law in the books e law in action*, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, n. 3/2016, 4 ss.; G. PINO G., *L'insostenibile leggerezza della legalità penale*, in *Criminalia*, 2012, 167 ss.; M. TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico*, in *Arch.*

prescindere da un intervento normativo che lasci al giudice solo lo spazio per muoversi *secundum* o *praeter legem*, ma mai *contra legem*, costituisce un obiettivo per il nostro sistema che, come si è visto da ultimo nel caso Taricco, ormai giunto all'epilogo, la Corte costituzionale non omette di ostentare anche nell'ambito del dialogo con le Corti sovranazionali.

In definitiva, pare che in un sistema di *civil law* in cui, non vigendo il principio del precedente vincolante<sup>22</sup> anche dopo gli interventi operati con la recente Riforma Orlando<sup>23</sup>, neppure esistono garanzie in ordine a "unità di giurisprudenza"<sup>24</sup> così come ad eventuali *overruling sfavorevoli*, non possa individuarsi come oggetto della prevedibilità anche la giurisprudenza creativa.

Ulteriore questione attiene, infine, alla scelta del parametro soggettivo del giudizio di prevedibilità dell'esito giudiziario su cui pure la Corte, nel caso Contrada, sembra non essersi affatto pronunciata: una soluzione potrebbe essere, ad esempio, fare riferimento al noto criterio dell'*homo eiusdem professionis et condicionis* in grado, se non altro, di creare una sorta di *misura oggettiva della prevedibilità* cui aggiungere le eventuali diverse conoscenze dell'agente.

Solo sciogliendo infatti questi nodi apparentemente ad oggi irrisolti il principio di prevedibilità potrà gradualmente affermarsi in una logica di "armonizzazione" tra sistemi e non già di sterile imposizione che, in tal caso, presuppone oltretutto un cambiamento di cultura e sensibilità dai tempi più lunghi di quelli necessari per emettere una decisione, sia pur importante come quella in commento.

---

*Pen.*, 1/2017, 60; relativamente alla mancanza di determinatezza delle clausole generali, D. CASTRONUOVO, *Tranelli del linguaggio e "nullum crimen"*. *Il problema delle clausole generali nel diritto penale*, in *Leg. Pen.*, 5 giugno 2017.

<sup>22</sup> Si veda DONINI, *Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, cit., 360 secondo cui «solo indirettamente si può parlare di prevedibilità della decisione: solo in un sistema di veri *precedents* si può ambire a far coincidere la prevedibilità della decisione con al preesistenza di casi regola individualizzati su fatti quasi uguali al caso deciso. [...] Esiste, invece, un principio di prevedibilità del diritto, delle soluzioni giuridicamente possibili».

<sup>23</sup> L. 23 giugno 2017, n. 103 recante *Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario*.

<sup>24</sup> L'espressione è di F. CARRARA, in *Opuscoli di diritto criminale*, III volume, Prato, 1881, 46 il quale, prendendo come punto di riferimento la Cassazione unica francese che, secondo lui aveva dimostrato la sua costanza «unicamente a contraddire se stessa», affermava che «l'unità di giurisprudenza è un *desideratum* al quale invano si spera di giungere».



Alessandro Laurito

*Legalità europea e tutela penale degli interessi finanziari:  
il rapporto tra disposizione e norma eurounitarie*

SOMMARIO: 1. Disposizione e norma: nuove prospettive di una distinzione “tradizionale”. – 2. Riserva di legge e principio di prevalenza del diritto eurounitario in materia penale. – 3. Il caso Taricco. – 4. Prevedibilità, determinatezza e irretroattività nella distinzione fra disposizione e norma.

1. *Disposizione e norma: nuove prospettive di una distinzione “tradizionale”*

Il problema dei rapporti fra disposizione e norma è assai risalente nel tempo<sup>1</sup> ed è stato approfondito sia dai teorici del diritto sia dalla dottrina costituzionalistica: si pensi, ad esempio, alla “cornice” di significati di Hans Kelsen<sup>2</sup> o alle fondamentali riflessioni di Vezio Crisafulli<sup>3</sup>.

Il diritto di fonte giurisprudenziale o, se si vuole, la possibilità di considerare la giurisprudenza come vera e propria fonte del diritto, rappresenta uno dei temi attualmente più dibattuti in tutti i settori dell’ordinamento interno<sup>4</sup> e, *a fortiori*, nell’ambito del diritto penale: quest’ultimo, infatti,

<sup>1</sup> Parla di «*vetusta questione*», con particolare riferimento al problema della giurisprudenza come fonte del diritto, R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu [et al.] e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2010, 371.

<sup>2</sup> Cfr. H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, traduzione a cura di M.G. Losano, Torino, 1966, 384, «Se con “interpretazione” si intende l’accertamento teorico del significato dell’oggetto che deve essere interpretato, il risultato di un’interpretazione giuridica può essere soltanto l’accertare lo schema costituito dal diritto da interpretare e quindi la conoscenza di più possibilità esistenti all’interno di questo schema» e, con riferimento all’attività interpretativa del giudice, cfr. *ibidem*, 386, «[...] il legislatore, dal punto di vista materiale, è molto meno vincolato del giudice, che cioè nella produzione del diritto il primo dispone di una libertà molto più vasta di quella del secondo, sebbene relativa. Ma anche il giudice produce diritto e quindi è anch’egli relativamente libero, nell’esercizio di questa funzione».

<sup>3</sup> Sul punto v. in particolare V. CRISAFULLI, voce *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, 195 ss.

<sup>4</sup> Sul problema degli effetti temporali del mutamento interpretativo e, più in generale, dell’interpretazione nell’ambito delle fonti del diritto v. anche Cass., sez. Un. civ., 11 luglio 2011, n. 15144, in <[www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it)> (ultimo accesso: 06/06/2018); Cass., sez. Un. civ., 6 novembre 2014, n. 23675, in <[www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it)> (ultimo accesso: 06/06/2018);

da una parte trova la sua applicazione fisiologica nel processo penale<sup>5</sup> e, dall'altra parte, deve confrontarsi con i necessari limiti imposti dal principio di legalità.

L'incidenza del diritto dell'Unione Europea sul diritto interno sembra offrire ulteriori e diversi spunti di riflessione sul tema almeno per quattro ragioni:

- I) le sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea sono l'unico "precedente" vincolante nel nostro ordinamento;
- II) da alcune disposizioni del Regolamento di procedura della CGUE si evince che l'unico elemento vincolante delle sentenze è il dispositivo (e i «[...] passi della motivazione che costituiscono un supporto indispensabile del dispositivo»)<sup>6</sup>;
- III) le sentenze della CGUE sono numericamente poche, aspetto fondamentale per garantire la "stabilità" del precedente;
- IV) la CGUE opera al contempo come "giudice", interpretando le disposizioni eurounitarie a partire da un caso concreto, e come "legislatore"<sup>7</sup>, dal momento che gli Stati membri garantiscono diretta applicabilità a tale interpretazione. Si tratta di un problema affrontato, sia pur in termini diversi, con riferimento all'attività della Corte costituzionale:

---

com'è noto, inoltre, gli artt. 374 c.p.c. e 99 c.p.a. prevedono l'obbligo di deferimento da parte della sezione semplice rispettivamente alle Sezioni Unite o all'Adunanza Plenaria, laddove la sezione semplice non ritenga di condividere il principio di diritto da esse precedentemente enunciato. Sul punto e sui rimedi esperibili cfr., *ex multis*, E. FOLLIERI, *Lo stare decisis nel processo amministrativo*, relazione al convegno "Il diritto Amministrativo che cambia. Per fare il punto su...", 2014, consultabile in <[www.amministrativisti.fvg.it](http://www.amministrativisti.fvg.it)> (ultimo accesso: 06/06/2018); l'art. 1, co. 66, l. 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. Riforma Orlando) ha introdotto analoga disposizione nel codice di procedura penale all'art. 618, co. 1 – *bis*, c.p.p.

<sup>5</sup> Cfr. F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, vol. I, Roma, 1947, 33; sul punto v. anche F. PALAZZO, *Testo contestato e sistema nell'interpretazione penalistica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Milano, 2007, 517; recentemente M. TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico. Riflessioni su Cesare Beccaria e l'interpretazione della legge penale 250 anni dopo*, in *Arch. pen. web*, 1/2017, 33.

<sup>6</sup> Cfr. gli artt. 92 e 154 del *Regolamento di procedura della Corte di Giustizia* del 29/09/2012, in <[www.eurlex.it](http://www.eurlex.it)> (ultimo accesso: 06/06/2018), relativi, rispettivamente, alla pubblicazione e alla rettifica delle sentenze della CGUE e, di recente, quanto sostenuto da Cass., sez. Un. civ., 7 febbraio 2017, n. 16601, in <[www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it)> (ultimo accesso: 06/06/2018), secondo cui le «[...] statuizioni della Corte di Giustizia le cui pronunce (non solo il dispositivo, ma anche i motivi "portanti" della decisione) costituiscono l'interpretazione autentica del diritto dell'Unione Europea e sono vincolanti per il giudice "a quo"».

<sup>7</sup> Sulla funzione "paralegislative" della Corte di Giustizia dell'Unione Europea v. ad esempio L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione Europea. Un'analisi delle strategie argomentative delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Torino, 2013, 172.

si pensi, ad esempio, alla posizione di Calamandrei sulla funzione para-legislativa della Consulta<sup>8</sup> e a quella, invece, di altra parte della dottrina, nel senso della natura giurisdizionale<sup>9</sup>.

## 2. Riserva di legge e principio di prevalenza del diritto eurounitario in materia penale

Proprio il ruolo ibrido della CGUE pare assumere centrale importanza quando le sentenze della Corte di Lussemburgo incidono sul diritto penale degli Stati membri.

La funzione “paralegislativa” della CGUE solleva in primo luogo problemi di compatibilità con il principio della riserva assoluta di legge statale<sup>10</sup>, rispetto al quale sembrano prospettarsi tre diverse soluzioni: i) è sempre ammissibile la diretta applicabilità delle sentenze della CGUE in materia penale; ii) non lo è mai; iii) lo è, ma soltanto nei casi in cui ne discendano effetti *in bonam partem*.

Si tratta di una questione non molto dissimile da quella concernente i limiti del procedimento analogico nel diritto penale: a tale proposito, come ampiamente noto, a fronte dell’opinione maggioritaria che ritiene precluso il solo procedimento analogico *in malam partem*<sup>11</sup>, si pone chi sostiene che l’analogia “in quanto tale” non sarebbe mai ammissibile nel diritto penale<sup>12</sup>.

La distinzione fra effetti *in bonam* e *in malam partem* viene altresì in rilievo nell’ambito dell’interpretazione conforme al diritto dell’Unione Europea<sup>13</sup>,

<sup>8</sup> Cfr. P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, 1950, 60, «Il sindacato della Corte costituzionale colpisce la legge nel suo momento normativo, non nel suo momento giurisdizionale: essa non è quindi, in questa sua attribuzione, un organo giudiziario, ma piuttosto, come pensa il Kelsen, un organo paralegislativo o superlegislativo [...]».

<sup>9</sup> Così, *ex multis*, C. ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 271, nota 10: «Segue la inammissibilità della tesi che la decisione della Corte abbia natura “legislativa”».

<sup>10</sup> Arg. ex artt. 13, co. 2, Cost., 25, co. 2, Cost., 117, co. 2, lett. l), Cost.

<sup>11</sup> Cfr. per tutti G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2017, 80.

<sup>12</sup> Cfr. M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. I, Torino, 2014, 77 ss.

<sup>13</sup> Sul punto v., per tutti, V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 58, secondo cui «Si apre qui, dunque, la necessaria e fondamentale distinzione tra progetti (ed esiti) interpretativi conformi al diritto sovranazionale che abbiano ricadute peggiorative sulla situazione giuridico-penale del singolo o, viceversa, progetti (ed esiti) interpretativi che abbiano effetti favorevoli; una distinzione a

che sottende, a sua volta, il problema dei rapporti fra interpretazione estensiva e analogia. Come rilevato da parte della dottrina, infatti, un uso distorto dell'interpretazione conforme potrebbe condurre ai medesimi risultati di un'estensione analogica della disposizione<sup>14</sup>.

Per quanto riguarda, invece, l'attività interpretativa della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, occorre interrogarsi se vi siano limiti costituzionali, che ne circoscrivano l'efficacia in materia penale.

### 3. *Il caso Taricco*

Il riferimento obbligato è anzitutto al caso *Taricco*<sup>15</sup>: la sentenza dei giudici di Lussemburgo ha stimolato un ampio dibattito in dottrina e diverse posizioni contrastanti nella stessa giurisprudenza<sup>16</sup>, in primo luogo perché la disapplicazione avrebbe determinato effetti *in malam partem* nell'ordinamento interno, comportando, in particolare, l'applicazione di un regime di prescrizione più gravoso rispetto a quello introdotto dalla legge n. 251 del 2005 (c.d. legge *ex Cirielli*). Non è escluso, però, che analoghe considerazioni possano essere svolte anche nei casi in cui dall'interpretazione delle disposizioni eurounitarie discendano effetti *in bonam partem*: si pensi ai molteplici rinvii pregiudiziali pendenti dinanzi alla CGUE, tesi ad estendere il principio del *ne bis in idem* – previsto dall'art. 50 della Carta di Nizza solo per i procedimenti formalmente penali – anche ai procedimenti formalmente amministrativi, ma sostanzialmente riconducibili alla materia penale, secondo l'interpretazione degli artt. 6 e 7 CEDU elaborata dalla Corte EDU (con riferimento, ad esempio, ai doppi

---

cui sono sottesi limiti che non configurano solo i confini dell'interpretazione conforme, ma descrivono anche i limiti del potere di disapplicazione in materia penale [...]).

<sup>14</sup> Cfr. ancora MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., 68 «D'altronde, anche volendo utilizzare il diverso criterio di filtro teso ad ammettere letture meramente estensive e contrapponendole a letture analogiche vietate, il punto davvero difficile resterebbe quello di distinguere le prime da ipotesi di criptoanalogia paludate sotto un procedimento di interpretazione conforme».

<sup>15</sup> Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sent. 8 settembre 2015 (Grande Sezione), *Taricco*, causa C-105/14, in *Penalecontemporaneo.it*, con nota di F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?*, 14 settembre 2015.

<sup>16</sup> Non essendo possibile dare conto, in questa sede, della copiosa bibliografia sul caso *Taricco*, si rinvia ad AA.VV., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. BERNARDI, Napoli, 2017 e AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo tra le corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, a cura di A. BERNARDI, C. CUPELLI, Napoli, 2017; per i diversi orientamenti giurisprudenziali cfr., per tutti, A. MASSARO, *La risposta della Corte costituzionale alla (prima) sentenza Taricco tra sillogismi incompiuti e quesiti retorici*, in *GiurisprudenzaPenaleWeb*, 3/2017, 8 ss.

binari sanzionatori nei settori dell'IVA o degli illeciti regolati dal t.u.f.)<sup>17</sup>.

Tornando al caso *Taricco*, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha interpretato l'art. 325 TFUE, che letteralmente si limita a disporre la tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea, imponendo al giudice penale interno l'obbligo di disapplicare la disciplina vigente in materia di prescrizione, nella parte in cui prevede un termine massimo di prescrizione in presenza di atti interruttivi che non può superare  $\frac{1}{4}$  del limite massimo di pena stabilito dalla legge per il reato, circoscrivendo ulteriormente l'obbligo di disapplicazione al ricorrere di «*un numero considerevole di casi di frode grave*».

Nello specifico, venivano in rilievo le cc.dd. frodi-carosello, riconducibili nell'ambito applicativo degli artt. 2 e 8 d. lgs. n. 74/2000, la cui cornice edittale va da un 1 anno e 6 mesi a 6 anni di reclusione: dunque il termine massimo di prescrizione è pari a 6 anni (art. 157 c.p.); in presenza di atti interruttivi (art. 160 c.p.), il termine di prescrizione comincia a decorrere *ex novo*, ma – in virtù di quanto disposto dagli artt. 160, comma 3, c.p. e 161, comma 2, c.p. – non può superare  $\frac{1}{4}$  del limite massimo di pena stabilito dalla legge (quindi non può superare 6 anni +  $\frac{1}{4}$  di 6 anni, cioè 7 anni e 6 mesi)<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Pendono dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea tre rinvii pregiudiziali relativi alla disciplina dei doppi binari sanzionatori in materia IVA (ordinanza del Tribunale di Bergamo, causa Menci, 16 settembre 2015, in *Penalecontemporaneo.it*, con nota di F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e omesso versamento dell'IVA: la parola alla Corte di Giustizia*, 28 settembre 2015) e in materia di abusi di mercato (Cass., Sez. trib. civ., 20 settembre 2016, n. 20675, in *Penalecontemporaneo.it*, con nota di F. VIGANÒ, *A Never-Ending story? Alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione della compatibilità tra ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia, questa volta, di abusi di mercato*, 17 ottobre 2016; e Cass., Sez. II pen., 15 novembre 2016, n. 23232, Di Puma, in *Penalecontemporaneo.it*, con nota di F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: nuovo rinvio pregiudiziale della Cassazione in materia di abuso di informazioni privilegiate*, 28 novembre 2016).

<sup>18</sup> Nel caso *Taricco* veniva in rilievo un'ipotesi di associazione a delinquere allo scopo di commettere reati in materia IVA. Per una più dettagliata ricostruzione del termine massimo di prescrizione nel caso in esame cfr. il § 21 della sentenza *Taricco* «[...] i reati contestati agli imputati sono puniti, ai sensi degli articoli 2 e 8 del d.lgs. n. 74/2000, con la reclusione fino a sei anni. Il delitto di associazione per delinquere, previsto dall'articolo 416 del codice penale, di cui gli imputati potrebbero altresì essere dichiarati colpevoli, sarebbe invece punito con la reclusione fino a sette anni per i promotori dell'associazione e fino a cinque anni per i semplici partecipanti. Ne consegue che, per i promotori dell'associazione per delinquere, il termine di prescrizione è di sette anni, mentre è di sei anni per tutti gli altri. L'ultimo atto interruttivo del termine sarebbe stato il decreto di fissazione dell'udienza preliminare. Orbene, nonostante l'interruzione della prescrizione, il termine della medesima non potrebbe essere prorogato, in applicazione del combinato disposto dell'art. 160, ultimo comma, del codice penale e dell'articolo 161 dello stesso

La Corte d'Appello di Milano e la terza sezione penale della Corte di Cassazione<sup>19</sup> hanno sollevato questione di legittimità costituzionale, denunciando, in particolare, la violazione dell'art. 25, co. 2, Cost. sia con riferimento all'irretroattività del dispositivo *Taricco*, sia in merito alla "determinatezza" dell'interpretazione resa dalla Corte di Lussemburgo<sup>20</sup>.

La Consulta con l'ordinanza n. 24/2017<sup>21</sup>, anziché ricorrere al meccanismo dei controlimiti, ha a sua volta formulato un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Nella motivazione dell'ordinanza la Corte costituzionale si sofferma principalmente sull'art. 25, co. 2, Cost. e, nello specifico, sui principi di irretroattività sfavorevole e di determinatezza, non solo nella loro accezione "interna", ma anche nella prospettiva della c.d. legalità europea.

#### 4. *Prevedibilità, determinatezza e irretroattività nella distinzione fra disposizione e norma*

Il riferimento immediato è al contiguo piano della giurisprudenza di Strasburgo e, in particolare, a quella "ragionevole prevedibilità" attorno alla quale la Corte EDU ha costruito la "riserva di diritto" ricavabile dall'art. 7 della Convenzione.

Si tratta di premesse il cui impatto sui singoli ordinamenti interni, specie se di *civil law*, può dar luogo a conseguenze particolarmente problematiche, le quali, tra l'altro, non fanno che rafforzare l'impressione del progressivo consolidarsi di una vera e propria "giurisprudenza fonte".

---

codice [...] oltre i sette anni e sei mesi o, per i promotori dell'associazione per delinquere, oltre gli otto anni e nove mesi a decorrere dalla data di consumazione dei reati».

<sup>19</sup> Corte d'appello di Milano, ord. 18 settembre 2015, in *Penalecontemporaneo.it*, con nota di F. VIGANÒ, *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte d'Appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i "controlimiti"*, 21 settembre 2015; Cass., sez. III pen., ord. 30 maggio 2016, n. 28346, in <[www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it)> (ultimo accesso: 06/06/2018).

<sup>20</sup> L'ordinanza di rimessione della terza sezione della Corte di Cassazione aveva scisso, infatti, i due profili (irretroattività sfavorevole e determinatezza, § 4.2 e § 4.5) e, con specifico riferimento al principio di determinatezza, il giudice remittente aveva qualificato l'art. 325 TFUE come disposizione programmatica (sostenendo, quindi, implicitamente la natura "creativa", oltre che fortemente estensiva, dell'interpretazione della Corte di Giustizia).

<sup>21</sup> Corte cost., ord. 23 novembre 2016, n. 24, in *Penalecontemporaneo.it*, con nota di C. CUPELLI, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di Giustizia*, 30 gennaio 2017.

Con particolare riguardo all'ordinamento italiano, il recente caso Contrada<sup>22</sup> sintetizza efficacemente i termini della questione: muovendo dalla premessa della “creazione giurisprudenziale”, in epoca successiva ai fatti commessi da Bruno Contrada, della fattispecie di concorso esterno in associazione mafiosa<sup>23</sup>, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto non ragionevolmente prevedibile, al momento della commissione del fatto, l'applicazione degli artt. 110 e 416 – *bis* c.p.<sup>24</sup> ed hanno conseguentemente dichiarato la violazione del principio di legalità di cui all'art. 7 CEDU.

Anche l'ordinanza n. 24 del 2017 della Corte costituzionale, relativa al caso *Taricco*, sembrerebbe sposare tale approccio: non era prevedibile l'interpretazione estensiva offerta dalla Corte europea e (quindi la sua applicazione) retroattiva<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sez. IV, sent. 14 aprile 2015, ric. n. 66655/13, Contrada c. Italia, in *Penalecontemporaneo.it*, con nota di S.C. CONIGLIARO, *La Corte EDU sul concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso: primissime osservazioni alla sentenza Contrada*, 4 maggio 2015.

<sup>23</sup> «La Corte fa notare che non è oggetto di contestazione tra le parti il fatto che il concorso esterno in associazione di tipo mafioso costituisca un reato di origine giurisprudenziale» (§ 66 della sentenza).

<sup>24</sup> Ad avviso della Corte EDU, infatti, occorre «[...] stabilire se, all'epoca dei fatti ascritti al ricorrente, la legge applicabile definisce chiaramente il reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso. Si deve dunque esaminare se, a partire dal testo delle disposizioni pertinenti e con l'aiuto dell'interpretazione della legge fornita dai tribunali interni, il ricorrente potesse conoscere le conseguenze dei suoi atti sul piano penale» (§ 64 della sentenza).

<sup>25</sup> Corte cost., ord. 23 novembre 2016, n. 24, § 5 *Cons. in dir.*: «[...] questa Corte è chiamata dai giudici remittenti a valutare, tra l'altro, se la regola tratta dalla sentenza resa in causa *Taricco* soddisfa il requisito della determinatezza [...] Anzitutto si tratta di stabilire se la persona potesse ragionevolmente prevedere, in base al quadro normativo vigente al tempo del fatto, che il diritto dell'Unione, e in particolare l'art. 325 del TFUE, avrebbe imposto al giudice di non applicare gli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, cod. pen. in presenza delle condizioni enunciate dalla Corte di giustizia in causa *Taricco*». La Corte costituzionale, peraltro, ricorre al principio di determinatezza non solo in riferimento alla ragionevole prevedibilità, prima della sentenza *Taricco*, del risultato dell'interpretazione dell'art. 325 TFUE da parte della CGUE, ma anche in merito alla formulazione del dispositivo della sentenza medesima, nella parte in cui la disapplicazione è subordinata al generico parametro del «*numero considerevole di casi di frode grave*». Per una valorizzazione del principio di determinatezza nell'ambito dell'interpretazione giudiziale v. F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio “fondamentale”*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. XXXVI, Milano, 2007, 1318 «Tracce di questo collegamento funzionale tra determinatezza e conoscibilità della norma si trovano nella notissima sentenza della Corte sull'art. 5 c.p. [...] è proprio la sentenza n. 364/1988 a profilare una possibile linea di sviluppo dei rapporti tra determinatezza e conoscibilità che, sostanzialmente assente nella giurisprudenza della nostra Corte, costituisce invece quella privilegiata dalle due

La premessa da cui muove il Giudice delle Leggi, tuttavia, si fonda sulla distinzione fra l'irretroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole e la "determinatezza" del risultato dell'interpretazione (in questo caso estensivo rispetto alla disposizione).

La Corte sostiene, infatti, che «La regola tratta dall'art. 325 del TFUE con la sentenza resa in causa *Taricco* interferisce con il regime legale della prescrizione dei reati, che il giudice sarebbe tenuto a non applicare nei casi indicati in quella decisione. Nell'ordinamento giuridico nazionale il regime legale della prescrizione è soggetto al principio di legalità in materia penale, espresso dall'art. 25, secondo comma, Cost., come questa Corte ha ripetutamente riconosciuto (da ultimo sentenza n. 143 del 2014). È perciò necessario che esso sia analiticamente descritto, al pari del reato e della pena, da una norma che vige al tempo di commissione del fatto»<sup>26,27</sup>.

Le considerazioni "preliminari" svolte dalla Corte potrebbero quindi condurre ad esiti del tutto peculiari avuto riguardo al precedente eurounitario: sul piano interno, infatti, i principi di determinatezza e di irretroattività sfavorevole *ex art. 25, co. 2, Cost.* erano stati elaborati con riferimento alle disposizioni, non anche alle norme<sup>28</sup>.

Quando, però, i due principi, distinti fra loro, vengono evocati dalla Consulta nell'ambito della sentenza *Taricco* (che, come anticipato, è il

---

Corti europee di Strasburgo e del Lussemburgo. Intendiamo dire che la conoscibilità della norma può essere invocata, oltre che come una possibilità astratta, anche come un giudizio da effettuare in concreto in rapporto cioè sia al significato interpretativo attribuito alla norma in quel dato processo, sia alle caratteristiche peculiari oggettive e soggettive della vicenda di cui si tratta *hic et nunc*. È chiaro che, in questa seconda prospettiva, il problema della determinatezza di una norma tende a convertirsi - per il tramite del criterio della conoscibilità dell'interpretazione giudiziale - o in quello del divieto di retroattività della legge penale o in quello della colpevolezza del soggetto agente. In ogni caso, la (sufficiente) determinatezza cessa di essere (solamente?) un attributo dell'espressione legislativa e, dunque, una condizione di validità della disposizione *erga omnes*, si potrebbe dire. E si apre invece la strada ad una tutela certo più penetrante in quanto capace di sindacare il concreto significato interpretativo attribuito dal giudice alla legge, ma meno vasta e stabile in quanto incapace di espungere dal sistema una volta per tutte la disposizione legislativa della cui applicazione ci si lamenta».

<sup>26</sup> Corte cost., ord. 23 novembre 2016, n. 24, § 4 *Cons. in dir.*

<sup>27</sup> E, in termini più generali, § 2 *Cons. in dir.* «Non vi è inoltre dubbio che il principio di legalità in materia penale esprima un principio supremo dell'ordinamento, posto a presidio dei diritti inviolabili dell'individuo, per la parte in cui esige che le norme penali siano determinate e non abbiano in nessun caso portata retroattiva».

<sup>28</sup> Cfr., *ex multis*, per la necessaria distinzione fra disposizione e norma in riferimento dell'art. 2 c.p. M. GAMBARDELLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Napoli, 2008, 133 ss. e, avuto riguardo al principio di determinatezza, F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, 319 ss.

risultato di un'attività interpretativa condotta dalla CGUE su una disposizione, l'art. 325 TFUE, che a sua volta incide su disposizioni interne), la garanzia della ragionevole prevedibilità dell'interpretazione della CGUE potrebbe assumere una diversa estensione, rilevando sia per quanto concerne l'applicazione retroattiva di un mutamento giurisprudenziale sfavorevole ad opera della Corte di Lussemburgo<sup>29</sup>, sia avuto riguardo al risultato interpretativo, non ragionevolmente prevedibile rispetto alla lettera della disposizione<sup>30</sup>.

Verrebbe, quindi, in rilievo la *ratio* di certezza del diritto, a fondamento del principio di irretroattività sfavorevole e di determinatezza, nella dimensione *in action*.

<sup>29</sup> Sul punto si vedano, con riferimento al diritto interno, le considerazioni di GALLO, *Diritto penale italiano*, cit., 445: «Anche il caso di improvviso, non preannunciato, mutamento di giurisprudenza, per effetto del quale viene considerato illecito un comportamento fino a quel punto reputato penalmente irrilevante, non propone questione di deroga all'art. 5. Prima ancora della impossibilità di conoscere la "formula" incriminatrice, qui si tratta, in tutta la sua cogenza logico-giuridica, di un problema di irretroattività della regola incriminatrice»; in questo senso si era espressa anche Cass., sez. III pen., 14 ottobre 2004, n. 44918, in <[www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it)> (ultimo accesso: 06/06/2018) in ordine all'applicazione (nuova e quindi retroattiva) della fattispecie di favoreggiamento della prostituzione di cui all'art. 3, co. 8, l. n. 75/1958 nei confronti del cliente che riaccompagni in auto la prostituta nello stesso luogo ove con la propria auto l'aveva prelevata. Sull'irretroattività del mutamento giurisprudenziale *in malam partem* v. anche R. BARTOLI, *Legalità europea versus legalità nazionale? Un tentativo di possibile integrazione*, in *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, a cura di C.E. PALIERO [et al.], Napoli, 2016, 267.

<sup>30</sup> Cfr., con riferimento al diritto interno, TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale*, cit., 55: «Se lo Stato, infatti, pretende dal destinatario della "legge" che costui si attivi per prendere conoscenza, rimane, corrispettivamente, comunque a suo carico l'obbligo dei suoi organi, in primis i giudici, di mantenersi, nell'"individuare" la "norma" in concreto applicabile, in un "perimetro" di possibili soluzioni "ragionevolmente prevedibili" da un uomo medio eiusdem conditionis». V. anche M. BIGNAMI, *Note minime a margine dell'ordinanza Taricco*, in *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, a cura di A. BERNARDI, C. CUPELLI, Napoli, 2017, 42, «La prevedibilità dell'esito di una condotta costituirà anche una garanzia aggiuntiva, legata alla performance stabilizzatrice della giurisprudenza, alla luce dell'art. 7 CEDU. Ma essa opera in addizione rispetto alle tutele costituzionali, e non per sottrazione. Quand'anche le pronunce giudiziali la assicurino, in quanto consolidate, ugualmente sarà necessario che esse siano compatibili con un giudizio prognostico basato sul tesoro della disposizione normativa scritta perché, in caso contrario, la legalità continuerà a mancare». Sul punto v. però le considerazioni di M. GAMBARDILLA, *I modelli della legalità penale e la "vicenda Taricco"*, in *Arch. pen. web.*, 2/2017, 8, secondo cui «[...] non convince la prevedibilità collegata alla disposizione scritta, bensì è più convincente una prevedibilità congiunta con la possibilità di conoscere la norma [...]».

Un ultimo aspetto particolarmente interessante dell'ordinanza della Consulta riguarda la formulazione del rinvio pregiudiziale: benché, infatti, la pronuncia assuma la fisionomia di un sillogismo incompiuto<sup>31</sup>, la struttura dell'ordinanza sembrerebbe, però, quella di una sentenza interpretativa di accoglimento in materia di determinatezza, che costituisce sicuramente un *novum* sul piano interno, dal momento che la Corte costituzionale, con riferimento al principio di determinatezza, si limita di regola a pronunciare sentenze interpretative di rigetto, che, com'è noto, la dottrina maggioritaria non ritiene vincolanti per l'interprete<sup>32</sup>.

La vicenda *Taricco* ha trovato la sua conclusione con la sentenza del 5 dicembre 2017<sup>33</sup>, con la quale la Corte di Giustizia sembra aver accolto la soluzione "proposta" dalla Corte costituzionale italiana in sede di rinvio pregiudiziale.

Resta confermata la lettura dell'art. 325 TFUE e la conseguente incompatibilità del regime italiano della prescrizione con una disposizione del Trattato, così come resta confermato che l'obbligo di disapplicazione sia destinato ad operare solo nel caso in cui il regime in questione impedisca di assicurare una risposta sanzionatoria efficace ed effettiva in un numero considerevole di casi di frode grave.

Spetta però al giudice nazionale, precisa la Corte europea, valutare se la disapplicazione possa comportare una violazione dei principi fondamentali dell'ordinamento interno, condensati sotto l'etichetta della legalità penale<sup>34</sup>.

Senza entrare nei dettagli della motivazione della sentenza *Taricco II* e delle implicazioni che potrebbero derivare dalla stessa, è interessante notare come la distinzione tra determinatezza e irretroattività sfavorevole sia valorizzata anche dalla sentenza in questione.

Ad avviso della Corte di Giustizia, infatti, il principio di legalità dei reati e delle pene si articola nei requisiti di «prevedibilità, determinatezza

<sup>31</sup> Così MASSARO, *La risposta*, cit., 2.

<sup>32</sup> Per la non vincolatività delle sentenze interpretative di rigetto cfr., *ex multis*, A. CELOTTO-F. MODUGNO, *La giustizia costituzionale*, in *Diritto pubblico*, a cura di F. MODUGNO, Torino, 2017, 753; *contra* M. GALLO, *La legittimità costituzionale dell'art. 57, n. 1, c.p. e un problema di efficacia delle pronunce di rigetto*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1956, 458.

<sup>33</sup> Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, sent. 5 dicembre 2017, causa C - 42/17, consultabile in *GiurisprudenzaPenaleWeb*, con nota di A. MASSARO, *Taricco 2 - Il ritorno (sui propri passi?). I controlimiti come questione che "spetta ai giudici nazionali": cambiano i protagonisti, ma la saga continua*, 6 dicembre 2017.

<sup>34</sup> Come rilevato da parte della dottrina, la Corte di Giustizia sembrerebbe aver "esternalizzato" i controlimiti con la conseguenza di una «[...] estromissione della Corte costituzionale del meccanismo in questione, con conseguente metamorfosi e trasfigurazione dello stesso», così MASSARO, *Taricco 2*, cit., 4.

e irretroattività della legge penale applicabile»<sup>35</sup>.

Le conclusioni cui perviene il Giudice di Lussemburgo nel dispositivo rimettono tuttavia al giudice comune soltanto due tipologie di valutazioni, relative, rispettivamente, all'insufficiente determinatezza della legge applicabile – avuto riguardo al criterio del numero considerevole di casi di frode grave – e all'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello sussistente al momento di commissione del fatto<sup>36</sup>.

Sullo sfondo si intravede, ancora una volta, quella distinzione tra disposizione e norma, che, come anticipato, proprio all'interno della prospettiva della legalità "europea" potrebbe conoscere una stagione di "seconda giovinezza"<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> § 51 della sentenza.

<sup>36</sup> Cfr. sul punto E. LUPO, *La sentenza europea c.d. Taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro*, in *Penalecontemporaneo.it*, 22 dicembre 2017, 114; v. anche C. CUPELLI, *Ecce Taricco II. Fra dialogo e diplomazia, l'attesa sentenza della Corte di Giustizia*, in *Penalecontemporaneo.it*, 11 dicembre 2017, 177.

<sup>37</sup> Il presente contributo in ragione dei tempi di consegna non tiene conto dei più recenti sviluppi giurisprudenziali relativi al caso Taricco e ai doppi binari sanzionatori.



Arianna Pagani

*La “materia penale” tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*

SOMMARIO: 1. Il concetto di *matière pénale* e la valorizzazione comunitaria del *ne bis in idem* – 2. La difesa costituzionale del criterio formale e lo stato della giurisprudenza interna. – 3. Considerazioni conclusive. Verso un’interpretazione convenzionalmente orientata della nozione di sanzione sostanzialmente penale?

1. *Il concetto di matière pénale e la valorizzazione comunitaria del ne bis in idem*

Nel panorama del diritto penale “postmoderno” discutere del concetto di materia penale rappresenta un terreno nel quale il giurista si trova a dover mediare tra l’interpretazione “fluida” che offre la giurisprudenza europea e l’interpretazione, ancorata al principio di stretta legalità, che viene invece fornita nel nostro ordinamento.

Per tentare di individuare una soluzione plausibile ai contrasti interpretativi insorti tra la Corte di Strasburgo e la giurisprudenza interna occorre chiarire preliminarmente cosa si intenda per *materia penale* e perché una tale nozione sia in grado di abbracciare sia le sanzioni penali che talune sanzioni formalmente amministrative.

Ebbene, con questa locuzione viene indicata l’area di perimetrazione dei principi propri del diritto penale, siano essi dettati dalla legislazione interna o da quella convenzionale. Tra questi vengono in rilievo i corollari propri del principio di legalità<sup>1</sup> (come l’irretroattività della norma penale<sup>2</sup>), la garanzia di un processo equo, ma anche il principio del *ne bis in idem*. In altri termini, tale concetto si considera volto ad orientare l’applicazione di un novero di garanzie, sia sostanziali che processuali, correlate al principio di colpevolezza, cui sarebbero riconducibili i requisiti dell’accessibilità e della prevedibilità della

<sup>1</sup> Per un ulteriore approfondimento si rinvia a O. DI GIOVINE, *Ancora sui rapporti tra legalità europea e legalità nazionale: primato del legislatore o del giudice?* in [www.diritto penalecontemporaneo.it](http://www.diritto penalecontemporaneo.it).

<sup>2</sup> Sul punto si veda l’importante pronuncia delle S.u. della Cassazione, 26 Giugno 2014, n. 4880 in cui è stata affermata la natura non penale della confisca di prevenzione e, per l’effetto, l’inapplicabilità del principio di irretroattività sfavorevole. In argomento F. MAZZACUVA, *Le Sezioni Unite sulla natura della confisca di prevenzione: un’altra occasione persa per un chiarimento sulle reali finalità della misura*, in *Diritto penale contemporaneo*, n.4, 2015, 231 ss.

norma penale connessi all'art. 7 della CEDU, e la presunzione di innocenza, stabilita invece dall'art. 6<sup>3</sup>.

Il *Punctum dolens* riguarda l'individuazione di quelle sanzioni che debbano ritenersi sostanzialmente penali, nonostante la loro diversa qualificazione formale<sup>4</sup>. Questo problema si è posto soprattutto a causa dell'incidenza di sanzioni amministrative particolarmente afflittive, che possono assumere, a loro volta, le vesti di misure pecuniarie oppure di interdittive.

In tali ipotesi, per definire con certezza l'estensione dei confini della materia penale, risulta essenziale concentrarsi non tanto su ciò che viene proibito, quanto sulla reazione che l'ordinamento prevede nel caso di trasgressione dell'illecito. Le garanzie disposte dall'ordinamento derivano quindi dalla natura essenzialmente penale della sanzione, mentre non sembrerebbe corretto definire una misura sanzionatoria come amministrativa per il solo fatto che l'illecito venga qualificato tale da parte dell'ordinamento<sup>5</sup>.

La questione concernente la corretta individuazione della natura di una data sanzione pone, tuttavia, particolari problemi nel nostro ordinamento, e questo sia a causa della concezione formale di reato, secondo cui occorre individuare il reato in base al *nomen iuris* della sanzione<sup>6</sup>, che del criterio nominalistico previsto dall'art. 17 c.p.

Invero, il legislatore potrebbe definire amministrativa una sanzione al solo scopo di evitare l'applicazione dei principi in questione e gli oneri derivanti dalle garanzie del processo penale. Così, al fine di aggirare quella che potrebbe definirsi una «truffa delle etichette»<sup>7</sup> e garantire nei confronti dell'imputato garanzie più solide, con la sentenza Engel<sup>8</sup> la Corte di Strasburgo ha inaugurato un filone giurisprudenziale che considera prevalenti criteri di tipo sostanziale. Secondo quanto affermato dai giudici

<sup>3</sup> F. MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc.4, 2013, 1899 s.

<sup>4</sup> Si è chiarito, in merito, che la qualificazione di un illecito come sostanzialmente penale non implichi la sua riconduzione per tutti gli effetti alle regole che governano l'ordinamento penale. L'illecito formalmente qualificato come amministrativo (ovvero come tributario, civile o, ancora, disciplinare) resta sottoposto alle norme processuali e procedurali proprie del settore di appartenenza, salvo il rispetto delle garanzie convenzionali e costituzionali previste per la materia penale, sia dal punto di vista sostanziale che processuale. In questi termini, descrivendo un vero e proprio sistema di «tutela a cerchi concentrici», F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità "costituzionale" vs. legalità "convenzionale"?*, in <[www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it)>, 5 Aprile 2017, 19 ss.

<sup>5</sup> MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, cit., 1902 s.

<sup>6</sup> VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità "costituzionale" vs. legalità "convenzionale"?*, cit., 2.

<sup>7</sup> VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità "costituzionale" vs. legalità "convenzionale"?*, cit., 7 ss.

<sup>8</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*.

di Strasburgo per valutare la sussistenza di «un'accusa in materia penale» occorre tener presente, anche via alternativa, la qualificazione formale della sanzione attribuita dal legislatore, la natura dell'illecito, ma soprattutto, ed in via prevalente, la natura e la gravità della sanzione stessa.

Tali criteri sono stati ritenuti determinanti anche nelle successive pronunce della Corte EDU, volte a delimitare lo spazio applicativo del concetto di materia penale.

Un *leading case* è rappresentato dalla sentenza *Grande Stevens*<sup>9</sup> che si è interessata della legittimità dell'applicazione congiunta a carico dei ricorrenti della sanzione amministrativa di cui all'art. 187 *ter* Tuf (irrogata dalla Consob) e della sanzione penale di cui all'art. 185 Tuf. Possibilità consentita in virtù della clausola iniziale prevista dall'art. 187 *ter* che fa «salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato»<sup>10</sup>. Secondo la Corte, aldilà della loro qualificazione formale, le sanzioni amministrative previste in tema di *abusi di mercato* dovrebbero ritenersi di natura sostanzialmente penale a fronte della valorizzazione del terzo criterio Engel, consistente nella natura e nel grado di severità della sanzione in astratto applicabile al fatto posto in essere. Per queste ragioni la Corte di Strasburgo ha ravvisato da parte dell'Italia una serie di violazioni dei principi stabiliti della CEDU, tra cui la garanzia di un giusto processo (di cui all'art. 6 CEDU) e l'inosservanza dell'art. 4 protocollo n. 7 CEDU, che stabilisce il divieto di *ne bis in idem*.

Al riguardo, risulta interessante notare come il concetto di *ne bis in idem* venga ormai pacificamente inteso dalla giurisprudenza europea nella sua accezione di *idem factum* e non di *idem legale*<sup>11</sup>. In altri termini, la Corte di Strasburgo ritiene che debba essere valutata la condotta in concreto realizzata, senza effettuare alcun paragone tra fattispecie astratte, ed

<sup>9</sup> Corte Edu, *Grande Stevens e altri contro Italia*, 4 Marzo 2014. Successivamente la Corte Edu si è pronunciata anche sui sistemi di doppio binario sanzionatorio presenti in altri paesi dell'Unione: cfr. sul punto Corte EDU *Nykanen c. Finlandia* del 20 maggio 2014; *Lucky c. Svezia* del 27 novembre 2014 e *Kiivari c. Finlandia* del 10 febbraio 2015.

<sup>10</sup> L'ordinamento regola le ipotesi in cui uno stesso fatto sia punito sia a livello penale che amministrativo attraverso l'art. 9 L. 689/1981, secondo cui a prevalere deve essere la disposizione speciale. Nonostante la sussistenza di tale norma, in tema di abusi di mercato il legislatore ha scelto di affiancare ai reati di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazioni di mercato degli illeciti amministrativi, creando un sistema di doppio binario sanzionatorio che ne prevede una deroga espressa. Questa previsione avrebbe potuto considerarsi legittima se solo la Corte di Strasburgo non avesse riconosciuto la natura sostanzialmente penale di tali sanzioni, che risultano quindi comminate in palese violazione del principio di *ne bis in idem*.

<sup>11</sup> La sentenza *Grande Stevens* che, in tema di *ne bis in idem*, si riferisce «a fatti identici o sostanzialmente uguali» era stata, in realtà, preceduta dalla sentenza del 10 febbraio 2009, *Zo-lotoukhine contro Russia*.

arrivando anzi a considerare l' «insieme di circostanze fattuali concrete che riguardano lo stesso imputato e che sono inestricabilmente avvinte nel tempo e nello spazio»<sup>12</sup>.

Sulla scorta di tale interpretazione la Corte Costituzionale<sup>13</sup> ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 649 c.p.p nella parte in cui

«esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale»,

poiché contrastante con l'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU. I giudici escludono invece l'illegittimità della norma in riferimento alla limitata applicazione del principio del *ne bis in idem* al medesimo fatto giuridico, precisando che anche nel nostro ordinamento il medesimo fatto venga inteso come identità del fatto storico, ancorché considerato nella triade di condotta, evento e nesso causale.

Da ultimo il concetto di *ne bis in idem* è stato oggetto di un ulteriore approfondimento da parte della sentenza della Grande Camera A e B c. Norvegia del 15 Novembre 2016, (ric. n. 24130/11) che ha sostanzialmente delimitato l'espansione del divieto in questione. I giudici della Corte EDU hanno infatti affermato che tale principio possa considerarsi rispettato anche qualora tra i due procedimenti esista una connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta<sup>14</sup>. In buona sostanza il divieto di *bis in idem* non potrebbe dirsi violato nel caso in cui per la stessa condotta siano applicate pene diverse nell'ambito di due procedimenti i quali, ancorché distinti, siano funzionalmente connessi l'uno all'altro, e purché tra di loro sussista un collegamento cronologico, sebbene non risulti necessario che questi procedano in via parallela.

## 2. La difesa costituzionale del criterio formale e lo stato della giurisprudenza interna

Nonostante la forza attrattiva assunta dall'interpretazione che la Corte di Strasburgo ha fornito del concetto di materia penale, le posizioni della giurisprudenza interna si sono rivelate spesso in palese controtendenza rispetto a quelle comunitarie.

---

<sup>12</sup> Così viene definito l'*idem factum* dalle sentenze della Corte EDU Nykanen c. Finlandia del 20 maggio 2014; Lucky c. Svezia del 27 novembre 2014.

<sup>13</sup> Corte Cost. n. 200/2016.

<sup>14</sup> Sul punto VIGANÒ, *La grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio* in <[www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it)>.

Il problema ha riguardato, in particolare, le modalità di adeguamento della legislazione interna che risulti contrastante con i principi stabiliti dalla CEDU.

Non si considera in effetti possibile una disapplicazione diretta della norma, attesa l'efficacia indiretta che la Cedu ha nel nostro ordinamento (diversa potrebbe essere la soluzione qualora fossero fatte valere le norme di cui al CDFUE, come l'art. 50 in tema di *ne bis in idem*<sup>15</sup>). Pertanto, qualora i giudici ravvisino un contrasto tra normativa interna e principi stabiliti dalla CEDU, questi sono tenuti a sollevare una questione di legittimità costituzionale in virtù dell'operatività del parametro interposto previsto dall'art. 117 Cost. Ebbene, questioni di questo tipo, che avrebbero potuto apportare delle modifiche sostanziali alle norme che si ritengono attualmente in frizione con le fonti comunitarie, sono rimaste frequentemente irrisolte da parte della Corte Costituzionale.

Un esempio è dato dalla sentenza n. 102/2016, in cui la Corte Cost. si è trovata a dover decidere in merito alla conformità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. «nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui l'imputato sia stato giudicato, con provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto, nell'ambito di un procedimento amministrativo per l'applicazione di una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali e dei relativi Protocolli», dell'art. 187 *bis* «nella parte in cui fa salva le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato» e dell'art. 187 *ter* in riferimento «alla cominatoria congiunta della sanzione penale prevista dall'art. 185 del medesimo d.lgs. 58 del 1998 e della sanzione amministrativa prevista per l'illecito di cui all'art. 187-ter dello stesso decreto».

In tale sede, date le conseguenze che sarebbero derivate in punto di certezza del diritto, la Corte ha deciso infatti di non pronunciarsi, dichiarando inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate.

Anche dopo la sentenza Varvara<sup>16</sup> sono state respinte la questioni di legittimità costituzionale<sup>17</sup> sollevate a seguito di due ordinanze di segno

<sup>15</sup> Corte di Giustizia, Akaglarén c. Hans Akerberg Fransson, 26 Febbraio 2013, C-617/10

<sup>16</sup> Corte Europea dei diritti dell'uomo, 30 ottobre 2013, Varvara c. Italia (Ricorso n. 17475/2009).

<sup>17</sup> Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49. Per una dettagliata analisi si rinvia a V. MANES, *La confisca senza condanna al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in <[www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it)>, 13 Aprile 2015; F. VIGANÒ, *La consulta e la tela di penelope. osservazioni a primissima lettura su c. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, pres. criscuolo, red. lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 2, 2015, 333 ss. A. MASSARO, *Europeizzazione del diritto penale e razionalizzazione del sistema sanzionatorio: il superamento dei "doppi binari" nazionali*

opposto aventi ad oggetto l'art. 44, 2° co., d.P.R. n. 380/2001.

In particolare attraverso la prima doglianza la Cassazione manifestava i suoi dubbi in ordine alla legittimità della norma, nella parte in cui, in forza delle sentenze della Corte EDU, tale disposizione «non può applicarsi nel caso di dichiarazione di prescrizione del reato anche qualora la responsabilità penale sia stata accertata in tutti i suoi elementi». La preoccupazione era dunque quella di preservare l'interpretazione che il diritto interno attribuiva alla norma, consentendo di disporre la confisca anche a seguito dell'intervenuta prescrizione del reato. Questo in quanto l'art. 44, come interpretato alla luce della giurisprudenza di Strasburgo, si sarebbe posto in contrasto con gli artt. 2, 9, 32, 41, 42 e 117, primo comma, trattandosi di norme volte alla tutela di valori costituzionali fondamentali quali il paesaggio, l'ambiente, la vita e la salute, che devono considerarsi prevalenti rispetto al diritto di proprietà.

Al contrario, con la seconda ordinanza del Tribunale di Teramo la questione di costituzionalità investiva l'art. 44 in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui consente, al fine di disporre la confisca dei terreni e delle opere abusive, che l'accertamento nei confronti dell'imputato del reato di lottizzazione abusiva possa essere contenuto anche in una sentenza che dichiari estinto il reato per intervenuta prescrizione. In altri termini si chiedeva una lettura della norma che fosse conforme alle interpretazioni fornite dalla Corte di Strasburgo.

Come anticipato, secondo la Corte le questioni di legittimità costituzionale devono tuttavia dichiararsi inammissibili.

L'ordinanza sollevata dalla Corte di Cassazione è stata respinta, in primo luogo, in quanto il ricorso aveva ad oggetto l'art. 44 d.p.r. 380/2001 anziché la legge 4 Agosto 1955 n. 848 (di ratifica ed esecuzione della Convenzione Europea per i diritti dell'uomo), nonostante fosse tale legge che i ricorrenti avrebbero dovuto censurare, consentendo l'operatività della regola ritenuta in contrasto con i principi costituzionali.

Inoltre la Corte ha dichiarato l'inammissibilità della censura per difetto di motivazione sulla rilevanza. Per consentire alla Corte di pronunciarsi sul punto la questione proposta dal giudice rimettente avrebbe dovuto infatti essere oggetto di previsioni analitiche ed adeguatamente motivate. Nel caso di specie, invece, il difetto di motivazione è stato ravvisato proprio nel «mancato raggiungimento della prova sulla responsabilità del terzo acquirente, posto che solo in questa ipotesi vi sarebbe stata la necessità di applicare la

---

*nel segno sostanzialistico-funzionale della "materia penale", in Diritto penale contemporaneo, 15 Luglio 2015, 10 ss.*

contestata regola di diritto tratta dal caso Varvara<sup>18</sup>.

Infine, entrambe le ordinanze sono state considerate inammissibili in quanto basate su un duplice erroneo presupposto interpretativo<sup>19</sup>.

Secondo i ricorrenti i giudici di Strasburgo, dopo aver ammesso la natura penale della confisca, avrebbero ritenuto che una tale misura possa essere applicata soltanto dal giudice penale attraverso una sentenza di condanna. La Corte precisa, al contrario, che il riconoscimento di una sanzione come sostanzialmente penale sia volta esclusivamente a garantire le tutele previste dagli art. 6 e 7 della CEDU, consentendo che essa possa essere applicata da un'autorità amministrativa che fornisca idonee garanzie processuali. In secondo luogo i ricorrenti avrebbero dovuto interrogarsi sul reale significato che la Corte EDU attribuisce al termine condanna, che può essere intesa in senso sostanziale (come accertamento incidentale della responsabilità dell'imputato), ovvero come pronuncia formale nell'ambito del giudizio penale. Ebbene, per il giudice delle leggi si dovrebbe propendere per una nozione di condanna in senso sostanziale<sup>20</sup>, risultando questa interpretazione maggiormente rispettosa del principio di sussidiarietà in materia penale e comunque compatibile con la vicenda oggetto della sentenza Varvara. Ne consegue che i ricorrenti avrebbero errato nel ritenere che la confisca debba essere necessariamente disposta unitamente ad una sentenza di condanna per il reato di lottizzazione abusiva.

Sempre sul piano delle pronunce di legittimità costituzionale la Corte ha avuto modo di esprimersi in relazione agli artt. 8 commi 1 3 e 9 D.lgs 8/2016, che prevedono un intervento di depenalizzazione per numerosi reati, tra cui il delitto di omesso versamento delle ritenute previdenziali ed assistenziali. Il problema si era palesato in virtù della disciplina transitoria prevista dalla norma, secondo cui le nuove sanzioni amministrative hanno efficacia retroattiva. Per queste ragioni, il Tribunale di Varese aveva sollevato una questione di legittimità costituzionale affermando che tali sanzioni dovessero considerarsi sostanzialmente penali e che, pertanto, una tale previsione fosse in contrasto con il principio di irretroattività della legge penale, consacrato nell'art. 25 Cost. Ancora una volta la Corte Costituzionale ha dichiarato la questione inammissibile, trincerandosi dietro la sussistenza di una palese contraddizione

<sup>18</sup> Corte Cost., 14 Gennaio 2015, n. 49, punto 5 del *Considerato in diritto*.

<sup>19</sup> Si veda Corte Cost. n. 49/2015, punto 6 del *Considerato in diritto*.

<sup>20</sup> Per un'approfondimento sul punto si veda MASSARO, *Europeizzazione del diritto penale e razionalizzazione del sistema sanzionatorio: il superamento dei “doppi binari” nazionali nel segno sostanzialistico-funzionale della “materia penale”*, 15 Luglio 2015, in <[www.diritto-penalecontemporaneo.it](http://www.diritto-penalecontemporaneo.it)>, 12 e MANES, *La confisca senza condanna al crocevia tra Roma e Stasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in <[www.dirittocontemporaneo.it](http://www.dirittocontemporaneo.it)>, 16 ss.

tra premesse ed esito del percorso motivazionale del ricorrente. A detta della Consulta, invero, il richiamo ai criteri Engel non dovrebbe essere utilizzato per l'applicazione di principi che l'ordinamento considera riservati a sanzioni che siano espressione della potestà punitiva dello Stato<sup>21</sup>.

Del resto, una posizione di netta distanza rispetto al concetto sostanziale di materia penale dettato dalla giurisprudenza europea viene assunta anche dalla giurisprudenza di merito e da quella di legittimità.

Si pensi, a tal riguardo, alla giurisprudenza successiva alla sentenza Varvara<sup>22</sup>.

Con questa sentenza la Corte Europea dei diritti dell'uomo, riprendendo la decisione Sud Fondi relativa ai cosiddetti ecomostri di Punta Perotti<sup>23</sup>, ha stabilito che la confisca urbanistica abbia natura sostanzialmente penale. Con la conseguenza, precisa la Corte, che dall'operatività dell'art 7 Cedu derivi l'impossibilità di ordinare la confisca in assenza

<sup>21</sup> Corte Cost. 11 Maggio 2017, n. 109 con nota di F. VIGANÒ, *Una nuova pronuncia della consulta sull'irretroattività* delle sanzioni amministrative in <[www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it)> e I. PELLIZZONE, *Garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale: osmosi o autonomia?* in <[.dirittopenalecontemporaneo.it](http://.dirittopenalecontemporaneo.it)>.

È stata del pari dichiarata inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione all'art. 9 l. 62/2005, secondo cui le disposizioni da esso introdotte «si applicano anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore della presente legge che le ha depenalizzate, quando il relativo procedimento penale non sia stato definito. Per ogni altro effetto si applica l'articolo 2 del codice penale». Per la Cassazione, invero, la disciplina transitoria si sarebbe posta in contrasto con il principio di irretroattività sancito dall'art. 25 comma 2 della Costituzione e, per effetto dell'art. 117 comma 1 Cost., anche dell'art. 7 CEDU. Ebbene la Corte Costituzionale, pur considerando la confisca per equivalente prevista per l'illecito amministrativo in tema di abusi di mercato di natura sostanzialmente penale, non si pronuncia sulla questione, asserendo che l'ordinanza di remissione sia basata su un erroneo presupposto valutativo. L'applicazione retroattiva della nuova disciplina sanzionatoria risulta infatti motivata dalla presunzione di maggior favore di una sanzione amministrativa di tipo pecuniario rispetto alla sanzione penale precedente che ne prevedeva la reclusione. Tuttavia, secondo la Corte, il giudice *a quo* ha formulato la questioni di legittimità costituzionale sulla base di una valutazione parziale della vicenda normativa. In altri termini, il giudice remittente non avrebbe considerato che il nuovo regime punitivo previsto per l'illecito amministrativo comporti un inquadramento della fattispecie nell'ambito della successione di leggi nel tempo, e che, pertanto, il problema della sua applicabilità retroattiva debba essere risolto in via concreta considerato il nuovo trattamento sanzionatorio nel suo complesso. Così Corte Cost., 7 febbraio 2017, n. 68, con nota di F. VIGANÒ, *Un'altra deludente pronuncia della Corte Costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 4, 2017, 269 ss.

<sup>22</sup> In argomento, F. VIGANÒ, *Confisca urbanistica e prescrizione: il re a Strasburgo è nudo* in *Diritto penale contemporaneo*, n. 3, 2014, 277 ss.

<sup>23</sup> Causa Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia – Seconda Sezione – sentenza 20 gennaio 2009 (ricorso n. 75909/01).

di condanna. Ebbene, come anticipato dall'analisi della pronuncia della Corte Costituzionale n. 49/2015, la giurisprudenza interna ha continuato ciononostante a ritenere sufficiente un accertamento sostanziale di responsabilità, applicando la confisca anche nel caso in cui il reato sia dichiarato estinto per prescrizione<sup>24</sup>.

In diverse occasioni, peraltro, anziché sollevare una questione di legittimità costituzionale della normativa interna, è stata la stessa Cassazione a rifiutare in via autonoma il riconoscimento della natura sostanzialmente penale di talune sanzioni formalmente amministrative o civili.

Nella sentenza pronunciata dalla seconda sezione della Corte di Cassazione n. 26235 del 4 Giugno 2016 i giudici hanno così escluso l'applicabilità alle misure di prevenzione dei principi in materia penale in quanto esse non avrebbero natura di pena in senso sostanziale.

In una medesima prospettiva la Cassazione ha affermato l'impossibilità di considerare violato il principio del *ne bis in idem* qualora il soggetto, che ha già subito la sanzione civile prevista dall'art. 116 comma 8 lett. a) Legge 388/2000, sia poi condannato per il reato di omesso versamento delle ritenute previdenziali e assistenziali di cui all'art. 2 comma primo bis Dl. 463/1983. Conclusione, questa, resa possibile dalla considerazione della natura sia formalmente che sostanzialmente civilistica della sanzione di cui all'art. 116 comma 8 lett. a)<sup>25</sup>.

### 3. *Considerazioni conclusive. Verso un'interpretazione convenzionalmente orientata della nozione di sanzione sostanzialmente penale?*

Dai brevi cenni alla casistica che sembra possibile affrontare in questa sede emergono una serie di criticità derivanti dal differente approccio che la giurisprudenza europea e quella interna forniscono rispetto al concetto di materia penale.

In questa prospettiva sembra utile evidenziare, anzitutto, come il problema dell'individuazione della reale natura di una sanzione risulti strettamente correlato al principio di legalità, avente valenza costituzionale ai sensi dell'art. 25 della Costituzione. La legalità penale viene infatti posta a

<sup>24</sup> In argomento V. MANES, *La confisca senza condanna al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo sulla presunzione di innocenza*, in <[www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it)> (ultimo accesso: 07/06/2018), 13 Aprile 2015.

<sup>25</sup> Per un'attenta disamina delle pronunce della giurisprudenza interna sul punto si veda Ufficio del massimario penale, Rel. n. 26/2017, *Ne bis in idem, percorsi interpretativi e recenti approdi della giurisprudenza nazionale ed europea*, 7 s.

fondamento non soltanto del reato, ma anche della pena, come espressamente sancito dall'art. 1 c.p., con la conseguenza, di non poco conto, che i corollari della tassatività, della riserva di legge e dell'irretroattività risultino operanti anche all'interno del sistema sanzionatorio<sup>26</sup>.

Ebbene, da questo punto di vista sembra possibile estendere le criticità rilevate in riferimento alla concezione sostanziale dell'illecito anche al piano sanzionatorio<sup>27</sup>.

Invero, il concetto fluido e sostanzialistico della "natura penale" di una data sanzione risulta difficilmente compatibile con il principio di legalità formale previsto dall'art 25 Cost. e dall'art. 1 c.p., soprattutto laddove si consideri che il codice prevede un criterio espressamente nominalistico per le sanzioni penali. Di qui, le maggiori ed innegabili difficoltà che i giudici italiani devono affrontare per considerare di natura penale una sanzione qualificata come amministrativa da parte del legislatore<sup>28</sup>.

In secondo luogo, il criterio indeterminato adottato dalla giurisprudenza della Corte europea per ritenere penale una sanzione amministrativa potrebbe rendere costante l'incertezza per l'autorità statale di applicare una sanzione amministrativa congiuntamente ad una sanzione penale. Questo, nonostante la stessa sentenza Fransson<sup>29</sup> abbia chiarito che la disciplina convenzionale consenta ad uno Stato di adottare misure legislative ed amministrative al fine di tutelare interessi rilevanti per l'Unione (si pensi anche all'art. 325 TFUE che impone agli Stati di adottare misure effettive e dissuasive per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea)<sup>30</sup>.

Il problema deriva dal fatto che anche i macrocriteri Engel non si ritengano precisi, ma si presentino al contrario così labili da consentire alla Corte di Giustizia interpretazioni di tipo "casistico". In questo modo, laddove la misura amministrativa fosse considerata sostanzialmente penale, lo Stato potrebbe essere sanzionato per violazione del divieto di un secondo giudizio.

Inoltre, la possibile qualificazione del procedimento amministrativo come "accusa penale" pone la questione della sua sottoposizione alle

<sup>26</sup> In argomento, *ex multis*, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2015, 724 s.

<sup>27</sup> Si rinvia sul punto a Corte di Cassazione, Ufficio del ruolo e del massimario, settore penale, rel. n. 35/2014, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 Marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia*, 25 ss.

<sup>28</sup> Cfr. Corte di Cassazione, Ufficio del ruolo e del massimario, settore penale, rel. n. 35/2014, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 Marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia*, 26

<sup>29</sup> Corte di Giustizia, 26 Febbraio 2013, causa C-617/10, Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson, in <<http://curia.europa.eu>>.

<sup>30</sup> Corte di Cassazione, Ufficio del ruolo e del massimario, settore penale, rel. n. 35/2014, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem*, cit., 26.

garanzie rilevanti previste dall'art. 6 della CEDU sotto il profilo della necessità di una separazione tra organo inquirente ed organo giudicante, nonché dell'esigenza di assicurare un momento di pubblica udienza. Esito, questo, che potrebbe tuttavia comportare una complicazione dei procedimenti amministrativi al fine di ridurre il rischio di condanne nei confronti dello Stato da parte delle Corti Europee<sup>31</sup>.

Pertanto, considerate le problematiche rilevate sinora, potrebbero prospettarsi diverse soluzioni.

Sul punto, la dottrina non ha mancato di auspicare una ridefinizione più precisa dei macrocriteri Engel<sup>32</sup>. Questo consentirebbe di applicare i principi propri della materia penale in termini più rigorosi e di giustificare il sacrificio della legalità formale con una nozione di prevedibilità della condanna ancorata a parametri oggettivi.

Si è proposto anche di articolare meno severamente le sanzioni previste per l'illecito amministrativo, in modo che dalla valutazione della loro natura e della loro gravità la stessa giurisprudenza europea possa negare la natura sostanzialmente penale della sanzione<sup>33</sup>.

Per quanto riguarda il doppio binario sanzionatorio relativo agli abusi di mercato, sarebbe invece opportuno procedere ad una nuova interpretazione (se non proprio ad una modifica) dell'incipit dell'art. 187 *ter* Tuf. L'intervento del legislatore consentirebbe di ritenere quel «Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisca reato» come una clausola di riserva operativa nel caso in cui siano presenti le condizioni di configurabilità dell'illecito penale in luogo di quello amministrativo<sup>34</sup>.

Alla luce di quanto sinora affermato, e come suggerito da voci ben più autorevoli<sup>35</sup>, sembra d'obbligo una riflessione finale: ferme restando le differenze sostanziali tra l'interpretazione convenzionale del principio di legalità di cui all'art. 7 CEDU e la legalità statale, queste due concezioni possono davvero considerarsi antinomiche?

È noto infatti che la Corte di Strasburgo abbia offerto l'enucleazione di un concetto di materia penale affidata a criteri sostanziali piuttosto che formali.

La riserva di legge, che nel nostro ordinamento viene consacrata dal secondo comma dell'art. 25 Cost, nel sistema della legalità convenzionale

<sup>31</sup> Così Corte di Cassazione, Ufficio del ruolo e del massimario, settore penale, rel. n. 35/2014, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem*, cit., 27.

<sup>32</sup> Si veda, *ex multis*, VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso*, cit., 17 s.

<sup>33</sup> Cfr. rel. n. 35/2014, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem*, cit., 26.

<sup>34</sup> Così anche Corte di Cassazione, Ufficio del ruolo e del massimario, settore penale, rel. n. 35/2014, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem*, cit., 27.

<sup>35</sup> VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso*, cit., 9 ss.

risulta ancorata al criterio di prevedibilità della sanzione penale per il destinatario<sup>36</sup>. In altri termini, l'art. 7 Cedu, consacrante il principio di legalità, non prevede tra i suoi corollari la riserva di legge, e questo risulta giustificato dal fatto che la Convenzione fu stipulata tra Stati, tra cui L'Irlanda ed il Regno Unito, che riconoscono nei rispettivi ordinamenti reati fondati su precedenti giurisprudenziali. Ebbene, la mancata previsione del principio della riserva di legge non può certamente costituire un pregiudizio per le tutele offerte da parte della Costituzione. L'art. 53 CEDU stabilisce, invece, che nessuna delle garanzie previste dalla Carta possa limitare i diritti dell'uomo riconosciuti in base alle leggi di ogni parte contraente, tra cui rientrano i principi previsti dalla Costituzione Italiana<sup>37</sup>.

Pertanto, nel nostro ordinamento continua a restare valido il principio della riserva formale di legge, mentre la prevedibilità dell'esito giudiziario deve essere valutata come un *quid pluris* finalizzato ad ottimizzare la tutela nei confronti dei cittadini.

Fatte tali premesse, occorre prendere atto di un ulteriore aspetto.

Se finora è stato posto l'accento sulla distanza sussistente tra le posizioni assunte dalla giurisprudenza interna e quelle della Corte di Strasburgo, è vero anche che tale separazione risulta mitigata da alcune pronunce di segno opposto.

Si pensi alla sentenza della Corte Costituzionale n. 196/2010, che ha considerato applicabile il principio di irretroattività anche alla confisca dell'autoveicolo prevista dal codice della Strada, sottolineando come la distinzione tra misure di sicurezza e pena non possa essere affidata al solo criterio nominalistico. In altri termini, i giudici hanno seguito la propensione "estensiva" della giurisprudenza di Strasburgo, affermando che l'art. 25 della Costituzione vada interpretato nel senso che ogni intervento sanzionatorio che non abbia una prevalente funzione preventiva deve essere entrato in vigore prima della commissione del fatto<sup>38</sup>.

Sempre sul piano giurisprudenziale, inoltre, quelle che sembrano soluzioni contrastanti con la giurisprudenza di Strasburgo talvolta non possono considerarsi realmente tali. È il caso della giurisprudenza successiva alle sentenze Sud. Fondi e Varvara, che consente l'applicazione della confisca in assenza di una condanna formale. La Corte Costituzionale, ispirata dalla concezione sostanziale che governa la nozione europea di materia

<sup>36</sup> C. eur. dir. uomo, sez. IV, sent. 14 aprile 2015, Contrada c. Italia. Per un approfondimento della questione si rinvia a D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Tra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 2, 2015, 47 ss.

<sup>37</sup> In argomento, diffusamente, VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso*, cit., 10.

<sup>38</sup> Sul punto, VIGANÒ, *Il nullum crimen*, cit., 6.

penale, ha infatti confermato che in tema di confisca urbanistica possa considerarsi sufficiente una condanna intensa in senso sostanziale, purché si accerti incidentalmente la responsabilità dell'imputato<sup>39</sup>.

Risulta quindi innegabile che la giurisprudenza italiana stia attraversando un periodo di profonda crisi, in cui le istanze dettate dalla considerazione formale di una data sanzione come penale si scontrano con le esigenze garantistiche elaborate dalla Corte di Strasburgo.

Da questo punto di vista quello che si auspica è un'inversione di tendenza che prenda atto dell'esigenza di valorizzare criteri di carattere sostanziale anche nell'ambito della giurisdizione interna, e ciò al fine di realizzare una corretta distinzione tra sanzioni penali e sanzioni amministrative.

In altri termini occorrerebbe una rivisitazione del parametro della natura della sanzione, più che della sua severità<sup>40</sup>. Una data sanzione può infatti considerarsi afflittiva ma non avere per ciò solo natura penale: è questo il caso di talune sanzioni civili, che svolgono una funzione essenzialmente riparatoria, pur gravando in misura consistente sul soggetto tenuto ad adempiervi.

La premessa da cui occorre muovere è quindi data da un'analisi degli obiettivi che il legislatore intende perseguire con la formulazione di sanzioni formalmente amministrative. Questo comporta, inevitabilmente, un richiamo alle finalità proprie della pena, che non possono ancorarsi al solo principio di prevenzione, trovando il loro nucleo essenziale nella punizione per il fatto commesso<sup>41</sup>, e nella stessa finalità rieducativa.

Del resto, un tale approccio è stato fatto proprio dalla Corte di Cassazione, laddove ha considerato di natura sostanzialmente penale la confisca dell'autoveicolo<sup>42</sup> e rifiutato al contrario una tale qualificazione per talune misure di prevenzione<sup>43</sup>, a dispetto della severità con cui esse

<sup>39</sup> Corte Cost. n. 49, 14 Gennaio, 2015., n. 49. Per queste considerazioni MASSARO, *Europeizzazione del diritto penale e razionalizzazione del sistema sanzionatorio*, cit., 12. Sul punto anche MANES, *La confisca senza condanna*, cit., 16 ss.

<sup>40</sup> Questo principio è stato del resto già affermato dalla Corte Edu, Pelanaria, 21 Febbraio 1984, *Öztiirk c. Germania*. Per un'analisi più dettagliata della pronuncia e della sua incidenza sul piano della valorizzazione del criterio della finalità della sanzione si rinvia a V. MANES, *Profili e confini dell'illecito parapenale*, in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, 3, 2017, 995; sul punto anche MAZZACUVA, *La materia penale e il doppio binario della corte europea: le garanzie aldilà delle apparenze*, cit., 4, 1091 s.

<sup>41</sup> MANES, *Profili e confini dell'illecito parapenale*, cit., 1002 ss.; MAZZACUVA, *La materia penale e il doppio binario della corte europea*, cit., 1907 ss.

<sup>42</sup> Corte Costituzionale, n. 196/2010.

<sup>43</sup> Corte di Cassazione, sez. II, 4 Giugno 2016, n. 2623, in cui si stabilisce che non possa applicarsi il principio del *ne bis in idem* tra un procedimento penale ed un procedimento di prevenzione «poiché il presupposto per l'applicazione di una misura di prevenzione è una "condizione" personale di pericolosità, la quale è desumibile da più fatti, anche

possono incidere sulla stessa libertà dell'individuo.

In via conclusiva e senza avere alcuna pretesa di risolvere un tema così complesso quanto poliforme, può affermarsi che la questione del riconoscimento dei confini della materia penale, prima che porsi sul piano del contrasto tra concezione europea e nazionale, rilevi sul piano interno, in riferimento alla valorizzazione di principi prettamente nazionali. Sebbene l'individuazione della sanzione come pena in senso stretto venga accordata considerando in via prevalente il *nomen iuris* ad esso attribuito, come esplicitato anche dal criterio nominalistico previsto dall'art. 17 c.p., gli obiettivi cui la misura tende dovrebbero considerarsi prevalenti.

Alla luce delle considerazioni svolte, questa interpretazione finalisticamente orientata - sembra utile ribadirlo - dovrebbe quindi avere seguito a prescindere dalla valutazione dei criteri sostanzialistici enucleati dalla Corte di Strasburgo.

---

non costituenti illecito». Analogamente Cass. pen. Sez. VI, 16 luglio 2014, n. 32715, e Cass. Sez. II, 4 giugno 2015, n. 26235, in *C.E.D. Cass.*, n. 264387. Secondo quest'ultima pronuncia, in particolare, non sarebbe applicabile il divieto di *bis in idem* alle misure di prevenzione, nemmeno in considerazione di quanto affermato nella sentenza della C. eur. dir. uomo, 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia, poiché le stesse non avrebbero natura sostanzialmente penale. Questa conclusione, secondo i giudici, dovrebbe trarsi anche alla luce della elaborazione della giurisprudenza della Corte EDU, che ne evidenzia la funzione di provvedimenti diretti ad impedire la commissione di atti criminali e non a sanzionare la realizzazione di questi ultimi.

## IV. IL PUNTO DI VISTA DEL FILOSOFO DEL DIRITTO



Enrica Rigo

*L'ospitalità come concetto della storia nella lettura di Rudolf von Jhering*

Il tema dell'ospitalità è stato ripetutamente attraversato dalla letteratura sia filosofica che giuridica degli ultimi decenni, e basterebbe ricordare l'attenzione riservatagli da Jacques Derrida per confermare la sua rilevanza per la riflessione su diritto e postmodernità. Eppure, non sembra essere stato oggetto di particolare attenzione un prezioso scritto di Rudolf von Jhering (1887), dal titolo *Die Gastfreundschaft im Alterthum*, pubblicato nella rivista *Deutsche Rundschau*<sup>1</sup>, in cui il giurista tedesco approfondisce il tema dell'ospitalità già toccato, anche se solo marginalmente, in *Der Zweck im Recht* (1877-1883)<sup>2</sup>. Dello scritto esiste una traduzione italiana del 1889, pubblicata dalla Rivista di Giurisprudenza di Trani con il titolo, fedele all'originale, *L'ospitalità presso gli antichi e poche altre tracce nella letteratura secondaria* tra le quali si segnalano una voce dell'Enciclopedia giuridica italiana firmata da Federico Ciccaglione<sup>3</sup> e uno scritto di Giorgio Del Vecchio pubblicato in inglese sulla *Sydney Law Review*<sup>4</sup>, mentre non si registrano, almeno in Italia, riferimenti nella letteratura più recente.

Oltre che per la sua valenza culturale, il *pamphlet* risulta di interesse per mettere a tema il rapporto tra diritto e postmodernità, dal momento che l'autore propone la propria riflessione a partire dalla prospettiva del diritto a lui contemporaneo, ovvero, discutendo dell'ospitalità, Jhering si posiziona esplicitamente *da moderno* rispetto a un istituto che ha progressivamente perso importanza per le società e il diritto. Al contrario, nei tempi antichi, l'ospitalità era «un'istituzione sociale di primo ordine»,

<sup>1</sup> R. VON JHERING, *Die Gastfreundschaft im Alterthum*, 1887, trad. it., *L'ospitalità presso gli antichi*, estratto dalla *Rivista di Giurisprudenza di Trani*, 1989.

<sup>2</sup> Ne *Lo scopo del diritto*, (R. VON JHERING, *Der Zweck im Recht*, 1877, trad. it., *Lo scopo nel diritto*. Vol I, Torino, 2014, 105-106) Jhering menziona l'ospitalità tra gli esempi di atteggiamenti altruistici in riferimento ai quali benevolenza e beneficenza sono insufficienti a spiegare la meccanica sociale; alla giustificazione altruistica, come noto, Jhering contrappone le molle egoistiche del movimento sociale (*ivi.*, 91ss). Per una discussione su Jhering e gli atteggiamenti altruistici, si veda E. RESTA, *Le regole della fiducia*, Roma-Bari, 2009, 75 ss.

<sup>3</sup> F. CICCAGLIONE, *Dell'asilo, della clientela e dell'ospitalità, studio storico-giuridico*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, Milano, 1889.

<sup>4</sup> G. DEL VECCHIO, *The Evolution of Hospitality: A Note on the History of the Treatment of Foreigners*, in *Sydney Law Review*, 1963, 4, 207.

poiché da essa dipendevano il traffico con i paesi stranieri e il commercio<sup>5</sup>; tanto che secondo il giurista:

Il nascere dell'ospitalità è uno dei fatti più importanti che la storia della civiltà debbe registrare presso tutti i popoli: soltanto con essa comincia la vita civile, cioè la vita pubblica (ivi, p. 8).

Più che una constatazione di fatto, o un giudizio di anacronismo sull'ospitalità nei tempi moderni, questa prospettiva appare una vera e propria scelta di metodo. L'ospitalità, quale istituzione sociale e giuridica, trovava infatti la sua ragion d'essere nell'assenza di diritti dello straniero, condizione che, secondo Jhering, nel tempo a lui contemporaneo era ormai superata dal riconoscimento della capacità giuridica dell'uomo come tale (ivi, 21). Ed è proprio questa trasformazione del ruolo assunto dall'ospitalità a interessare sia lo storico che il giurista, poiché è in questa luce che viene posta in evidenza la stretta correlazione tra l'ospitalità e il diritto, per cui «il concetto del diritto porta con sé la cognizione dell'ospitalità; il concetto di questa porta con sé la cognizione del diritto» (ivi, p. 10). Quella di Jhering, più che una ricognizione sull'evoluzione dell'istituto, appare dunque una riflessione nella quale è possibile rinvenire – per dirla con Reinhart Koselleck – non solo una storia del concetto di ospitalità e delle sue strutture ripetitive, ma anche l'idea dell'ospitalità come concetto della storia, ovvero un concetto che, nell'inevitabile tensione tra i fatti storici e la loro annotazione linguistica, si ripropone costantemente come *concetto-guida* che «trova di continuo nuove risposte nel corso della storia»<sup>6</sup> e impone, perciò, di riscrivere retroattivamente la propria storia alla luce dei mutati fatti storici e dei diversi contesti sociali.

Il punto di partenza dell'argomentazione di Jhering, come già sottolineato, è la mancanza di diritti per lo straniero, la quale appariva «così naturale e indiscutibile nel tempo primitivo, come è per noi la capacità giuridica dell'uomo, come tale»<sup>7</sup>. Secondo l'autore, tale assenza di diritti non può assurgere a principio giuridico, ma deve essere considerata alla stregua di un proclama della «nuda, cruda violenza» (ivi, 15), dal momento che il diritto si manifesta proprio dove ha fine la sua assenza. E, ancora, si tratta di un costume «reso innocuo nella pratica da istituzioni d'ogni sorta», tanto da trasformarsi spesso in un dogma astratto (*ibid.*). D'altro

<sup>5</sup> VON JHERING, *L'ospitalità presso gli antichi*, cit., 8.

<sup>6</sup> R. KOSELLECK, *Begriffsgeschichten*, 2006, trad. it., *Il vocabolario della modernità*, Bologna, 2009, 41.

<sup>7</sup> VON JHERING, *L'ospitalità presso gli antichi*, cit., 13.

canto, la mancanza di diritti per gli stranieri non serviva lo scopo, proprio del diritto, della concreta protezione dell'individuo, bensì quello dell'astratta difesa della comunità:

Lo straniero, come tale (questo è il concetto che forma la base della mancanza di diritti) è pericoloso per la comunità; è allo stesso livello delle belve, dalle quali bisogna difendersi. Ognuno è chiamato ed autorizzato a renderlo innocuo: chi lo uccide presta alla comunità lo stesso servizio di chi libera la contrada dalle fiere. Perciò è del tutto indifferente se questo singolo straniero abbia già manifestato i suoi sentimenti ostili: si uccidono lo straniero e la fiera non perché abbiano arrecato danno, ma perché possono arrecarne. Lo straniero è un uomo dal quale è possibile aspettarsi ogni male; egli è nemico e contro il nemico si difende la propria pelle (ivi, 17).

Spingendosi oltre, l'analisi puntuale del giurista svela nelle pagine successive come lo scopo della privazione di diritti dello straniero non sia da ricercare tanto nella difesa, pur astratta, delle comunità dalle minacce esterne, quanto nell'istituire «il cemento che le teneva unite» (*ibid.*, 20), ossia, nel fungere da deterrente per chi avesse voluto tradire o abbandonare la propria patria:

Anche quando tutti gli altri legami che stringevano l'individuo ai suoi consorti (cioè la comunanza della lingua, delle idee, dei ricordi, degli interessi) avessero mancata la loro efficacia, la prospettiva della sorte che aspettava il proscritto, il quale cambiava la patria per una terra straniera, era di per sé sola abbastanza grave, da far pendere la bilancia in favore della patria (*ibid.*).

Il tono sagace e le argomentazioni taglienti di Jhering mal si conciliano con la tradizione giusnaturalistica dell'ospitalità; e non stupisce pertanto che sia un appunto critico quello rivolto da Del Vecchio alle tesi del *pamphlet* qui discusso. Obbiettando, che non si rinviene alcuna prova della realtà storica di un periodo nel quale la condizione dell'individuo fosse davvero quella di «*homini lupus*», Del Vecchio aggiunge che «il riferimento mitico menzionato da Jhering» non può certo essere accettato come prova<sup>8</sup>. Secondo il filosofo italiano, benché la guerra sia da considerarsi la prima forma di contatto tra gli uomini, distinti secondo la loro «razza», la storia mostra che le relazioni di pace non potevano che imporsi, sia pure come fine delle ostilità o risultato della conquista (*ibid.*). È, però, il presupposto di questa critica a risultare mal

---

<sup>8</sup> DEL VECCHIO, *The Evolution of Hospitality: A Note on the History of the Treatment of Foreigners*, cit., 207.

posto, dal momento che nell'argomentazione di Jhering nessuna antropologia negativa è mai assunta alla stregua di una *verità* storica<sup>9</sup>, ma è piuttosto da intendersi come un criterio del giusto che, come tale, muta con il mutare delle condizioni che lo determinano. Al diritto non può essere applicata infatti alcuna norma di verità:

Non v'ha errore più funesto, che applicare al diritto la norma della verità: torna lo stesso che condannare il diritto ad un eterno errare. (ivi, 12).

E ancora:

Dal riconoscere che il diritto non debba attuare il vero ma il giusto, deriva la conciliazione nella storia del diritto. In tal modo, alla norma assoluta nella critica del diritto sottentra la relativa: siffatta norma si concreta nel riconoscere lo svilupparti del diritto (*ibid.*).

Tale postura che, come noto, caratterizza l'evoluzione dell'opera di Jhering<sup>10</sup>, travolge anche il metodo dell'indagine sulla genesi degli istituti giuridici, la quale attraversa la sua intera riflessione<sup>11</sup>. L'analisi storica non può infatti essere separata dalle ragioni che giustificano la genesi degli istituti giuridici, le quali si compongono, a loro volta, di una ragione «obbiettiva» e di una «subbiettiva»<sup>12</sup>. La prima è imposta dalle condizioni delle fasi di sviluppo che per Jhering accompagnano l'evoluzione del diritto, la seconda è legata alla fase del tempo a cui appartiene quel

<sup>9</sup> Ne *Lo spirito del diritto romano*, Jhering accosta la figura del lupo a quella del proscritto nell'antico diritto germanico (*wargus, wargr*). Il passaggio è stato ripreso da Giorgio Agamben, secondo il quale Jhering è stato il primo ad accostare la figura dell'*homo sacer* al *wargus* e al *friedlos*, il senza pace. Agamben osserva come sia in questa luce che va letto il mitologema hobbesiano dello stato di natura, il quale non si presenta come una verità storica antecedente alla fondazione della città, ma come un «principio interno a questa» (G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 1995, 117); non quindi uno stato esterno al diritto, bensì «l'eccezione e la soglia che lo che lo costituisce e lo abita» (*ibid.*, 118). Questi passaggi di Agamben sono stati oggetto di critica da parte di Jaques Derrida nella serie di seminari pubblicata con il titolo *La bestia e il sovrano* (J. DERRIDA, *Séminaire la bête e le souverain, trad. it., La bestia e il sovrano*. Vol I, Milano, 2009).

<sup>10</sup> La bibliografia sul tema è vastissima; per una rassegna ragionata degli strumenti utili allo studio dell'opera di Jhering, si rimanda a M. LOSANO, *Prefazione*, in Jhering, *Lo scopo nel diritto*, cit. Si segnala, inoltre, il ricordo dedicato a Jhering per il centenario dalla morte dai *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* e il saggio sugli studi iheringiani, sempre di M. LOSANO, *Il centenario della morte di Rudolph von Jhering*, in *Quaderni fiorentini*, 1992, 21.

<sup>11</sup> F. VIOLA, *R. von Jhering e la conoscenza del diritto*, in F. VIOLA, V. VILLA, M. URSO (a cura) *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Palermo, 1974.

<sup>12</sup> VON JHERING, *L'ospitalità presso gli antichi*, cit., 13.

concetto. L'assenza di diritti dello straniero, e la possibilità di ucciderlo in nome della difesa astratta della comunità, non costituiscono dunque verità storiche, ma riflettono il sentire che giustifica lo stato del diritto in una determinata fase; un sentire che, peraltro, se scambiato per verità secondo Jhering non si traduce altro che in un dogma astratto.

Diversamente da quanto accade per la tradizione giusnaturalistica che informerà di sé la critica illuminista del diritto e dello Stato<sup>13</sup>, la storia con cui si confronta Jhering non diviene mai una «filosofia della storia» dagli esiti necessitati, essa si avvicina piuttosto a una storia sociale, la quale «punta a individuare la specifica normatività che emerge dai rapporti societari»<sup>14</sup>. È in questa differenza profonda che va letta anche l'impostazione con cui il giurista tedesco si accosta al tema dell'ospitalità, e la distanza che, come bene ha messo in evidenza Ciccaglione<sup>15</sup>, essa segna rispetto alle letture consolidate. Per Jhering, infatti, la genesi dell'ospitalità non va ricondotta al sentimento morale – su cui anche il saggio di Del Vecchio si soffermerà oltre mezzo secolo più tardi – bensì allo scopo che essa serve in quanto istituzione sociale e giuridica. Rovesciando la priorità logica, prima ancora che cronologica, della lettura consueta della relazione tra morale e diritto, Jhering afferma che:

Non già il sentimento morale, ma il riconoscimento del pratico valore dell'ospitalità, le ha dato vita. Resasi evidente la necessità dell'ospitalità, il sentimento morale se ne è impossessato, rendendosi così padrone di un terreno che si era andato preparando; il che del resto è accaduto di tante altre istituzioni<sup>16</sup>.

A loro volta, il valore pratico e la necessità dell'ospitalità devono essere osservati «dal punto di vista dell'interesse per i rapporti delle comunità» (*ivi*, 40), i quali già in epoca antica, e nel diritto romano poi, erano da mettersi in relazione all'interesse per i traffici e il commercio.

Al tempo della mancanza di diritti per lo straniero, l'ospitalità era l'unica forma del contratto individuale fra persone appartenenti a diverse comunità. All'ospitalità era vincolato tutto il traffico internazionale; innanzi tutto il movimento mercantile. Doveva quindi essere prima cura di ogni comunità, la quale non voleva escludersi

<sup>13</sup> R. KOSELLECK, *Kritik und Krise. Eine Studie zur Pathogenese der bürgerlichen Welt*, 1959, trad. it., *Critica illuminista e crisi della società borghese*, Bologna, 1972.

<sup>14</sup> M. RICCIARDI, *Tra violenza e norma. Rudolf von Jhering e il diritto della società*, in *Giornale di storia costituzionale*, 2009, II, 115.

<sup>15</sup> CICCAGLIONE, *Dell'asilo, della clientela e dell'ospitalità, studio storico-giuridico*, cit.

<sup>16</sup> VON JHERING, *L'ospitalità presso gli antichi*, cit., 9.

da sé stessa da ogni relazione con il mondo esteriore, proteggere il negoziante straniero che veniva nella contrada colle sue mercanzie. La strada doveva essere aperta al negoziante straniero; se non lo era egli non veniva, dargli salvacondotto era condizione indispensabile per attirarlo (ivi, 41).

L'interesse materiale, che Jhering rivendica come «il concetto pratico-realistico del giurista in antitesi al concetto etico-idealistico del filosofo» (ivi, 40), non deve tuttavia essere letto in una chiave economicista. Come ha sottolineato Eligio Resta, sia il concetto di *interesse*, sia quello di *lotta* per il diritto, segnano una svolta semantica nella teoria dei diritti, «per cui non è un puro automatismo economico, né una paternalistica concessione del sovrano a determinare il destino dei diritti. Esso è consegnato ad un senso vitale della lotta per l'autoaffermazione dei soggetti sociali»<sup>17</sup>. Nella visione di Jhering, quella della società è sì una costituzione egoistica, ma dove l'egoismo individuale non può che trovare soddisfazione conciliandosi con gli scopi societari<sup>18</sup>. Ed è questa relazione che fa da sfondo alla comprensione dell'intero universo giuridico, il quale si sviluppa lungo i binari di un «egoismo disciplinato» (ivi.), dalle e verso le strutture giuridiche che, a loro volta, si impongono sia come condizione di possibilità che come esito di una società che le produce attraverso una lotta costante per la propria affermazione.

Lo studio di Ciccaglione, dedicato al tema *Dell'asilo, della clientela e dell'ospitalità*, sottolinea come la voce di Jhering non sia isolata nel ricondurre l'ospitalità all'interesse, e porta ad esempio il modo in cui Giambattista Vico tratta degli asili in relazione alla fondazione delle città «delle quali è proprietà eterna che gli uomini vivono sicuri da violenza»<sup>19</sup>. Secondo Vico, gli asili, che sono da considerarsi i primi ospizi, non erano di interesse solo per i fondatori, che potevano così aumentare il numero degli abitanti della città, ma anche per gli ottimati, i quali potevano contare sulle clientele a cui concedevano protezione per adibirle alla coltivazione dei campi. L'ospitalità, attraverso cui le clientele ammassate ai margini della città venivano integrate, assolveva così alla doppia funzione di trasformare i ladroni in mercanti, assicurandosene al contempo i servizi<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> E. RESTA, *Per una teoria generale dei diritti*, in *Scienza e politica*, 1990, 2, 31.

<sup>18</sup> RICCIARDI, *Tra violenza e norma. Rudolf von Jhering e il diritto della società*, cit., 117.

<sup>19</sup> G. VICO, *La scienza nuova*, 1725, edizione digitale Letteratura italiana Einaudi, edizione di riferimento, *Principi di scienza nuova d'intorno alla cumune natura delle nazioni*, Milano, 1959, 270.

<sup>20</sup> Si veda anche G. VICO, *De universi juris principio, et fine uno*, 1720, in *Opere giuridiche*, Firenze 1774 citato in CICCAGLIONE, *Dell'asilo, della clientela e dell'ospitalità, studio storico-giuridico*, cit.

Non è forse un caso che, a essere indicato tra gli antecedenti delle posizioni di Jhering, sia proprio un autore per il quale è centrale il tema della storicità delle istituzioni della convivenza umana. In una storia concettuale dell'ospitalità, sia quest'ultima che l'asilo mettono in luce la struttura ripetitiva del *limite* del diritto, da intendersi sia come deroga alla giurisdizione punitiva, sia come necessità del diritto di varcare i suoi propri confini. Ed è proprio su questo terreno che l'argomentazione di Jhering segna la distanza con il proprio tempo, rovesciando il punto di vista della critica illuminista che nel limite della giurisdizione non riconosce altro che una deroga, in negativo, al diritto stesso. Si pensi, per esempio, agli strali polemici che, contro l'asilo, aveva rivolto Cesare Beccaria, per cui:

L'impunità e l'asilo non differiscono che di più e meno; e, come l'impressione della pena consiste di più nella sicurezza di incontrarla, che nella forza di essa, gli asili invitano più ai delitti di quello che le pene non allontanano. Moltiplicare gli asili è il formare tante piccole sovranità, perché dove non sono leggi che comandano, ivi possono formarsene delle nuove ed opposte alle comuni, e però uno spirito opposto a quello del corpo intero della società. Tutte le storie fanno vedere, che dagli asili sortirono grandi rivoluzioni negli Stati e nelle opinioni degli uomini<sup>21</sup>.

Questa l'opinione di Beccaria sugli asili all'interno dei confini di un territorio; mentre all'esterno, sull'utilità di «rendersi reciprocamente i rei fralle nazioni» (*ibid.*), secondo il giurista dell'illuminismo, non è possibile giudicare fino a quando pene più miti non si siano imposte ovunque e la tirannide non sia stata abbattuta dalla ragione universale. È a queste condizioni, infatti, che «la persuasione di non trovare un palmo di terra che perdoni ai veri delitti sarebbe un mezzo efficacissimo per prevenirli» (ivi, 113).

Così come per Jhering l'ospitalità trova la sua ragion d'essere nella mancanza di diritti in capo allo straniero, ovvero dove il diritto segna i limiti della comunità, per Beccaria l'asilo, e il divieto di estradizione che aveva rivestito i panni dell'antico istituto, si giustificano solo fino a quando ogni fazzoletto di terra non sia stato ricoperto dalla ragione universale della legge. Tuttavia, mentre per il secondo l'impunità concessa dall'asilo segnala solo l'assenza del diritto, per Jhering l'ospitalità è un'istituzione pienamente giuridica, essenziale allo sviluppo del diritto stesso. Paragonando la vita del diritto a quella del fanciullo, la quale è inizialmente limitata dalle mura domestiche, il giurista tedesco descrive, infatti,

<sup>21</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, in *Edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria*, Vol I, Milano, 1984, 112.

attraverso l'ospitalità concessa allo straniero il processo con cui il diritto attrae nuovi popoli nella sua sfera di comunanza giuridica:

Così il territorio, in cui ha vita la mancanza di diritti per lo straniero diviene sempre più piccolo, e la sfera della comunanza giuridica sempre più grande; finché alla fine il principio della mancanza di diritti per lo straniero (che fino a quel tempo solo in singoli casi per trattati speciali tra popolo e popolo era messo da parte) viene in massima abolito, segnatamente pel principio della capacità giuridica dell'uomo come tale<sup>22</sup>.

L'interesse, a cui Jhering riconduce l'ospitalità, appare dunque lontano da un utile meramente economicista, e inerisce piuttosto alla stessa costituzione societaria della convivenza umana, ed è la possibilità di ricondurre l'ospitalità a un rapporto pienamente giuridico che, a sua volta, ne disvela l'utilità e lo scopo, ma anche la posizione di primo piano tra le istituzioni sociali. Una parte consistente del *pamphlet* è dedicata ad argomentare come l'istituzione dell'ospitalità fosse stata creata presso i fenici, popolo dedito alla navigazione e al commercio (ivi, 47 ss.), dai quali gli ebrei ripresero l'usanza della marca dell'ospitalità. Jhering confuta, richiamandola in nota, la letteratura che ricostruisce secondo una diversa etimologia le origini della *tessera hospitalitis* in uso presso i romani, e che riconduce ai greci sia il termine che l'usanza. Anche in questo caso, l'argomento principale è volto tuttavia a ribadire la natura affaristica dell'ospitalità, in luogo dell'opinione che la riconduce al sentimento dell'amicizia, la quale sarebbe comprovata dal fatto che la marca serviva allo scopo di trasferire la relazione a persone diverse, mentre «L'amicizia non si trasferisce a proprio bell'agio su persone che non si conoscono» (ivi, 60). Ed è attraverso questo stesso «sentiero puramente affaristico» che Jhering rivendica la natura pubblica dell'ospitalità:

Questa via viene tracciata dal fatto che, in luogo dei privati, subentrano le comunità, la pubblica concessione del diritto di ospitalità, sia ai singoli individui, sia a tutti gli appartenenti ad una comunità straniera (il romano *hospitium publice datum*) subentra al contratto privato di ospitalità e sono nominati degli speciali consoli di commercio, i quali debbono tutelare gli stranieri nelle loro quistioni giuridiche (*ibid.*).

Nel riconoscere la natura pubblica dell'ospitalità Jhering non è certo isolato se, come osserva Derrida, pubblico è lo spazio del diritto di ospitalità

<sup>22</sup> VON JHERING, *L'ospitalità presso gli antichi*, cit., 21.

teorizzato da Kant. Per Derrida, come noto, l'iscrizione kantiana dell'ospitalità all'interno del diritto, se da un lato fonda il diritto cosmopolitico, dall'altro ne distrugge alla radice la possibilità:

E ciò dipende dal fatto che si tratta di un discorso giuridico, e dall'iscrizione all'interno di un diritto di quel principio d'ospitalità la cui idea infinita dovrebbe resistere al diritto stesso – e comunque superarlo nel punto stesso in cui lo esige<sup>23</sup>.

Pur se Derrida non sembra aver letto Jhering, entrambi individuano come questione centrale dell'ospitalità la possibilità di andare oltre se stessa, ovvero, oltre il patto tra privati che mantiene l'ospitalità all'interno di una stessa famiglia, o di una stessa stirpe<sup>24</sup>. Anche i percorsi argomentativi sembrano seguire sentieri che inevitabilmente si incrociano. Così come per Jhering lo spazio privato è quello dove Ercole uccide con l'inganno Ifito, accolto nella propria casa (ivi, 24); per Derrida, lo spazio della *privacy* è ciò che rende possibile l'ospitalità e, allo stesso tempo, contiene in sé il suo snaturamento:

Lo snaturamento, la possibilità di snaturamento di questa legge (che è altresì una legge dell'ospitalità) sta nel fatto di poter diventare virtualmente xenofobo per proteggere o poter proteggere la propria ospitalità, il proprio privato che rende possibile l'ospitalità<sup>25</sup>.

Come osserva Derrida, la richiesta di protezione, la codificazione dello spazio privato – di quello stesso spazio che rende possibile l'ospitalità – è ciò che chiama a sé la violenza del diritto:

È l'effetto paradossale di quel che qui chiamiamo snaturamento: lo snaturamento sempre possibile e invero virtualmente inevitabile, fatale, della violenza di Stato o della legge: annullare il confine tra il pubblico e il privato, il segreto e il fenomenico, la *privacy* (che rende possibile l'ospitalità) e la violazione o l'impossibilità della *privacy* (ivi, 76).

Gli esiti delle due argomentazioni sono solo apparentemente distanti. Mentre per Derrida, l'ospitalità incondizionata «che va al di là del diritto, del dovere o addirittura della politica»<sup>26</sup> rimane un'aporìa fintanto che è

<sup>23</sup> J. DERRIDA, *Question d'étranger: venue de l'étranger*, 1997, trad. it., *Questione dello straniero venuto da fuori*, in A. DUFOURMANTELLE, J. DERRIDA, *Sull'ospitalità*, Milano, 2000, 79-80.

<sup>24</sup> DERRIDA, *ult. op. cit.*, 50; VON JHERING, *L'ospitalità presso gli antichi*, cit., 59.

<sup>25</sup> DERRIDA, *ult. op. cit.*, 69.

<sup>26</sup> J. DERRIDA, *Pas d'hospitalité*, 1997, trad. it., *Passo d'ospitalità*, in DUFOURMANTELLE, DERRIDA, *Sull'ospitalità*, cit., 119.

circostrita dal diritto; per Jhering è sempre il diritto a mettere fine all'ospitalità, nella misura in cui la necessità di questa viene meno di fronte al riconoscimento della capacità giuridica dell'uomo in quanto tale. Anche per Jhering, dunque, l'esito è quello di un'utopia che oggi sappiamo incompiuta, con la puntualizzazione, non irrilevante, che per il giurista tedesco sono sempre i concetti ad essere in funzione della vita dei soggetti sociali, e non viceversa<sup>27</sup>. Una presa di posizione, questa, ribadita anche nelle pagine sull'ospitalità, la quale lascia aperta la possibilità che la storia e il concetto dell'ospitalità vengano continuamente riscritti dai soggetti sociali in lotta per la propria affermazione e per l'affermazione del diritto.

Rileggere oggi Jhering, anche attraverso la riflessione sull'ospitalità di Derrida, significa rileggerlo alla luce degli esiti che ha avuto lo sviluppo di quel «sentiero puramente affaristico» della società, per cui l'egoismo individuale non trova più il suo limite e la sua conciliazione negli scopi societari. Significa rileggerlo alla luce di un diritto in cui, per dirla con Derrida, lo snaturamento del confine tra il pubblico e il privato ha moltiplicato gli spazi in cui l'ospitalità diventa la trappola dove la propria sfera privata può essere protetta, sotto l'egida del diritto, uccidendo l'ospite indesiderato. Ma significa anche rileggerlo consapevoli che la storia dell'ospitalità non può essere lasciata al sentimento morale, ma deve essere restituita ai soggetti sociali in lotta per il diritto.

---

<sup>27</sup> La celebre affermazione si trova già ne *Lo spirito del diritto romano* (R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig, 1852).

Francesca Asta

*Il ruolo del giudice nei procedimenti di espulsione. Giudice di pace e tribunale: autorità a confronto*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il procedimento di convalida davanti al Giudice di Pace. – 3. Il procedimento davanti al Tribunale tra discrezionalità e arbitrio. – 4. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione*

Tra i numerosi aspetti coinvolti dal fenomeno del “postmoderno”, uno dei più rilevanti riguarda il ruolo del giudice nella società, definito talvolta “giudice legislatore”, con riferimento all’eccessiva libertà interpretativa dell’autorità giurisdizionale<sup>1</sup>. Si tratta di una questione di estremo rilievo nell’ambito del paradigma dello Stato di Diritto, concetto anch’esso coinvolto dai mutamenti della postmodernità, e il cui significato sfugge a una definizione univoca<sup>2</sup>. In tale contesto, si intende analizzare il ruolo del giudice in un campo specifico, quello dei procedimenti di trattenimento ed espulsione dei cittadini stranieri: un ambito peculiare, se non altro perché è la sola forma di privazione della libertà personale che prescinde dalla violazione di norme penali<sup>3</sup>. Il trattenimento dei migranti sarà perciò analizzato nella sua “dimensione processuale”, ovvero attraverso la “lente” dei verbali di udienza e dei provvedimenti di convalida dei competenti organi giurisdizionali, (che sono rispettivamente il Tribunale per i richiedenti asilo, e il Giudice di Pace per tutti gli altri cittadini extra UE). Questa prospettiva presenta degli elementi di novità; infatti, nonostante numerosi studi si siano occupati della detenzione amministrativa dei migranti, la figura del giudice è stata in parte trascurata dalla letteratura critica sul tema.

<sup>1</sup> Cfr. P. PORTINARO, *Oltre lo Stato di diritto. Tirannia dei giudici o anarchia degli avvocati?*, in *Lo Stato di diritto: storia, teoria, critica*, a cura di P. COSTA, D. ZOLO, E. SANTORO, Milano, 2002.

<sup>2</sup> Si veda: P. COSTA, D. ZOLO, E. SANTORO, *Lo Stato di diritto: storia, teoria, critica*, cit.; E. SANTORO, *Diritto e diritti: lo stato di diritto nell’epoca della globalizzazione*, Torino, 2008.

<sup>3</sup> E. RIGO, *Spazi di trattenimento e spazi di giurisdizione. Note a margine di materiali di ricerca sulla detenzione amministrativa dei migranti*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2/2017, 475-493.

La ricerca oggetto della relazione è stata condotta nell'ambito del più ampio progetto "LEXILIUM – Osservatorio sulla giurisprudenza del Giudice di Pace in materia di immigrazione"<sup>4</sup>, iniziato nel 2013 dalla Clinica del diritto dell'Immigrazione e della Cittadinanza di Roma Tre e tutt'ora in corso a livello nazionale. La relazione si basa sull'analisi di 100 decreti di convalida del trattenimento dei richiedenti asilo emessi dal Tribunale di Roma nel corso del trimestre ottobre-dicembre 2015. Tali dati sono poi stati messi a confronto con le decisioni del Giudice di Pace di Roma. Rispetto a quest'ultimo, il campione è formato da 142 fascicoli relativi alle procedure di convalida del primo e quarto trimestre del 2015<sup>5</sup>. Entrambe le autorità giurisdizionali sono competenti sul trattenimento presso il Cie di Ponte Galeria (oggi CpR in seguito al Decreto Minniti, d.l. n. 13 del 17 febbraio 2017). Un elemento che può forse chiarire alcuni aspetti che verranno trattati nel corso dell'analisi, è la sostanziale identità dei soggetti coinvolti: infatti, molti migranti presentano la domanda di protezione internazionale dallo stesso centro di detenzione, dopo la convalida da parte del giudice di pace, assumendo così lo status di richiedenti asilo. Questo accade perché in base alla normativa attualmente vigente, in tali casi è necessaria una nuova convalida da parte del Tribunale ordinario.

La disciplina normativa di riferimento è stata modificata nel 2015 con il d.lgs. 142/2015, che ha introdotto il trattenimento dei richiedenti asilo, e i cui presupposti sono elencati dall'art. 6, co. 2 dello stesso decreto. Tale normativa differenzia in parte i presupposti di legge del trattenimento tra migranti irregolari e richiedenti asilo, sono tuttavia individuabili alcuni aspetti comuni, riconducibili ai "tradizionali" criteri della (presunta) pericolosità sociale, dell'ordine pubblico, della sicurezza nazionale e del c.d. "rischio di fuga". Il comma 3 dell'art. 6 del d.lgs 142/2015 prevede poi uno specifico motivo di trattenimento per i richiedenti asilo: la c.d. "strumentalità della domanda" di protezione internazionale. In questo caso il giudice è chiamato a convalidare il trattenimento del richiedente asilo quando vi siano «fondati motivi per ritenere che la domanda di protezione internazionale sia stata presentata al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione dell'espulsione». Questo requisito è particolarmente rilevante sia perché riguarda esclusivamente i richiedenti asilo, sia perché è uno dei motivi più ricorrenti nelle decisioni giurisdizionali analizzate.

---

<sup>4</sup> <<http://lexilium.it>> (ultimo accesso: 07/06/2018).

<sup>5</sup> Lo studio si avvale dei dati raccolti presso l'Ufficio del Giudice di Pace di Roma dall'unità di ricerca locale: <<http://www.lexilium.it/chi-siamo/presentazione>> (ultimo accesso: 07/06/2018).

## 2. *Il procedimento di convalida davanti al Giudice di Pace*

Dall'analisi delle decisioni emesse dal Giudice di Pace emerge un dato molto chiaro: il procedimento si conclude in tre casi su quattro con la convalida del trattenimento<sup>6</sup>. Il bilancio è invece più equilibrato di fronte al Tribunale, dove il rapporto fra convalide e non convalide è di uno su due. La differenza non è solo quantitativa ma anche qualitativa: infatti, i provvedimenti emessi dai giudici di pace risultano nel complesso scarsamente motivati, ridotti a poche righe scritte in calce al verbale di udienza, o in alcuni casi addirittura senza motivazione. La scarsità dei verbali rispecchia l'andamento delle udienze, sensibilmente più brevi e superficiali rispetto ai procedimenti che si tengono in Tribunale, nonostante la disciplina procedurale sia la stessa: il modello è quello dei procedimenti camerale di natura sommaria in cui è riconosciuta ampia libertà al giudice ai sensi degli artt. 737 ss. c.p.c. Inoltre, anche il luogo di svolgimento del processo non è, come di consueto, l'aula giudiziaria presso l'autorità competente, bensì un locale situato all'interno del centro di detenzione. Si tratta di una prassi costante nella sede di Roma: è infatti la stessa legge a prevedere la possibilità che le udienze convalida si svolgano nei locali messi a disposizione della Questura (art. 13, co. 5-ter, d.lgs. 286/1998). Spesso le brevi motivazioni dei giudici di pace si rifanno letteralmente per "*relationem*" ai motivi proposti dalle parti, senz'altro contributo da parte del decidente. Anche quando la motivazione è effettivamente presente, non viene svolto un vero e proprio ragionamento logico-giuridico, ma sono semplicemente elencati, apoditticamente, alcuni presupposti di legge del trattenimento. Si riportano alcune motivazioni esemplificative in tale senso: «dato che sussistono i presupposti del trattenimento» oppure «ritenuto che sussiste il rischio di fuga», il giudice «convalida/non convalida il trattenimento». Le disposizioni del giudice risultano così sfuggire a quella forma di controllo esterno consistente nella "giustificabilità" delle decisioni giudiziarie<sup>7</sup>; principio codificato storicamente nell'obbligo di motivazione, che, come sottolinea Luigi Ferrajoli, è «considerato il principale parametro

<sup>6</sup> Questo dato emerge dall'analisi di 142 fascicoli raccolti nell'Ufficio del Giudice di Pace di Roma relativi a procedimenti di convalida del trattenimento definiti nel 2015. Nel I trimestre 2015 sono stati raccolti 74 provvedimenti, di cui 56 convalide e 18 non convalide; nel IV trimestre il campione è di 69 provvedimenti, di cui 52 convalide e 16 non convalide. Si ritiene utile specificare che, nel IV trimestre, ben 10 dei 16 provvedimenti di non convalida sono stati emessi nello stesso giorno di udienza dal medesimo giudice nei confronti di un gruppo di donne migranti destinatarie di un decreto di respingimento al momento dello sbarco.

<sup>7</sup> M. TARUFFO, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, 214.

sia della legittimazione interna o giuridica, che di quella esterna o democratica della funzione giudiziaria»<sup>8</sup>. L'attività del Giudice di Pace sembra dunque svolgersi, pur rispettando formalmente le garanzie imposte dalla Costituzione<sup>9</sup>, senza soluzione di continuità con l'operato della polizia, in un procedimento che appare così unitario e funzionalmente orientato al trattenimento. In tale contesto, il ruolo del giudice appare così coerente con l'operato degli organi burocratici, i quali sono caratterizzati dal ricorso a pratiche di tipo burocratico-amministrativo in una "ordinaria amministrazione", nel senso di "quotidiano" funzionamento della giustizia. La figura del giudice, così come tratteggiata dalle prassi evidenziate, sembra allora assomigliare di più a quella del burocrate. L'accostamento fra giudice e burocrate non è una novità. Negli anni sessanta, in una ricerca sull'amministrazione della giustizia, Renato Treves aveva già evidenziato come la figura del giudice sia parzialmente assimilabile a quella di altri soggetti operanti all'interno delle strutture burocratiche pubbliche, quali i medici e gli ufficiali sanitari<sup>10</sup>. Elemento fondamentale che però contraddistingue la magistratura rispetto alle altre professioni liberali, e quindi il giudice dal burocrate, risiede nell'autonomia decisionale<sup>11</sup>. Tale criterio distintivo è stato messo in luce anche nella prospettiva differente della processual-civiltistica da Piero Calamandrei, il quale descrive il burocrate come colui che, agendo sottoposto a vincoli gerarchici, applica meccanicamente la legge senza assumersi la responsabilità delle proprie decisioni<sup>12</sup>. Al contrario, il giudice è colui che ricerca la ratio del comando del legislatore e lo interpreta secondo la sua coscienza. Al fine di compiere tale operazione, il giudice deve esercitare la sua funzione in modo autonomo, condizione strumentalmente garantita dall'indipendenza dell'organo di cui è parte, la magistratura<sup>13</sup>. In caso contrario, diviene più intenso il rischio di «assuefazione burocratica e irresponsabilità anonima»<sup>14</sup>, trasformando il giudice in un burocrate intento a «smaltire pratiche e fascicoli»<sup>15</sup>.

<sup>8</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, 641.

<sup>9</sup> Pronuncia fondamentale in materia rimane la sentenza della Corte Costituzionale n. 105 del 2001, che ha riconosciuto l'accompagnamento alla frontiera a mezzo di forza pubblica e il trattenimento quali misure limitative della libertà personale.

<sup>10</sup> R. TREVES, *Una ricerca sociologica sull'amministrazione della giustizia in Italia*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1965, 231.

<sup>11</sup> *Ivi*, 237-238.

<sup>12</sup> P. CALAMANDREI, *Processo e Democrazia*, Padova, 1954, 71-74.

<sup>13</sup> *Ivi*, 69-71.

<sup>14</sup> CALAMANDREI, *Processo e Democrazia*, cit., p. 63.

<sup>15</sup> *Ivi*, 64.

### 3. *Il procedimento davanti al Tribunale tra discrezionalità e arbitrio*

Il quadro generale emergente dall'analisi dei provvedimenti emessi dal Tribunale di Roma in sede di convalida del trattenimento dei richiedenti asilo, si distingue per la maggiore complessità e articolazione dei procedimenti; come dimostrano i verbali di udienza compilati nel dettaglio e le motivazioni sensibilmente più estese di quelle del Giudice di pace. Ciò nonostante, si riscontrano notevoli differenze nell'operato dei singoli giudici della sezione competente: infatti, alcune decisioni risultano più dettagliate e complesse, riportando la cognizione dei fatti e delle eccezioni delle parti, nonché i riferimenti normativi in materia. Altre invece sono solo sommariamente motivate e i verbali risultano quasi vuoti. Tali differenze sono il risultato anche di una diversa gestione del processo da parte del giudice; il cui ruolo nella conduzione del processo è fondamentale ai fini dell'effettiva possibilità di controllo, sia sui parametri della legittimazione interna delle decisioni, sia su quelli della legittimazione esterna o democratica, di cui già si è evidenziata l'importanza. Considerazione ancor più valida in un procedimento come questo, disciplinato dal rito camerale, che prevede una riduzione delle formalità processuali e ampi poteri discrezionali del giudice<sup>16</sup>.

La maggior parte delle decisioni dei giudici del Tribunale si fonda sul presupposto della strumentalità della domanda di asilo, tuttavia, data l'indeterminatezza della definizione normativa della domanda d'asilo presentata strumentalmente, i giudici ricorrono a diversi "criteri decisionali" nell'interpretare la norma. Particolare rilievo assume il cosiddetto criterio del "giudizio prognostico": si tratta di una previsione implicita, o talvolta formulata espressamente, sull'esito, positivo o negativo della procedura di riconoscimento della protezione internazionale, e quindi sulla fondatezza della stessa domanda. Dalle motivazioni esaminate, emerge come di rado la prognosi prenda in considerazione la situazione del paese di provenienza del richiedente asilo. Nella maggioranza dei casi, nella formulazione del giudizio prognostico assumono invece una centralità le dichiarazioni rese in udienza dallo straniero, la sua "storia" e in generale la sua credibilità. Si riportano alcuni stralci esemplificativi di provvedimenti di convalida del trattenimento: «ritenuto che il racconto della trattenuta, oltre che in parte contraddittorio, non sembra sostenere a sufficienza la concessione della protezione internazionale e pertanto la domanda può ritenersi strumentale ad impedire l'espulsione»; e ancora «l'istanza appare

<sup>16</sup> In tema, si veda A. CARRATTA, *Processo camerale (dir. proc. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto Treccani*, Milano, 2009; A. CARRATTA, *Struttura e funzione nei procedimenti giurisdizionali sommari in La tutela sommaria in Europa*, a cura di A. CARRATTA, Napoli, 2012.

strumentale ove si consideri che lo straniero ha dichiarato di essere venuto in Italia per motivi personali»; in quest'ultimo caso, le dichiarazioni della richiedente riportate nel verbale sono limitate a pochissime righe, in cui tuttavia si fa riferimento al coinvolgimento della stessa in «storie di omosessualità», circostanze che però non sembrano essere state approfondite nel corso dell'udienza. Così il giudizio sulla strumentalità della domanda si confonde spesso in un giudizio sul suo merito e, in definitiva, sulla stessa persona del richiedente asilo. In quest'ultima accezione, il giudizio prognostico è tipicamente utilizzato in campo penale, nell'ambito delle misure di sicurezza, in cui la valutazione del giudice riguarda la "pericolosità sociale" del soggetto; un giudizio definito da Luigi Ferrajoli «neppure discrezionale, ma semplicemente potestativo». Del resto, la connotazione potestativa del giudizio è presente ab origine, in quanto lo "spazio" lasciato alle parole del "trattenendo" varia sensibilmente tra un procedimento e l'altro, come si evince dalla diversa consistenza dei verbali in funzione del singolo giudice decidente. Infatti, la possibilità di intervento del soggetto dipende, in definitiva, dalle concrete modalità di svolgimento dell'udienza, rimesse alla discrezionalità del giudice, secondo il modello del processo sommario, nonché dal ruolo effettivamente svolto dal difensore. Il ruolo del giudice assume quindi ancora più importanza, è infatti la stessa conduzione dell'udienza che a volte predetermina il risultato del procedimento. In tale contesto, risulta opportuno introdurre dei criteri distintivi fra la discrezionalità, elemento che ormai viene considerato connaturale all'attività giurisdizionale, e l'arbitrio, che invece, è da sempre un attributo negativo del potere e della giustizia<sup>17</sup>. Una possibile difesa dal rischio di arbitrarità è individuata da Michele Taruffo nella sua definizione di giudizio come "metodo di decisione": in tal senso il giudizio si caratterizza in quanto speciale metodo di decisione, in funzione del «carattere articolato, possibilmente "visibile" – e in una parola – razionale del giudizio stesso»<sup>18</sup>. Nella complessità del metodo di formazione della decisione, la presenza di regole processuali e l'aspirazione alla razionalità del giudizio costituiscono, quindi, i criteri visibili ai fini del controllo esterno sull'attività giurisdizionale.

<sup>17</sup> Sul tema si veda: M. CUONO, *Decidere caso per caso. Figure del potere arbitrario*, Madrid, 2013; M. CUONO e P. MINDUS, *Verso una teoria per l'età delle migrazioni di massa. Una tipologia del potere arbitrario*, testo in corso di pubblicazione, presentato al seminario di studi "Migrazioni e Filosofia del diritto", tenutosi presso l'Università di Roma Tre, il 15/12/2017.

<sup>18</sup> TARUFFO, *Sui confini*, cit., 157-169.

#### 4. *Considerazioni conclusive*

Nonostante i rilievi critici sopra evidenziati, è indubbia la differenza che si riscontra tra il Tribunale e il Giudice di Pace nell'interpretare il proprio ruolo nei procedimenti di convalida del trattenimento. Una differenza che può essere letta secondo gli strumenti concettuali offerti dal sociologo Pierre Bourdieu nel suo studio dedicato al "campo giuridico" e ai relativi attori. La ricerca rivela, infatti, la distanza delle "posizioni" che i due organi – Giudice di Pace e Tribunale – tendono a occupare all'interno della giurisdizione, intesa come "sotto campo": "posizioni" che – secondo Bourdieu – sono strettamente correlate con la distribuzione del sapere giuridico all'interno del campo stesso. La "posizione" indica il grado di autonomia del singolo attore giuridico, in relazione alla distribuzione di quote maggiori di "capitale giuridico". L'analisi evidenzia la netta divergenza nelle prassi operative seguite dei due organi: una divergenza che può essere letta in termini di distanza nelle "posizioni" che i due organi tendono ad assumere. In questa prospettiva, il giudice ordinario risulta collocarsi rispetto al Giudice di Pace con maggior solidità all'interno del "campo giuridico": un organo capace quindi di produrre pratiche e discorsi giuridici con un grado di "autorità giuridica" e, quindi, di autonomia maggiore rispetto ai condizionamenti esterni: in primo luogo, rispetto alle richieste delle forze di polizia che nel processo di convalida rivestono il ruolo di parte pubblica.



Carlo Caprioglio

*Appunti per un'analisi della "dimensione processuale" del trattenimento attraverso il concetto di status<sup>1</sup>*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La centralità del concetto di status giuridico. – 3. Da "irregolare" a "richiedente asilo": il mutamento di status giuridico e gli effetti sul procedimento di convalida del trattenimento. – 4. L'ambivalenza dello status di protezione e il trattenimento nell'interesse del(la) richiedente asilo. – 5. Note conclusive

1. *Introduzione*

Partendo dai risultati empirici della ricerca condotta presso il Tribunale di Roma nella primavera del 2016<sup>1</sup>, l'intervento precedente ha analizzato la "dimensione processuale" del trattenimento dei migranti concentrando l'attenzione sugli organi giurisdizionali coinvolti nel procedimento di convalida, ovvero il Giudice di Pace – per i c.d. "migranti irregolari" – e il Tribunale ordinario – per i "richiedenti asilo". Le profonde divergenze emerse nell'operato dei due organi sono tali da assumere i tratti di una vera e propria disparità nella tutela offerta ai cittadini stranieri in stato di trattenimento, a seconda della loro qualificazione sul piano giuridico come "migranti irregolari" oppure "richiedenti asilo". La relazione ha quindi interpretato tale distanza attraverso gli strumenti concettuali del "campo giuridico" di Pierre Bourdieu<sup>2</sup>, e delle "posizioni" che gli attori giuridici tendono a occupare all'interno del campo stesso.

<sup>1</sup> Il contributo presenta alcune riflessioni apparse in F. ASTA, C. CAPRIOGLIO, *Per giusta decisione. Riflessioni sul controllo giurisdizionale del trattenimento degli stranieri*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2/2017, 553-572.

La ricerca presso il Tribunale di Roma, condotta dall'autore e da Francesca Asta, è parte del più ampio progetto di "Osservatorio sulla giurisprudenza dei giudici di pace in materia di trattenimento ed espulsione dei cittadini non comunitari". I risultati della ricerca nazionale e i rapporti sono consultabili all'indirizzo: <[www.lexilium.com](http://www.lexilium.com)> (ultimo accesso: 27/12/2017).

<sup>2</sup> P. BOURDIEU, *La force du droit. [Éléments pour une sociologie du champ juridique]*, in *Actes de la recherche en sciences sociales*, (64), 1986, 3-19, trad. ita., *La forza del diritto. Elementi per una sociologia del campo giuridico*, Roma, 2017.

A questo punto, per riflettere sull'istituto del trattenimento nella sua "dimensione processuale", ci sembra opportuno allargare lo sguardo alle vicende che coinvolgono la sfera giuridica del "soggetto-oggetto" del trattenimento, ovvero il migrante-trattenendo, e agli effetti che esse producono sul processo di convalida. L'ipotesi è che il mutamento che si verifica nella sfera giuridica soggettiva del trattenuto a seguito della manifestazione di volontà di "richiedere asilo" – con l'acquisizione di uno status giuridico di protezione, quello di "richiedente asilo" – costituisca una chiave interpretativa ulteriore della distanza riscontrata tra l'operato del Giudice di Pace e del Tribunale in sede di convalida. La presente relazione si propone così di evidenziare il ruolo giocato dal migrante-trattenendo nel processo di convalida e, in particolare, la capacità di quest'ultimo di farsi "attore" del processo, in grado di incidere sulla decisione giurisdizionale e, in definitiva, sulla "realtà" del dispositivo del trattenimento<sup>3</sup>. L'analisi si concentra sugli effetti che l'acquisizione dello status giuridico di "richiedente asilo" da parte del migrante-trattenendo produce sul processo di convalida. Mi sembra, infatti, che sia l'ascrizione del soggetto alla categoria normativa del "richiedente asilo" a far sì che il migrante non sia più compreso come passivo destinatario di una misura di «*bassa polizia*»<sup>4</sup> – qual è il trattenimento – bensì come un soggetto (portatore) di diritti da far valere dinanzi all'autorità giurisdizionale.

Vedremo però al contempo come tale cambiamento di prospettiva complichino il quadro d'analisi, rivelando l'ambiguità e le ambivalenze di cui la stessa qualificazione giuridica di "richiedente asilo" è carica. D'altro canto, come in fotografia a una diversa focale corrispondono non solo diversi soggetti e "porzioni" di spazio ma nuove e inattese linee di fuga prospettive, così, dal nostro punto di vista, il cambiamento di prospettiva che si ha quando si estende l'analisi alle vicende del migrante-trattenendo permette di "catturare" aspetti e caratteri del trattenimento a prima vista affatto evidenti.

---

<sup>3</sup> Lo studio adotta un approccio per certi versi analogo a quello proposto da Alessandro Spina. Nella sua analisi normativa delle pratiche di resistenza dei migranti al trattenimento, l'autore definisce come "forme di resistenza istituzionale" quei comportamenti che, non solo sono leciti, ma si realizzano attraverso strumenti offerti dall'ordinamento giuridico stesso. A. SPINA, *Resisting Immigration Detention*, in *European Journal of Migration and Law*, 18, 2016, 201-221.

<sup>4</sup> G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri. Storia, diritto, politica*, Roma, 2013, 66.

## 2. La centralità del concetto di status giuridico

L'attribuzione della competenza giurisdizionale al Tribunale in materia di trattenimento dei richiedenti asilo si fonda formalmente sul fatto che il riconoscimento della protezione internazionale attiene alla sfera dei diritti soggettivi individuali, e di questi ultimi com'è noto conosce il giudice ordinario. Tale giustificazione è però solo in apparenza soddisfacente. Infatti, se la cognizione del giudice ordinario in tema di ricorsi per il riconoscimento della protezione internazionale risulta coerente con la natura del diritto (soggettivo) in gioco in tali procedimenti, in tema di trattenimento il fondamento di una diversa competenza per i richiedenti asilo e i c.d. "migranti irregolari" appare problematico. Non solo, infatti, la normativa prevede la stessa procedura dinanzi ai due organi, ma soprattutto il bene giuridico, o meglio, la posta in gioco è la medesima: ovvero, la libertà personale. A ben vedere, quindi, il fondamento della differenziazione della competenza nei procedimenti di convalida dev'essere ricercato altrove. A mio avviso, alla base del riparto di competenza tra Giudice di pace e Tribunale vi è lo status giuridico dei soggetti destinatari della misura di trattenimento. Da questo punto di vista, quindi, lo statuto giuridico individuale del trattenuto diviene uno strumento necessario per l'analisi che s'intende svolgere.

Ad oggi, lo status giuridico appare un concetto centrale negli ordinamenti giuridici contemporanei, in cui si assiste a un fenomeno variamente descritto come «ritorno allo status»<sup>5</sup>, «moltiplicazione degli statuti giuridici individuali»<sup>6</sup> e ancora «rinascita, rafforzamento e frammentazioni di status»<sup>7</sup>. Secondo Doglietti, le categorie su cui si fondano tali riflessioni, avanzate dalla dottrina giuridica italiana e internazionale, «sono più sociologiche che giuridiche, ma tuttavia esse sono assai utili per cogliere il senso e la prospettiva degli status»<sup>8</sup>. In quest'ottica, l'analisi adotta un approccio di carattere non formale e realistico che, nelle parole di Alpa, «asigna agli status una fisionomia non formale ma sostanziale, realistica e concreta»<sup>9</sup>.

Lo status è una tecnica con cui il diritto costruisce le differenze giuridiche tra gli individui all'interno della società. Secondo Rescigno, lo status è uno «strumento pratico [...] per creare o mantenere disuguaglianza e

<sup>5</sup> R.H. GRAVESON, *Status in the Common Law*, Londra, 1953.

<sup>6</sup> G. ALPA, *Status e capacità*, *La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Roma-Bari, 1993, 23-24.

<sup>7</sup> P. RESCIGNO, *Soggettività e pluralismo*, in *Persona e comunità*, Vol. III, Padova, 1988, 134.

<sup>8</sup> M. DOGLIOTTI, *Le persone fisiche*, in *Tratt. Rescigno*, vol. II, Torino, 1999, 22-23.

<sup>9</sup> ALPA, *Status e capacità*, cit., 24.

zone di diritto singolare» per finalità molteplici: la protezione di soggetti vulnerabili, l'esclusione del "diverso", la tutela delle minoranze in una società pluralista. Ad ogni modo, scrive Rescigno, lo status opera «nel sistema giuridico la classificazione della società»<sup>10</sup>. Se quindi lo status rappresenta uno strumento giuridico attraverso il quale il diritto organizza la società, esso necessariamente coinvolge il fondamentale rapporto tra individuo e potere giurisdizionale. È un dato di fatto, ad esempio, che nell'ordinamento italiano in una molteplicità d'ipotesi le specifiche posizioni soggettive degli individui determinino la designazione dell'autorità giurisdizionale competente a decidere una determinata controversia. Non sorprende quindi che lo status giuridico del migrante trattenuto possa incidere sulla definizione della competenza giurisdizionale, nonché sulle concrete garanzie procedurali.

### 3. Da "irregolare" a "richiedente asilo": il mutamento di status giuridico e gli effetti sul procedimento di convalida del trattenimento

Quando il cittadino straniero in stato di trattenimento manifesta la volontà di chiedere la protezione internazionale – come di frequente accade nella prassi – egli acquisisce la qualificazione giuridica di "richiedente asilo". Tale mutamento nella sfera giudica soggettiva, a mio avviso, deve essere quindi compreso nei termini di un mutamento di status giuridico. Non si tratta, infatti, dell'acquisizione di uno statuto giuridico da parte di un soggetto che ne era sprovvisto. Il migrante in condizione di "irregolarità" – e in stato di trattenimento – non può dirsi escluso dall'ordinamento giuridico. La condizione di materiale esclusione e l'abbassamento delle garanzie riconosciutegli non ne fanno un soggetto "messo al bando", come è stato spesso affermato polemicamente facendo ricorso alle tesi di Giorgio Agamben sul rapporto tra "spazio-campo" e stato di eccezione<sup>11</sup>. Al contrario, il trattenuto è incluso nell'ordinamento giuridico ed è titolare di una specifica posizione giuridica costruita negativamente, ovvero attraverso l'esclusione. Se «lo status è la somma dei diritti e dei doveri [...] acquisiti e imposti a un soggetto in un determinato momento storico»<sup>12</sup>,

<sup>10</sup> P. RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, 221. Analogamente, J.M. BALKIN (*The Constitution of Status*, in *Faculty Scholarship Series*, 262, 1997) ricostruisce lo status come uno strumento per l'organizzazione giuridica della società.

<sup>11</sup> G. AGAMBEN, *Homo Sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 1995; G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2003.

<sup>12</sup> ALPA, *Status e capacità*, cit., 204.

quello del migrante in stato di irregolarità può essere compreso come uno status "deteriore", uno «status negativo»<sup>13</sup>. In definitiva, quindi, ciò che si verifica nelle ipotesi qui considerate è il passaggio da uno status negativo, quello di "migrante irregolare", a uno *status* di protezione, quello di "richiedente asilo". Un passaggio, vedremo, carico di ambiguità: non di rado, infatti, gli status di protezione si trasformano in quella che Alpa definisce «una prigione giuridica»<sup>14</sup>.

Il primo e immediato effetto che consegue al descritto mutamento dello status del trattenuto è la traduzione entro 48 ore del soggetto dinanzi al Tribunale per una nuova udienza di convalida. La misura, convalidata in precedenza dal Giudice di pace, risulta così almeno formalmente rimessa in discussione. Dalla ricerca emerge come nella metà dei casi al nuovo esame da parte del giudice ordinario consegua la non convalida del trattenimento e l'immediata cessazione dello stato di trattenimento, nei confronti di cittadini stranieri rispetto ai quali, invece, il Giudice di pace si era precedentemente espresso in senso opposto. Si tratta di un dato che i diversi presupposti normativi per la convalida non sembrano da soli sufficienti a spiegare e che, al contempo, evidenzia l'importanza del mutamento di competenza giurisdizionale.

Ora, al di là degli aspetti di carattere numerico, è l'analisi delle effettive modalità procedurali seguite dal Tribunale in sede di convalida – così come rilevate attraverso i verbali di udienza – ad evidenziare lo scarto che emerge nel passaggio di competenza tra i due organi. Secondo Larry May, infatti, un'essenziale manifestazione dello status consiste proprio nel riconoscimento della capacità di rivendicare il rispetto di determinate procedure, indipendentemente dall'esito del giudizio<sup>15</sup>. Rispetto alla convalida del trattenimento, se intendiamo per "procedura" le concrete modalità di svolgimento del processo, di amministrazione dell'udienza e l'effettività delle garanzie procedurali, poco importa che la normativa italiana preveda la medesima procedura dinanzi ai due organi giurisdizionali. Le profonde divergenze nel grado di tutela emerse dalla ricerca – evidenziate nella relazione precedente – dimostrano l'impatto che ha il mutamento di status giuridico del trattenuto non solo sul riparto di competenza giurisdizionale ma soprattutto sull'andamento del processo, sulle concrete garanzie procedurali e sulla decisione finale che, giova ricordarlo, attiene alla libertà personale.

Questa prospettiva appare necessaria per evidenziare come la discrezionalità del giudice non si manifesti solamente nel momento della decisione, bensì nell'intero svolgimento del processo; ma è importante soprattutto

<sup>13</sup> *Ivi*, 206.

<sup>14</sup> *Ivi*, 19.

<sup>15</sup> L. MAY, *Global Justice and Due Process*, Cambridge, 2011.

per evidenziare l'importanza che il passaggio di competenza giurisdizionale assume nel rendere possibile la "presa di parola" e la partecipazione alla produzione del "discorso del processo" da parte del migrante-trattenendo. Infatti, se dinanzi al Giudice di pace si assiste all'esproprio pressoché totale del potere della parola dello straniero, il Tribunale sembra riconoscergli un ruolo nella produzione "discorso del processo". Infatti, nelle parole del trattenendo il giudice ricerca gli argomenti per fondare la decisione. Ed è certo significativo che solo nel contraddittorio dinanzi al Tribunale emergano le caratteristiche e gli elementi della vicenda personale del soggetto che sono in grado di influire favorevolmente sulla decisione giurisdizionale. Elementi che, se ricercati, certamente sarebbero potuti emergere nella precedente udienza al Giudice di pace. Ad ogni modo, con ciò non si può certo dire che in Tribunale si assista al pieno riconoscimento della capacità di parola del trattenuto. Il giudice non si spoglia mai del proprio potere sulla produzione del discorso. Rimane intatto, infatti, quel meccanismo di amministrazione "sovrana" della parola da parte del giudice su cui riflette Eligio Resta, ripercorrendo alcuni passaggi di «Pour l'amitié» di Maurice Blanchot<sup>16</sup>. Anche in questo caso, alla luce di queste riflessioni appena tratteggiate, il processo conferma la sua natura di "sistema di restrizione" in cui, scrive Foucault, varie procedure di assoggettamento sono all'opera nel ritualizzare, ordinare e distribuire la parola<sup>17</sup>. Nell'analisi di Foucault, il processo, in quanto «rituale», distribuisce la parola e ne definisce valore, efficacia e limiti: in questo modo, il rituale qualifica i soggetti parlanti, assegnandogli una «posizione», «proprietà singolari e ruoli convenuti»<sup>18</sup>.

Indipendentemente da tali pratiche di ritualizzazione e assoggettamento, la possibilità stessa di prendere parola nel processo indica un "riconoscimento": il riconoscimento del migrante come soggetto portatore di diritti da far valere in giudizio. Se lo status giuridico individuale è lo strumento con cui il diritto, attraverso le differenze tra i soggetti, costruisce la gerarchia sociale, il possesso della parola è strettamente connesso alla dimensione simbolica dell'ordine sociale stesso. Secondo Jacques Rancière, l'organizzazione sociale, simbolica quanto materiale, divide i soggetti in due categorie: «coloro che vediamo e coloro che non vediamo, coloro di cui si può dire esista un *logos* – una parola memoriale, un conto da tenere –, e coloro che *logos* non hanno»<sup>19</sup>. L'argomentazione di Rancière prende le mosse dalle riflessioni di

<sup>16</sup> E. RESTA, *Il diritto fraterno*, Roma-Bari, 2004, 62-65. Cfr. *Il diritto vivente*, Roma-Bari, 2008.

<sup>17</sup> M. FOUCAULT, *L'ordre du discours*, 1971, trad. it. *L'ordine del discorso. I meccanismi sociali di controllo e di esclusione della parola*, Torino, 1979.

<sup>18</sup> *Ivi*, 31.

<sup>19</sup> J. RANCIÈRE, *La Mésentente. Politique et philosophie*, 1995, trad. it. *Il disaccordo*, Roma,

Hannah Arendt sul rapporto tra *agire*, inteso innanzitutto come discorso, e *politica*, come dimensione pubblica. Secondo Arendt, «discorso e azione sono le modalità attraverso cui gli esseri umani appaiono gli uni agli altri non come oggetti fisici, ma *in quanto uomini*»<sup>20</sup>. Le riflessioni della Arendt mettono in luce la centralità della parola come strumento di rivelazione dell'unicità dell'identità personale, del "chi" contrapposto al "che cosa" delle qualità e capacità personali<sup>21</sup>. Nel processo di convalida la possibilità di prendere parola si accompagna all'ascolto da parte del giudice: è quello che Rancière chiama il "resoconto della parola"<sup>22</sup>, ovvero la possibilità che essa sia ascoltata e compresa in quanto tale. Ed è attraverso la parola e il "discorso" che, secondo Arendt, gli uomini rivelano se stessi come "soggetti". Nel nostro caso, prendendo parte al discorso del processo – necessariamente discorso *pubblico* – il migrante in stato di trattenimento rivela se stesso come soggetto (di diritto), e non come oggetto della misura e del procedimento di polizia. Il riconoscimento del trattenuto quale soggetto portatore di diritti, e per questo "parlante", ne rivela uno spostamento della posizione nell'ordine del visibile: da un'invisibilità a una presenza di cui "tener conto". Si tratta in definitiva di una dimensione simbolica, ma al contempo fattuale e concreta, che non si verifica dinanzi al Giudice di Pace. Nelle parole di Arendt: «Prescindere da questo rivelarsi [...] significherebbe trasformare gli uomini in qualcosa che non sono; negare, d'altra parte, che questo *rivelarsi è reale e gravido di conseguenze*, è semplicemente irrealistico [enfasi aggiunta]»<sup>23</sup>.

#### 4. *L'ambivalenza dello status di protezione e il trattenimento nell'interesse del(la) richiedente asilo*

Se l'acquisizione dello status di "richiedente asilo" da parte del trattenuto può rivelarsi uno strumento attraverso il quale divenire "attore" del processo e incidere così sulla misura detentiva, per altri versi, esso svela la forte ambivalenza connaturata negli status di protezione<sup>24</sup>. A questo

2007, 42.

<sup>20</sup> H. ARENDT, *The Human Condition*, trad. it. *Vita Activa: la condizione umana*, Firenze, 2017, 194.

<sup>21</sup> *Ivi*, 197.

<sup>22</sup> RANCIÈRE, *Il disaccordo*, cit., 42.

<sup>23</sup> ARENDT, *Vita Activa*, cit., 202.

<sup>24</sup> Sull'ambivalenza dello status di protezione si veda, ALPA, *Status e capacità*, cit.; G. ALPA, A. ANSALDO, *Le persone fisiche*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2013.

In tema di politiche pubbliche "punitive" e normative restrittive nei confronti dei richiedenti asilo si veda, tra gli altri, G. CAMPESI, *Humanitarian confinement: an ethnography of*

punto, l'ipotesi è che lo status di "richiedente asilo" influenzi il modo in cui il trattenuto è compreso dal giudice e, da lì, il ruolo che quest'ultimo è chiamato a svolgere. D'altro canto, lo status giuridico definisce non solo la qualificazione giuridica del soggetto nell'ordine sociale ma anche il modo in cui esso è compreso nella (e dalla) società stessa. È la capacità "performativa" del diritto, di produrre il suo (s)oggetto, e non semplicemente di regolarne i presupposti, le condizioni e i limiti dell'azione e dell'esistenza<sup>25</sup>. Per queste ragioni, il passaggio da uno "status negativo" a uno di protezione non può non avere effetti sui paradigmi attraverso i quali la figura del migrante è (ri)costruita e compresa dall'autorità. Nel caso in esame, tale effetto si manifesta nel ricorso a paradigmi argomentativi extra-normativi che orientano la decisione giurisdizionale in direzioni inaspettate.

L'analisi fa ora riferimento a una serie di provvedimenti di convalida del Tribunale di Roma in cui le motivazioni appaiono orientate da valutazioni essenzialmente personali del giudice. In particolare, nei confronti di alcune giovani donne, il giudice, ritenendo fondata la richiesta di protezione internazionale, decide di convalidare il trattenimento per tutelare i diritti e gli interessi della donna stessa mediante la misura restrittiva della libertà personale. In questi casi, infatti, è proprio l'esito favorevole del giudizio prognostico sulla fondatezza della domanda d'asilo a determinare l'esito paradossale della convalida del trattenimento.

È utile a questo punto riportare uno stralcio della motivazione di uno dei decreti in esame. Scrive il giudice, «in riferimento alla richiesta di *convalida del trattenimento ai fini del colloquio presso la Commissione per la richiesta di asilo* va evidenziato come la trattenuta che proviene da un paese a rischio (la Nigeria, N.d.R.) quale presupposto per legittimare il trattenimento in quanto non ha alcun radicamento sul territorio, è sprovvista dei mezzi necessari per mantenersi, *pertanto al fine di garantire la sua presenza davanti alla Commissione* per evitare che possa essere assorbita nei circuiti della prostituzione e dello spaccio, si ritiene *indispensabile il suo trattenimento per favorire la concessione dell'asilo*. La disponibilità di centri di accoglienza privati in cui

---

*reception centres for asylum seekers at Europe's southern border*, in *Int. J. Migration and Border Studies*, Vol. 1, n. 4, 2015; C. COSTELLO, M. MOUZOURAKIS, *EU Law and the Detainability of Asylum-Seekers*, in *Refugee Survey Quarterly*, 35, 2016, 47-73.

<sup>25</sup> «Il discorso giuridico è una parola creatrice che fa esistere ciò che essa enuncia», scrive Bourdieu in *Ce que parler veut dire. L'économie des échanges linguistiques*, trad. it. *La parola e il potere. L'economia degli scambi linguistici*, Napoli, 1988, 17. Per certi versi analoga l'affermazione di Eligio Resta (*Il diritto vivente*, cit., 2): «il diritto è quel sapere che, più di ogni altro, "fa cosa con le parole"; [una] singolare grammatica che oggi definiremmo "performativa"».

ospitare la ragazza non risulta essere documentata [enfasi aggiunta]»<sup>26</sup>.

È fin troppo evidente come in questo tipo di decisioni, frutto della libertà riconosciuta al giudice nel procedimento di convalida, le motivazioni a supporto della convalida siano il prodotto di pregiudizi e valutazioni personali del giudice. Ad ogni modo, il sacrificio imposto alla libertà personale trova la sua giustificazione nell'interesse stesso della trattenuta. La restrizione all'interno del Cpr di Roma assume così le sembianze di una misura di accoglienza tesa a garantire la presenza della richiedente di fronte alla Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale, in vista di un esito favorevole della procedura d'asilo. Una connessione, quella tra trattenimento e accoglienza, resa fin troppo manifesta dalla chiosa finale della motivazione in cui il giudice afferma che «non risulta documentata la disponibilità di centri di accoglienza privati in cui ospitare la ragazza». E non sorprende che le destinatarie privilegiate del "beneficio" di questa pratica di trattenimento-accoglienza siano in buona sostanza sempre le donne nigeriane, rispetto alle quali il giudice non ritiene di dover motivare il presunto rischio di coinvolgimento nei «circuiti dello spaccio e della prostituzione».

Come anticipato, ritengo che all'origine di tali motivazioni vi sia proprio un mutamento del paradigma con cui è compresa la figura del(la) migrante da parte dell'autorità a seguito dell'acquisizione dello *status* giuridico di richiedente. La nuova ascrizione giuridica riconduce, infatti, il soggetto alla categoria discorsiva delle "migrazioni forzate". Il richiedente asilo è un soggetto necessariamente "costretto a migrare", e che proprio per questo chiede "protezione". Non potrebbe essere più lontana la figura tipizzata di migrante che si incontra dinanzi al Giudice di pace per l'udienza di convalida del trattenimento: il c.d. "migrante irregolare". In questo caso, invece di un soggetto costretto a migrare, il migrante è compreso come colui che ha forzato i limiti dello spazio politico e giuridico nazionale. La sua presenza attiene così alle questioni di polizia, ordine pubblico e sicurezza. Ricostruita in questi termini, la figura del "migrante irregolare" non ha formalmente alcun "diritto" da opporre al trattenimento e all'espulsione, e il giudice di pace può limitarsi a presiedere un rituale di mera legittimazione del trattenimento secondo i canoni formali dello Stato di diritto. Non a caso nelle ricerche svolte non sono mai emerse decisioni di convalida del Giudice di pace motivate da finalità di protezione degli interessi del trattenuto.

<sup>26</sup> RG 14207/2015, Sez. I, Tribunale di Roma, del 16/10/2015. Ulteriori motivazioni analoghe si ritrovano in altri provvedimenti emessi dalla Sez. I del Tribunale di Roma. A titolo esemplificativo: RG 14208/15, RG 14210/15, RG 14211/2015.

Si ritiene che sia lo status di richiedente asilo, insieme da alcune caratteristiche personali, in particolare il sesso femminile, a determinare l'ingresso nel processo di convalida di quello che è stato definito il "paradigma della vittima". Accompagnato dal tradizionale corredo di motivazioni umanitarie, di protezione e presa in carico, il paradigma discorsivo della vittima, nota Giglioli, costituisce un meccanismo di "vulnerabilizzazione", poiché costruisce il soggetto come "vulnerabile"<sup>27</sup>. Secondo Giglioli, il discorso vittimario espelle ogni radicalità, non tollera contraddizioni ed esclude ogni soggettivazione<sup>28</sup>. E ciò appare quanto mai attuale, oggi, in un dibattito pubblico e mediatico dominato dalla retorica del "vero" richiedente asilo: ovvero, colui che accetta di narrarsi come vittima, accettando di buon grado di affidarsi al sistema di accoglienza, anche qualora quest'ultimo sia inadeguato o contrasti con i propri percorsi di vita e aspirazioni. In questi termini, ridefinito come vittima, il migrante è un soggetto "vulnerabilizzato", il cui orizzonte soggettivo è privato di ogni possibilità di autonoma determinazione: il destinatario perfetto di misure di protezione, anche radicali, della persona e dei suoi interessi. Si tratta, in definitiva, di un regime discorsivo, le cui condizioni di possibilità sembrano date proprio dall'iscrizione stessa del soggetto allo status giuridico di richiedente asilo.

L'acquisizione dello status di "richiedente asilo" da parte del migrante non ne impedisce quindi la "detenibilità". Connotato da forti tratti di ambiguità, lo status di protezione rappresenta sì per il migrante un incisivo strumento con cui influire sulla propria condizione ma, al contempo, può rivelarsi una "gabbia giuridica" che offre nuove opportunità di legittimazione del trattenimento stesso. Lo status individuale, anche quando orientato alla protezione del soggetto, non perde il suo naturale carattere di tecnica attraverso la quale il diritto costruisce la struttura sociale. Il fondamentale strumento di "distinzione giuridica" degli individui rivela così lo stretto rapporto che intrattiene con la distribuzione del potere nella società: uno strumento di "polizia" nel senso di amministrazione e distribuzione dei corpi nell'ordine possibile del «visibile e del dicibile» e fondamentale «regola del loro apparire»<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> D. GIGLIOLI, *Critica della vittima*, Roma, 2014, 45.

<sup>28</sup> *Ivi*, 98 e ss.

<sup>29</sup> RANCIÈRE, *Il disaccordo*, cit., 48 e 114.

## 5. *Note conclusive*

La relazione ha toccato, seppur in maniera estemporanea e a volte implicita, alcuni temi ricorrenti nella storia del pensiero giuridico-filosofico occidentale: il tema dell'uguaglianza giuridica, intrinsecamente problematico<sup>30</sup>, il rapporto con l'"altro" – il non cittadino – che svela i limiti dell'universalismo dei diritti, il ruolo e i poteri del giudice nella sua funzione di legittimazione dell'esercizio della coercizione<sup>31</sup>. Questioni in un certo senso "tipiche" della modernità, ma che si ripropongono cariche di immutata attualità. D'altronde, il post-moderno non è una categoria dai contorni definiti. Immaginare la post-modernità come l'esito di un percorso storico lineare e coerente che viene da lontano e che culmina nel definitivo superamento di concetti, categorie e istituzioni proprie di un'epoca precedente, espone ai rischi propri di ogni storicismo. Il post-moderno, secondo Viola, «guarda al passato almeno tanto quanto è proiettato verso il futuro [e] ciò che appare una novità è spesso il recupero della ricchezza problematica delle origini»<sup>32</sup>.

Ragionare sul "diritto post-moderno", o sulla "post-modernità", significa quindi ragionare sul presente. E mai come nell'epoca attuale il diritto si è concentrato sul controllo, ai vari livelli, della mobilità umana. In questo senso, il trattenimento dei migranti costituisce ormai una pratica ordinaria in tutte le democrazie occidentali. Questo non vuol dire però rassegnarsi ad accettarne l'esistenza; costituisce al contrario una presa d'atto necessaria per rinnovare l'attenzione e l'impegno dell'analisi critica. Da questa prospettiva, i confini e le politiche di controllo della mobilità umana rappresentano, quindi, un punto d'osservazione fondamentale per osservare le trasformazioni che investono alcuni nodi fondamentali dello Stato di diritto e delle sue narrazioni.

<sup>30</sup> E. RESTA, *Poteri e diritti*, Torino, 1996.

<sup>31</sup> E. RIGO, *Spazi di trattenimento e spazi di giurisdizione. Note a margine di materiali di ricerca sulla detenzione amministrativa dei migranti*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2/2017, 475-493.

<sup>32</sup> F. VIOLA, *La teoria giuridica post-moderna fra tradizione e innovazione*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1/1988, 117-131.



Gabriel Webber Ziero

*Postmodernità e il diritto al di là dello stato: le interazioni tra diritto internazionale e diritto transnazionale*

Nella mia riflessione affronto dei temi relativi al diritto nella postmodernità. Nello specifico, la mia tesi cerca di indagare in che misura le regolazioni transnazionali private (RTP), una delle fonti del diritto transnazionale, siano strumenti normativi in grado di contribuire al rispetto – per coloro cui si rivolgono (o vi partecipano), ossia innanzitutto le aziende multinazionali – degli standard internazionali in materia di diritti umani.

L'analisi si concentrerà sulle interazioni tra i diritti al di là dello Stato: cioè, tra diritto internazionale, quel diritto della comunità degli Stati che trova la sua radice nella pace di Westfalia e il diritto transnazionale, che cominciò ad essere sistematizzato negli anni '50 del secolo scorso come reazione all'inadeguatezza degli ordinamenti giuridici moderni (ossia, il diritto nazionale e il diritto internazionale) dinanzi alle crescenti sfide della globalizzazione.

Le interazioni tra questi diritti al di là dello Stato sono oggi una realtà giuridica nel mondo virtuale, un'area postmoderna *par excellence*, ad esempio nel settore della cyber-sicurezza. Queste interazioni si possono però anche osservare in altri campi, comunque sviluppati con la modernità, com'è il caso dei diritti umani una volta che, come indica Maria Ferrarese, questi nella postmodernità appartengono sempre di più al campo transnazionale per essere «in grado di adeguarsi al nomadismo di un mondo in movimento»<sup>1</sup>, di un'umanità itinerante.

Eppure lo studio di questi processi interattivi tra diritto internazionale e diritto transnazionale, in special modo per quanto riguarda la tutela dei diritti umani non ha ancora suscitato molto interesse in dottrina. Facendo leva su alcuni spunti sorti approfondendo il tema della “condotta responsabile di impresa”, la mia riflessione si concentrerà proprio su queste interazioni tra le fonti scritte di diritto internazionale, in particolare i trattati e le norme di *soft law*, e le regolazioni transnazionali private, ossia, come detto, una delle fonti del diritto transnazionale.

---

<sup>1</sup> M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente: globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002, 174.

Prima di entrare nel merito, è necessario affrontare brevemente due punti in grado di fornire un preciso inquadramento terminologico e di metodo. Il primo verte sulla necessità di andare oltre i canoni della dottrina più tradizionale, o in questo senso moderna, che vincola l'idea di diritto alla produzione normativa centrata nello stato; come, ad esempio, nei testi di Bentham, quand'egli caratterizza gli ordinamenti giuridici nazionale e internazionale<sup>2</sup>. In questo senso, per comprendere il diritto postmoderno vi è bisogno prima di tutto di «guardare la realtà concreta e vivente»<sup>3</sup>. Inoltre, come ha proposto Stefano Rodotà, nel campo postmoderno è necessario andare oltre la classica «logica binaria dell'alternativa secca tra il sì e il no, tra la capacità e l'incapacità»<sup>4</sup>, tra *hard* e *soft law*, per identificare altre forme di espressione giuridica. Una volta accolta questa prospettiva postmoderna del diritto, è possibile identificare ordinamenti giuridici, come il diritto transnazionale, che travalicano i confini dello stato territorialmente e sovranamente inteso, come già indicavano Capograssi<sup>5</sup> e Santi Romano<sup>6</sup> quasi un secolo fa.

Cos'è il diritto transnazionale e quali sono le sue caratteristiche? Questo è il secondo punto necessario che deve essere affrontato prima di analizzare le interazioni tra diritto internazionale e transnazionale. Il termine diritto transnazionale, o *transnational law*, viene proposto da Phillip Jessup nel '56 come una risposta all'incapacità del diritto internazionale di rispondere alla realtà giuridica del dopoguerra dove le attività delle aziende multinazionali cominciano ad avere un profilo più rilevante nell'ambito internazionale, come ad esempio nella ricostruzione dell'Europa con il piano Marshall o con l'esplorazione del petrolio nel Medio Oriente. Così, Jessup definisce il diritto transnazionale in modo veramente ampio come quel diritto che coinvolge le regole che disciplinano le azioni o gli eventi che attraversano le frontiere nazionali<sup>7</sup>.

La dottrina nei decenni seguenti si è divisa in diverse linee comunque orientate ad approfondire e delimitare questo campo. In questo esercizio sono stati proposti alcuni termini – come per esempio “Diritto Globale”<sup>8</sup>,

<sup>2</sup> J. BENTHAM, “*Principles of International Law*”, *The Works of Jeremy Bentham, Published under the Superintendence of His Executor, John Bowring*, vol 2, London, 1843.

<sup>3</sup> G. ZAGREBELSKY, *Diritti per Forza*, Torino, 2017, 3.

<sup>4</sup> S. RODOTÀ, *La Vita E Le Regole: Tra Diritto E Non Diritto*, Edizione Ampliata, Milano, 2009, 28.

<sup>5</sup> G. CAPOGRASSI, *Saggio Sullo Stato*, Milano, 1918.

<sup>6</sup> S. ROMANO, *L'ordinamento Giuridico*, Firenze, 1918.

<sup>7</sup> P.C. JESSUP, *Transnational Law*, New Haven, 1956.

<sup>8</sup> S. CASSESE, *Diritto Globale: Giustizia E Democrazia Oltre Lo Stato*, Bari-Roma, 2009.

“*Global Administrative Law*”<sup>9</sup> e “*Informal international lawmaking*”<sup>10</sup> – molti dei quali ancora assestati su un profilo centrato sullo Stato; pur riconoscendo le difficoltà che quest’ultimo trova sia nel regolare le attività caratteristiche della postmodernità, come la rete internet, sia nell’assicurare la protezione e il rispetto ai diritti umani. Al fine di disegnare un concetto più ampio in grado di abbracciare quelle espressioni normative non più eminentemente legate alla forma statutale, intendiamo seguire la prospettiva proposta da Halliday e Shaffer<sup>11</sup> i quali consigliano di vedere il diritto transnazionale come il prodotto normativo di processi partecipativi che: i) coinvolgono una pluralità di attori sociali, come le aziende, le ONG, gli esperti, e anche lo Stato; ii) assumono delle forme legali riconoscibili, ad esempio perché formulati in modo compatibile con l’intenzione di regolare una determinata situazione; e così iii) ne favoriscono l’uso di farsi riferimento per agenti esterni, come potrebbero essere le agenzie di regolazione, i parlamenti o gli organi giudiziari.

Uno dei più nitidi esempi di fonte di diritto transnazionale sono per l’appunto le regolazioni transnazionali private. Secondo Cafaggi<sup>12</sup>, queste consistono in una serie di processi e regolamenti volontari creati principalmente da soggetti privati (come le aziende, le ONG e altri esperti), per esercitare un’autorità di regolamentazione autonoma o di delegazione originaria di diritto nazionale o internazionale; in ipotesi posti al fine di condizionare l’accesso a un determinato mercato, come potrebbe essere quello dei prodotti di origine sostenibile.

Come esempi di regolazioni transnazionali private si possono citare gli standard del Forest Stewardship Council per la gestione forestale responsabile, della Tavola Rotonda per l’olio di palma sostenibile, oppure quei Codice di condotta internazionale per i servizi privati di sicurezza che cercano di garantire il rispetto dei diritti umani e del diritto umanitario internazionale.

Avendo questo in mente, si può affrontare il tema delle interazioni tra diritto internazionale e diritto transnazionale, in particolare tra trattati internazionali, norme di *soft law* e le regolazioni transnazionali private; e si può cominciare delineando in maniera sintetica i cinque processi di interazione che sul tema possono essere identificati.

<sup>9</sup> B. KINGSBURY, N. KIRSCH and R. STEWART, *The Emergence of Global Administrative Law*, in *68 Law and Contemporary Problems*, 2005, 15.

<sup>10</sup> J. PAUWELYN, R.A. WESSEL and J. WOUTERS, *Informal International Lawmaking*, Oxford, 2012).

<sup>11</sup> T.C. HALLIDAY and G. SHAFFER, *Transnational Legal Orders*, in T.C. HALLIDAY and G. SHAFFER (eds.), *Transnational Legal Orders*, Cambridge, 2015.

<sup>12</sup> F. CAFAGGI, *New Foundations of Transnational Private Regulations*, in *38 Journal of Law and Society*, 2011, 20.

Il primo processo si riferisce alla coordinazione e alla complementarità tra diritto internazionale e diritto transnazionale. Questo processo può essere osservato nell'uso delle regolazioni transnazionali private nell'applicazione e interpretazione di clausole aperte sulla responsabilità socio-ambientale degli investimenti, spesso contenute nella "nuova generazione" di trattati bilaterali sugli investimenti. Questi processi favoriscono l'aumento dei livelli di applicazione, legittimità e rispetto delle norme di *soft law*, come nel caso dei Principi Guida delle Nazioni Unite sulle Imprese e i Diritti Umani che sono stati accolti come base e parametro normativo di diverse regolazioni transnazionali private nell'area di condotta imprenditoriale responsabile.

Il secondo processo che si può identificare è quello di divergenza e concorrenza normativa tra diritto internazionale e diritto transnazionale. Questi conflitti tra diverse interazioni spesso sono evidenziati nelle tensioni del processo legislativo, dove da un lato si incontrano coloro che sostengono che le regole di diritto transnazionale sono sufficienti per regolare una determinata questione e dall'altro quelli che richiedono norme vincolanti sia nell'ambito nazionale sia internazionale. Un esempio si trova nelle negoziazioni su un possibile trattato internazionale sulle attività e l'uso dei servizi privati di sicurezza e mercenari. Da un lato, paesi come la Norvegia<sup>13</sup> affermano che l'adozione di un trattato in quest'area non è necessario poiché le interazioni tra le norme esistenti di diritto internazionale, nazionale e transnazionale, in particolare il Codice di condotta internazionale per i servizi privati di sicurezza, una regolazione transnazionale privata, riempiono le possibili lacune normative. Altri paesi, come quelli del gruppo africano<sup>14</sup>, non condividono l'opinione e difendono la necessità di norme vincolanti al livello internazionale su questo tema.

Queste sinergie e conflitti fanno sì che i diversi attori sociali coinvolti – siano Stati o attori non statali – comincino comunque a lavorare per la costruzione di un consenso sui temi che intendono regolare, e sulle forme più adeguate per raggiungere il risultato. Conseguentemente, il diritto e i suoi confini, sia l'internazionale che il transnazionale, sono ampliati rivelando nuove forme di riconoscimento, garanzia, tutela ed effettività dei

---

<sup>13</sup> Permanent Mission of Norway to the United Nations Office and other International Organizations in Geneva, "Norwegian Statement in the 4th Meeting of the Intergovernmental Working Group for Private Military and Security Companies" <<http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGMilitary/Session4/Norway.pdf>> (ultimo accesso: 27/04/2017).

<sup>14</sup> Groupe Africain, "Déclaration et Observations Finales Du Groupe Africain" (1 May 2015) <[http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGMilitary/Session4/Groupe\\_Africain.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGMilitary/Session4/Groupe_Africain.pdf)> (ultimo accesso: 29/04/2017).

diritti. E questo è il terzo processo di interazione tra diritto internazionale e diritto transnazionale: contribuire allo sviluppo progressivo del diritto.

Il quarto processo che si può identificare è la traduzione e concretizzazione del linguaggio normativo che l'interazione tra diritto internazionale e transnazionale favorisce. Questo si può osservare quando i trattati internazionali introducono categorie ampie come il diritto alla sicurezza e l'igiene del lavoro nel patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali. In questo senso, norme di diritto transnazionale, come le regolazioni transnazionali private che spesso regolano le attività d'un determinato campo, ad esempio l'attività mineraria, specificano criteri e requisiti di particolare rilevanza in questo contesto, come per esempio quali devono essere gli equipaggiamenti personali di protezione ad essere adottati. Questo processo favorisce l'uscita dei diritti, e il loro linguaggio, dalle torri d'avorio dei tribunali e delle facoltà di giurisprudenza per addentrarsi nella realtà del quotidiano ed divenire concrete utilità per le persone. Di conseguenza, come appunta Ferrarese, «il catalogo dei diritti sembra allargarsi a dismisura, tutti i soggetti transnazionali possono partecipare alla redazione di nuove “voci”»<sup>15</sup>.

In questo modo arriviamo al quinto ed ultimo processo interattivo tra diritto internazionale e transnazionale, modo che si riferisce all'uso del diritto transnazionale come uno strumento possibilmente orientato al riconoscimento delle istanze sociali. Quest'ottica vede i diversi attori sociali – come le ONG, gli esperti, le comunità locali e gli individui – utilizzare il linguaggio e gli strumenti creati per le regolazioni transnazionale private al fine di dare forma alle loro rivendicazioni e aspettative di tutela fondate sul diritto internazionale, favorendo così la visibilità delle loro esigenze, e mettendoli in grado di sensibilizzare altri gruppi sulla loro importanza. Esempi di questo processo iterativo possono essere osservati quando campagne di ONG richiedono alle aziende multinazionali di rispettare norme riguardanti la protezione dell'ambiente o il rispetto di diritti umani nelle loro operazioni.

---

<sup>15</sup> FERRARESE, *Il diritto al presente: globalizzazione e tempo delle istituzioni*, cit., 156.



Marco Piccoli

*Reati di negazionismo nella giurisprudenza CEDU: il caso Perinçek*

Nel biennio 1915-1916, all'indomani dello scoppio della Prima Guerra Mondiale, il movimento politico denominato "Comitato dell'Unione e del Progresso", meglio noto come "I giovani turchi" è al governo dell'Impero Ottomano, e conduce un'operazione su vasta scala di repressione, incarcerazione e sterminio della popolazione armena, "accusata" di intelligenza con la Russia. L'Impero Ottomano è in questo frangente all'apice della sua precarietà, minacciato da una moltitudine di spinte indipendentiste, prima fra tutte quella armena, il cui tentativo di scissione viene apertamente sostenuto e finanziato anche dalla Francia. Il genocidio si consuma con la funesta modalità delle "marce della morte": circa un milione e cinquecentomila persone vengono forzatamente messe in marcia dall'Anatolia verso la Mesopotamia, e lasciate morire di stenti. Sebbene tanto i numeri del genocidio quanto le motivazioni dei giovani turchi non siano ad oggi del tutto chiarite, vedendo questo dibattito contrapposte la tesi di chi adduce una motivazione religiosa (gli armeni erano quasi esclusivamente cristiani) a quella di chi sostiene la natura politico-militare dell'operazione, i fatti nella loro successione sono ormai pacifici all'interno della comunità degli storici, con l'eccezione di alcune tesi negazioniste, principalmente di stampo nazionalista turco.

Quando si discorre di "negazionismo" ci si imbatte in un problema, come spesso accade, di ordine definitorio e metodologico, assumendo questo atteggiamento i connotati più eterogenei di tutte quelle teorizzazioni, ricostruzioni e suggestioni che, in diversa misura, si discostano da quella che potremmo definire la "storia ufficiale". Forse per l'eccessiva risolutezza con cui la storia del novecento è stata riassunta nei crismi di ciò che poi è divenuta un'autentica "ortodossia", la posizione di coloro che si discostano dalla narrazione comunemente accettata, inevitabilmente carica di un comprensibile giudizio di valore, è a dispetto della complessità di questi temi spesso raccolta in un unico incasellamento, che vede "negazionisti", "revisionisti", "riduzionisti" etc... condividere il medesimo destino di "eretici" della Storia e perciò non solo emarginati dal dibattito ma, sempre più spesso in tempi recenti, condannati in forza degli statuti penali.

Il caso Perinçek, trattato dalla CEDU a partire dal 2008, in un iter conclusosi davanti alla Grande Camera cinque anni dopo, rappresenta l'ultimo capitolo di una disfida sulla memoria storica che ha visto e vede contrapposti la libertà di parola da un lato e, dall'altro, un segmento eterogeneo di interessi di protezione di minoranze, di tutela identitaria e di ordine pubblico messi a repentaglio da un abuso della medesima libertà.

I fatti possono essere brevemente riassunti come segue: in occasione di un ciclo di conferenze in Svizzera, il Dott. Perinçek (noto avvocato e politico nazionalista turco), definisce pubblicamente il genocidio armeno «una menzogna internazionale» costruita ad arte dall'intelligenza sovietica e atlantica per coprire ben altri genocidi commessi dalle potenze vincitrici del secondo conflitto mondiale. La giustizia elvetica condanna (in tutti e tre i gradi di giudizio) Perinçek al pagamento di una multa per violazione dell'art. 261 *bis* del codice penale, che recita: «chiunque disconosce, minimizza grossolanamente o cerca di giustificare il genocidio o altri crimini contro l'umanità è punito etc...».

La CEDU accoglierà il ricorso, definendo l'intervento della giustizia svizzera una indebita interferenza nella libertà di espressione sancita dalla Carta, all'art. 10; tuttavia, la Corte non riterrà di pronunciarsi sulla presunta violazione (pure apertamente denunciata nel ricorso) dell'art. 7, e della prescrizione riassunta nella rubrica di detto articolo dal celebre brocardo "*Nulla poena sine lege*".

Lamenta Perinçek nel suo ricorso, ed è a nostro avviso un punto dirimente sul quale il dibattito intorno al negazionismo dovrebbe concentrare i propri sforzi, che la fattispecie penale è troppo vaga ed indeterminata per orientare il comportamento dei destinatari della norma, e per informarli in modo esaustivo circa le conseguenze della propria condotta.

Ora, tanto la semplice lettura del disposto, quanto alcune osservazioni sulle motivazioni del giudice svizzero (in particolare al secondo grado), non possono non far notare quanto questa disposizione sia elastica e abbracci uno spettro di comportamenti notevolmente differenti, al punto che essa è pensata (così recitano i lavori preparatori) per reprimere comportamenti "negazionisti e revisionisti". Occorre chiarire sin da subito che tra i due concetti non esiste una mera differenza "quantitativa" (che distingue l'atteggiamento dell'individuo tra il rifiuto e lo scetticismo), ma una vera e propria differenza "qualitativa": per citare autorevole dottrina, e in particolare il professor Leotta, il "negazionismo" in senso stretto è l'affermazione *contra facta* avverso un determinato accadimento, di cui si nega la sussistenza storica. Può riguardare l'interezza di una vicenda o anche

solo un dettaglio di essa (si pensi al negazionismo della Shoah, suddiviso al proprio interno tra coloro che negano *tout court* che sia mai avvenuto e coloro che si “limitano”, per così dire, a negare che i nazisti abbiano mai usato le camere a gas). Di contro, l’atteggiamento “revisionista” non parte necessariamente da una tesi precostituita, ma si limita a porsi scetticamente nei confronti di una certa narrazione comunemente accettata per rivedere non già, necessariamente, la successione dei fatti in senso stretto, quanto la loro lettura e la loro valutazione storica (si pensi, per citare un esempio a noi vicino, al revisionismo della resistenza partigiana).

La licenziosità nell’uso di questi termini, come una loro indebita confusione, scatena il proprio nocumento non solo nella ridotta aderenza a tutte le sfaccettature di una materia gravata dalla complessità e inerente a fatti lontani nel tempo ma, soprattutto e per ciò che in questa sede ci interessa maggiormente, nel suo divenire un concetto sussumibile in una fattispecie di reato. Il legislatore che criminalizza una condotta “negazionista” connota in senso penalmente rilevante un comportamento a partire dalla sua generica difformità ad un certo “canone” intellettuale e non, come sarebbe corretto, individuato nelle sue note estrinseche, materiali e lesive di uno specifico interesse o bene giuridico. Come il “disfattismo” in epoca fascista, il reato di “negazionismo” finisce col punire non già una condotta materiale, univocamente rivolta all’aggressione di un bene giuridico altrui, ma un’adesione spirituale ad un punto di vista scandaloso.

La dimostrazione plastica di quanto sia vaga la disposizione del codice svizzero qui considerata deriva dalla virtuale riferibilità della condotta di Perinçek a, indistintamente, ognuno dei tre predicati scelti dal legislatore: le affermazioni incriminate, che volevano il genocidio armeno essere “una menzogna internazionale”, si prestano astrattamente a una interpretazione:

- Letterale: menzogna come “bugia”, simulazione di un fatto mai accaduto, nel qual caso avrebbe luogo un disconoscimento;
- Storica: menzogna come “qualificazione indebitamente ingenerosa”, nel qual caso avrebbe luogo un tentativo di giustificazione;
- Assiologica: menzogna come “banale diceria, pettegolezzo non confermato”, nel qual caso avrebbe luogo una grossolana minimizzazione.

È chiaro a questo punto che l’utilizzo *ad abundantiam* di non uno ma ben tre predicati diversi nella costruzione di questa fattispecie di reato, e con una tecnica siffatta, sembrerebbe assolvere non già all’esigenza di circoscrivere il perimetro di rilevanza entro limiti certi, ma piuttosto a ricomprendere,

quasi acriticamente, qualsiasi considerazione, scritto, discorso o pubblica presa di posizione che si discosti dall'ortodossia di una ricostruzione per la quale il genocidio (armeno, in questo caso) è avvenuto, è ingiustificabile, ed è un fatto storico di gravità inaudita.

Ora, dal momento che la disposizione in oggetto non menziona apertamente il genocidio armeno quale esempio di "genocidio o altro crimine contro l'umanità" il cui disconoscimento integra fattispecie di reato, la riconduzione di quei fatti storici al perimetro di pertinenza edittale della disposizione deve essere svolta dal giudice, ed è questo un secondo aspetto di fondamentale importanza.

Gli elementi di una fattispecie di "negazionismo" implicano la presenza, cioè, di un *tertium comparationis* (i fatti disconosciuti) sulla cui natura occorre interrogarsi: l'evento storico non si limita ad uno individuato ad hoc ma ad un evento che soddisfi determinate caratteristiche, riassunte, seppure succintamente, dalla formulazione normativa, mediante un rimando di respiro giuridico che, pur tuttavia, non è privo di insidie; stabilire la riconducibilità dell'evento disconosciuto al modello legale implicherà, sul piano sistematico, il realizzarsi o meno della fattispecie oggettiva di reato.

I giudici svizzeri, nel condannare Perinçek, hanno a più riprese fatto riferimento al "consenso" in seno alla comunità degli storici circa gli accadimenti del biennio 1915-16, ed è questo un punto su cui la Corte EDU ha espresso, a nostro avviso correttamente, la propria perplessità. Nell'ottica del giudice elvetico, quell'elemento di fattispecie il cui "disconoscimento" è penalmente rilevante è definito tale dal concludente stato dell'arte del dibattito storico intorno all'evento "genocidio o altro crimine contro l'umanità" specificamente contestato; in questa maniera si qualifica il fatto storico, che è illecito negare, come un accadimento estrinseco di cui prendere meramente atto, descritto in modo diretto e privo di qualunque ambiguità dalla lettera della previsione di reato. Da questo approccio deriverebbe la collocazione dogmatica del "genocidio" in disposizione tra i c.d. "elementi descrittivi", valendo il consenso degli storici alla stregua dell'esito positivo di una ricognizione empirica.

I giudici svizzeri stanno, in altre parole, suggerendo di trattare il "genocidio", la sua gravità e la totale assenza di giustificazione alla stregua di una verità auto-evidente che le parole possono restituire da sole, senza alcuna interposizione o interpretazione. Seppure certamente suggestiva e umanamente comprensibile, una simile impostazione pecca purtroppo di un'ingenuità che rischia di tradursi in una vera e propria discriminazione.

Quando si considerano i “fatti storici inauditi”, la loro collocazione all’interno di questa macabra categoria non discende da una loro preponderanza statistica, né dalla loro importanza storica “oggettiva”: essa è figlia piuttosto dell’impatto culturale che quei fatti hanno avuto su una specifica comunità, individuata tanto nel tempo quanto nello spazio.

Quando gli europei pensano al “genocidio”, pensano alla Shoah; ma ciò non avviene perché la Shoah sia stata – oggettivamente – il “peggiore” genocidio della Storia (una simile graduatoria avrebbe, a opinione di chi scrive, decisamente una scarsa ragion d’essere, oltre che rischiare di risultare offensiva o inopportuna). Avviene perché la cultura europea ha costruito la propria identità nel rifiuto di una visione razziale e suprematista del mondo che, tramite la Shoah, si è tentato di affermare.

Che quindi un certo genocidio abbia, sul piano sociale, maggiore importanza rispetto a un altro è fatto perfettamente fisiologico, ma tradurre questa sperequazione in uno statuto penale ha come unico sbocco possibile la totale discrezionalità del giudice.

È abbastanza indubbio, per fare un esempio forse provocatorio ma – riteniamo – pertinente, che se Perinçek avesse disconosciuto, anziché il genocidio armeno, il genocidio dei nativi nordamericani (le cui proporzioni sono stimate in circa 50 milioni, vale a dire almeno 25 volte il genocidio armeno), difficilmente sarebbe finito sotto processo. Lo sterminio dei c.d. “pellerossa” è un fatto di cui, in questa parte del mondo, si ha prima che una scarsa sensibilità, finanche una scarsa conoscenza.

La cosa non può e non deve scandalizzarci: è ovvio che la tutela della memoria storica si misura nel contesto in cui essa avviene, e i contesti cambiano radicalmente anche solo valicando il confine tra due stati limitrofi. Ma il linguaggio del diritto (e soprattutto del diritto penale) non può e non deve scendere a questo tipo di compromessi. Una disposizione penale non può, in nessun caso, accettare una formulazione il cui utilizzo risenta apertamente delle particolari influenze culturali, per le quali un dato termine si applica solamente a ciò che ci è vicino.

Avveduta di tutto questo, la Corte EDU dichiarerà la propria insoddisfazione circa il “consenso” della comunità degli storici intorno al genocidio armeno, addotto quale base motivazionale per la condanna di Perinçek e cercherà di dare all’elemento di fattispecie una collocazione (direbbe la dottrina italiana) “dogmatica” più consona. Nella propria sentenza, annovera tra le fonti di diritto “applicabili”, *inter alia*, lo statuto della Corte Penale Internazionale, contenente una definizione del “genocidio” ormai paradigmatica. È a quella stregua (una stregua cioè giuridica), dice la

Corte, che i fatti disconosciuti debbono essere valutati, onde verificare la loro rilevanza in un caso di negazionismo.

A ben vedere, però, la soluzione di considerare tale un c.d. “elemento normativo” non fa che spostare ulteriormente il problema in avanti: l'utilizzo delle definizioni internazionali (tanto della CPI quanto delle varie convenzioni ONU succedutesi nel tempo) rimanda, inevitabilmente, all'esistenza se non di una condanna da parte di una Tribunale Internazionale (che non abbiamo nel caso armeno), almeno di un atto di riconoscimento formale da parte della comunità degli Stati (di cui ve ne sono solo venti ad oggi, numero molto esiguo). Ciò naturalmente presupponendo che il singolo giudice, chiamato a pronunciarsi, non possa per ovvie ragioni celebrare un “processo incidentale” per stabilire se un dato regime abbia, in epoca passata, perpetrato atti conformi alla definizione internazionale di “genocidio”.

A fronte quindi dell'inevitabile tepore (lampante nel caso armeno) con cui la comunità internazionale affronta determinate tragedie, sancire la riconducibilità di dette tragedie all'alveo di una norma penale non può non tradursi in una sperequazione evidente. La CEDU ha, sinora, sistematicamente rigettato i ricorsi dei negazionisti della Shoah, proprio ravvisando in quel particolare atteggiamento negazionista il *fumus* di una discriminazione etnica e razziale che, in questo caso, non ravvisa. Nell'accogliere il ricorso, ravviserà la Corte a favore di Perinçek l'insussistenza di una «pressante esigenza sociale» nel punire quel negazionismo in particolare, desumibile anche dallo scarso riconoscimento internazionale che il genocidio armeno ha avuto. Ovviamente, il ragionamento della Corte non vuole disconoscere essa stessa i fatti del biennio 15-16, ma si limita a registrare che le affermazioni del ricorrente, per la loro natura e per il contesto in cui sono state pronunciate, non erano animate dall'intento discriminatorio e di incitazione dell'odio che la norma svizzera, a mente della Corte, intendeva reprimere. Il giudice di Strasburgo risolve quindi la questione esclusivamente sul versante della libertà di espressione (art. 10 della convenzione), rifiutando (comprensibilmente) una censura aperta a un certo modo di legiferare, che pure dallo spirito della decisione sembra essere piuttosto evidente.

Jean-François Lyotard diceva che «il postmodernismo è incredulità nei confronti delle meta-narrazioni». In una società sempre più disillusa circa la presenza di un “motore” della storia, sempre più orfana di un senso di destino, la disputa sul negazionismo, e sulla sua criminalizzazione, sembrano essere un elemento di contro-tendenza, per il quale il “potere” cerca di sancire la narrazione comune, minacciando di ritorcersi contro chi la

contesta. Se le intenzioni sono di proteggere coloro che da questa contestazione hanno più da perdere, i reati di negazionismo avranno sempre una, seppure insufficiente, ragion d'essere. Ma l'affermazione di una verità "ortodossa" che funga da parametro per determinare chi rimane libero e chi va imprigionato, non può che compromettere quelle stesse garanzie che l'eredità storica che difendiamo ci ha garantito.

Proteggere la memoria storica è senza dubbio un dovere.

La domanda è: a chi spetta questo dovere?



## Indice degli Autori

DOTT. ASTA FRANCESCA

Dottorando XXXI ciclo, curriculum “Discipline Storico-Filosofiche, Internazionali, Sovranazionali e Compare”

DOTT. CAPRIOGLIO CARLO

Dottorando XXXI ciclo, curriculum “Discipline Storico-Filosofiche, Internazionali, Sovranazionali e Compare”

DOTT. CAUREO ELISANGELA SIMON

Dottorando XXXI ciclo, curriculum “Discipline Privatistiche e Diritto Privato per l’Europa”

DOTT. DE BLASIS SILVIA

Dottorando XXXII ciclo, curriculum “Discipline Pubblicistiche”

PROF. DI GASPARE GIUSEPPE

Università LUISS “Guido Carli”

PROF. DI MAJO ADOLFO

Emerito Università degli Studi Roma Tre

DOTT. DROGHINI LEONARDO

Dottorando XXXII ciclo, curriculum “Discipline Pubblicistiche”

PROF. FERRANTE MASSIMO LUIGI

Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale

PROF. GRISI GIUSEPPE

Università degli Studi Roma Tre

DOTT. LAURITO ALESSANDRO

Dottorando XXXI ciclo, curriculum “Discipline Pubblicistiche”

PROF. MASSARO ANTONELLA

Università degli Studi Roma Tre

PROF. MAZZAMUTO SALVATORE

Emerito Università degli Studi Roma Tre

DOTT. MILANDOU E.N. HERBERT

Dottorando XXXI ciclo, curriculum “Discipline Storico-Filosofiche, Internazionali, Sovranazionali e Comparative”

DOTT. PAGANI ARIANNA

Dottorando XXXII ciclo, curriculum “Discipline Pubblicistiche”

DOTT. PALMA GIULIO

Dottorando XXXI ciclo, curriculum “Discipline Privatistiche e Diritto Privato per l’Europa”

DOTT. PICCOLI MARCO

Dottorando XXXI ciclo, curriculum “Discipline Storico-Filosofiche, Internazionali, Sovranazionali e Comparative”

DOTT. RAJANI GAETANINO

Dottorando XXXII ciclo, curriculum “Discipline Privatistiche e Diritto Privato per l’Europa”

PROF. RIGO ENRICA

Università degli Studi Roma Tre

PROF. RIMOLI FRANCESCO

Università degli Studi Roma Tre

PROF. SALVI CESARE

Università degli Studi Roma Tre

DOTT. WEBBER ZIERO GABRIEL

Dottorando XXXI ciclo, curriculum “Discipline Storico-Filosofiche, Internazionali, Sovranazionali e Comparative”

