



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

LE DEFINIZIONI NEL DIRITTO

*Atti delle giornate di studio
30-31 ottobre 2015*

a cura di

FULVIO CORTESE

MARTA TOMASI

2016



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

26

2016

Al fine di garantire la qualità scientifica della Collana di cui fa parte, il presente volume è stato valutato e approvato da un *Referee* esterno alla Facoltà a seguito di una procedura che ha garantito trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato reciproco del *Referee* nei confronti di Autori e Curatori.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© *Copyright 2016*
by Università degli Studi di Trento
Via Calepina 14 - 38122 Trento

ISBN 978-88-8443-704-4
ISSN 2284-2810

Libro in Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS - Anagrafe della ricerca (<https://iris.unitn.it/>) con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 3.0 Italia License.

Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/legalcode>

Il presente volume è pubblicato anche in versione cartacea per i tipi di Editoriale Scientifica - Napoli (ISBN 978-88-9391-024-8).

Dicembre 2016

LE DEFINIZIONI NEL DIRITTO

*Atti delle giornate di studio
30-31 ottobre 2015*

a cura di
*Fulvio Cortese
Marta Tomasi*

Università degli Studi di Trento 2016

“How mysteriously everything eludes definition...”

(S. Alexievich, *The Story of the Man Who Flew Like a Bird*)

INDICE

Pag.

SEZIONE I INTRODUZIONE

Marta Tomasi	
<i>Premessa. Il gioco delle definizioni</i>	3
Diego Quaglioni	
<i>Il diritto e le definizioni</i>	13

SEZIONE II TEMPO E DEFINIZIONI

Giovanni Zaniol	
<i>«Ius est realis et personalis hominis ad hominem proportio»</i>	23
Daria Sartori	
<i>Definizioni autonome e interpretazione evolutiva/effettiva nel sistema CEDU</i>	47
Alvise Schiavon	
<i>La definizione giuridica tra topica e topologia</i>	71

SEZIONE III (IN)DEFINIZIONI

Francesco Campodonico	
<i>“Necessità”, “stato di necessità” e “crisi economica”: l’indefinitezza come pratica di governo</i>	93
Antonella Mirabile	
<i>L’indefinito come giustizia del caso singolo</i>	117
Rossana Ducato	
<i>La crisi della definizione di dato personale nell’era del web 3.0</i>	143

	Pag.
Ilaria Campagna	
<i>Autoria e complicità: un problema di de-finizione</i>	179
Sergio Bonini	
<i>Felici insicurezze circa le definizioni legislative</i>	203

SEZIONE IV

DEFINIZIONI GIURIDICHE E CONCETTI TECNICO-SCIENTIFICI

Chiara Bergonzini	
<i>Le scatole cinesi: il “pareggio di bilancio” tra definizioni economiche, Costituzione italiana e regole europee</i>	225
Marco Rizzuti	
<i>Il problema di definire la vita nascente</i>	247
Maurizio Di Masi	
<i>Definire la morte: tra diritto e biopolitica</i>	267
Flavio Guella	
<i>L'utilizzo di definizioni “tecnico-scientifiche” nel diritto</i>	293

SEZIONE V

SPAZIO E DEFINIZIONI

Alessia-Ottavia Cozzi	
<i>Con-fusioni: la definizione di «principio» nelle disposizioni finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra schemi concettuali propri dell'ordinamento UE e prassi costituzionali nazionali</i>	309
Lucia Busatta	
<i>L'universo delle disabilità: per una definizione unitaria di un diritto diseguale</i>	335
Simone Penasa	
<i>Spazio normativo e definizioni. Per una concezione “tridimensionale” delle definizioni normative</i>	365

INDICE

Pag.

SEZIONE VI
CONCLUSIONI

Fulvio Cortese <i>Conclusioni</i>	379
Notizie sugli Autori	387

SEZIONE I
INTRODUZIONE

PREMESSA. IL GIOCO DELLE DEFINIZIONI

Marta Tomasi

*Abbiamo usato, io e voi la stessa lingua, le stesse parole.
Ma che colpa abbiamo, io e voi, se le parole,
per sé, sono vuote? Vuote, caro mio.
E voi le riempite del senso vostro, nel dirmele;
e io nell'accoglierle, inevitabilmente,
le riempio del senso mio. Abbiamo creduto d'intenderci,
non ci siamo intesi affatto.*

L. Pirandello¹

SOMMARIO: 1. La seconda delle Giornate di Studio Alumni SGCE. 2. Tracce per una proposta di analisi. 3. Dall'essenza della definizione alle funzioni della stessa. 4. I binomi nella pratica del definire: garanzia di certezza come limite all'arbitrio o rischio di fissità a detrimento dell'adattabilità? 5. Il gioco delle definizioni: un ponte fra due occasioni di incontro.

1. La seconda delle Giornate di Studio Alumni SGCE

Il secondo passo di qualunque percorso beneficia dell'esperienza maturata con il passo precedente, della stabilità guadagnata, scontando però l'aspettativa del miglioramento.

La positiva esperienza della Giornata di studio promossa nel 2013 dall'Associazione Alumni SGCE² della Facoltà di Giurisprudenza di

¹ L. PIRANDELLO, *Uno, nessuno, centomila* (1 ed. 1925), Torino, 1994.

² L'Associazione Alumni SGCE, costituita nel 2011, raccoglie dottori di ricerca e dottorandi del Corso di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei dell'Università degli Studi di Trento.

Trento sul tema “L’eccezione nel diritto”³ ha suggerito di ripetere l’esperimento di confronto fra diverse aree giuridiche, aprendo l’iniziativa anche a studiosi provenienti da altri Atenei.

In linea con l’edizione precedente, lo scopo della seconda delle Giornate di studio Alumni SGCE era quello di instaurare un dialogo fra aree diverse, con l’intento banale – ma spesso sottovalutato – di capirsi. L’esigenza era quella di individuare un tema trasversale e di ampio respiro, al tempo stesso ancorato alla tradizione e passibile di letture innovative, in grado di accomunare le principali questioni che animano diverse branche del diritto e di declinarsi differentemente in ciascuna di esse.

Non a caso, quindi, la considerazione dalla quale si è preso avvio riguarda l’opportunità che ogni discorso – al fine di non incorrere in incomprensioni – muova da un’attività definitoria del proprio oggetto, dall’atto di limitare, circoscrivere, delineare, di esprimere con parole (che costituiscono il *definiens*) il significato di un altro termine (il *definiendum*).

Applicata all’ambito giuridico, questa condivisibile e quasi intuitiva considerazione si scontra con la natura e con la funzione del diritto, con il suo metodo di produzione, con la sua intrinseca ambiguità, con i suoi confini geografici e con la sua esigenza di sopravvivere nel e al tempo.

Pertanto, l’invito rivolto a studiosi di diverse discipline giuridiche era quello di riflettere sul concetto di definizione, sul valore che essa assume nel diritto, sui meccanismi del suo funzionamento e sui suoi possibili impieghi abusivi.

2. *Tracce per una proposta di analisi*

Il tema proposto lambisce le più delicate questioni del rapporto fra giuridicità e linguaggio, del

³ Gli Atti dell’incontro sono raccolti nel volume S. BONINI, L. BUSATTA, I. MARCHI, *L’eccezione nel diritto. Atti della giornata di studio (Trento, 31 ottobre 2013)*, Napoli, 2015.

prescrivere dicendo, dell'utilizzazione del linguaggio, per lo più scritto, come *medium* principale per quell'opera di modellazione dell'assetto della società, che al diritto viene tradizionalmente chiesta o attribuita⁴.

Come è stato osservato, si tratta

di questione davvero formidabile che, sospesa fra imprescindibilità ed irrisolvibilità in quanto tale, rappresenta una sfida costante per chi, da teorico o da pratico, si accosti alla fenomenologia giuridica per come veicolata dal prodotto normativo (e non solo)⁵.

In particolare, per organizzare e al tempo stesso limitare il campo di questa sfida, si sono suggerite quattro linee tematiche di indagine:

1. Tempo e definizioni: Come cambiano le definizioni nel tempo? Quali sono i fattori determinanti che impongono l'aggiornamento della definizione? Esistono meccanismi utili a evitare fenomeni di obsolescenza delle definizioni?
2. Spazio e definizioni: Come cambiano i contenuti delle definizioni nei vari ordinamenti giuridici? Come viene (o può essere) delimitato l'ambito di applicazione delle definizioni? I problemi di traduzione giuridica possono incidere in modo determinante sulle definizioni giuridiche?
3. Definizioni giuridiche e concetti tecnico-scientifici: Come si realizza e/o si gestisce una scissione tra la definizione giuridica e quella non giuridica (i.e. scientifica) di un medesimo fenomeno? Quando può essere opportuno che la definizione giuridica diverga da quella scientifica?
4. (In)definizioni: Quando è opportuno rinunciare alla definizione? Con quali strumenti giuridici si può ovviare all'assenza di una definizio-

⁴ P. CARNEVALE, *Diritto, normazione e ambiguità*, in *Diritto pubblico*, 2, maggio-agosto, 2011, 353. Fra i molti, R. GUASTINI, *Il diritto come linguaggio*, Torino, 2001 e, prima ancora, U. SCARPELLI, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in U. SCARPELLI, P. DE LUCIA, (a cura di), *Il linguaggio del diritto*, Milano, 1994, 87-93; N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 4, 2, 1950, 342-367; M. JORI, *Definizioni e livelli di discorso giuridico*, in A. BELVEDERE, M. JORI, L. LANTELLA, *Definizioni giuridiche e ideologie*, Milano, 1979, 481 ss.

⁵ P. CARNEVALE, *op. cit.*, 353.

ne? Come gestire la coesistenza di diverse definizioni giuridiche di un medesimo fenomeno (per esempio, nel caso in cui vi sia una definizione differente nel diritto penale, civile, pubblico, ...)?

I contributi raccolti in questo volume sono insieme testimonianza della buona riuscita dell'incontro e dei limiti e delle difficoltà derivanti dalla complessità del tema che si è tentato di affrontare.

Lontano da pretese di completezza e sistematicità, il modello del confronto intra e inter-disciplinare produce risultati interessanti: si muove dall'analisi del concetto e del ruolo della definizione in un ambito specifico e delimitato, conducendo l'indagine secondo le specificità tipiche di ogni disciplina, per poi affidare alla lettura del *discussant* l'individuazione di considerazioni più organiche, dei fili rossi che creano collegamenti.

3. Dall'essenza della definizione alle funzioni della stessa

Partendo dalle quattro tematiche indicate, seguendo la meraviglia propria delle scoperte quasi casuali, le riflessioni sviluppate hanno finito per mettere in crisi l'assunto stesso di partenza, quello sul quale si era fondata la scelta dell'argomento cui dedicare l'incontro. Infatti, quell'iniziale intento di delimitare l'ambito di discussione, di inquadrarlo e *definirlo* si è dimostrato soffrire, *ab origine*, di un vizio grave e insanabile: questione preliminare e certamente fondamentale, cui si è compreso di dover rinunciare sin dalle prime battute del confronto, è proprio quella relativa alla definizione della definizione.

In via del tutto generale, la definizione può essere concepita come «esplicitazione del significato di un termine o di un'espressione mediante un'indicazione dei suoi caratteri essenziali»⁶. Diversamente le definizioni possono rappresentare «la formulazione per mezzo di altri termini delle condizioni di applicazione di un termine»⁷ e, più nello

⁶ Voce *Definizione*, in *Il Piccolo Rizzoli Larousse. Dizionario-Enciclopedia*, Milano, 2004.

⁷ U. SCARPELLI, *La definizione nel diritto*, in U. SCARPELLI, P. DI LUCIA (a cura di), *Il linguaggio del diritto*, Milano, 1994, 311. All'ambito di applicazione si riferisce anche chi considera le definizioni proprio come «indicazioni dell'ambito di applicazione

specifico, in ambito legislativo – ove non si esauriscono però le definizioni giuridiche – la definizione è

tautologicamente la definizione di un termine (rappresentato da un singolo vocabolo o da una espressione composta da un complesso di vocaboli ben formato) che viene posta nel contesto di una legge o, più genericamente, di un documento normativo⁸.

Se si vogliono quindi abbandonare approcci tautologici e tendenzialmente descrittivi, quello della definizione della definizione appare un quesito tanto cruciale, quanto di difficile soluzione, e sembra conveniente che il giurista lo domandi al filosofo, prediligendo un approccio più funzionale, volto a identificare il ruolo – più che la sostanza – della definizione all'interno del discorso giuridico.

A seconda della lettura che si intenda prediligere, la definizione pare svolgere una funzione intrinsecamente ambivalente: da un lato, secondo una lettura ontologica, essa spinge a interrogarsi sull'essenza e la natura stessa degli oggetti passibili di definizione mentre, dall'altro, in una prospettiva più funzionale, svolge il compito meramente strumentale di convenzione ordinatrice, utile a inquadrare e regolare la realtà.

In particolare, questa seconda funzione risponde alle esigenze del diritto contemporaneo che, nel suo tentativo di modellare l'assetto della società, pare non poter che partire dall'atto del definire e del classificare⁹.

In una prospettiva dogmatica, nel corso della fase normativa, l'intervento del legislatore che circoscrive le condizioni di applicazione della regola e definisce una serie di formule letterali, parole o sintagmi, dovrebbe contribuire a chiarire il campo di applicazione di una specifica

di una certa disciplina» (A. BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano, 1977, 99).

⁸ G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 154. Sul ruolo delle definizioni legislative si vedano anche G. TARELLO, *Il problema delle definizioni legislative*, in *Politica del diritto*, 3, 1975, 345-351 e C. GAGGERO, *Intorno alle definizioni legislative*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 6, 2002, 759-787.

⁹ U. SCARPELLI, *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Milano, 1955, 9.

disciplina, risolvendo «imperativamente ogni dubbio che possa nascere dalla polisemia di taluni termini od espressioni»¹⁰.

Idealmente, dunque, la finalità cui l'intervento definitorio del legislatore adempie è quella di «ridurre la vaghezza tipica della maggior parte delle parole e quindi dei discorsi nell'uso ordinario», rispondendo a una domanda di certezza, «legata all'esigenza dei singoli di sapere quale sarà la qualificazione giuridica delle proprie azioni»¹¹.

La valenza positiva delle definizioni risiede nella loro capacità aggregativa volta alla creazione di un linguaggio tecnico specifico di una certa disciplina¹²: le definizioni normative, dunque, sono destinate a stabilire il significato di una espressione che, tratta dal linguaggio ordinario, finisce per subire una ridefinizione agli effetti legali, andando così a costituire una garanzia di maggiore sicurezza nell'applicazione del diritto¹³.

4. I binomi nella pratica del definire: garanzia di certezza come limite all'arbitrio o rischio di fissità a detrimento dell'adattabilità?

Questa ricerca di certezza, tuttavia, fa emergere alcune delle criticità principali connesse all'impiego dello strumento definitorio. Come testimoniato dal ricorrente riferimento, nei contributi che seguono, al frammento di Giavoleno¹⁴, il pericolo dietro l'angolo è quello di causa-

¹⁰ S. PUGLIATTI, *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, I, Milano, 1964, 11.

¹¹ G. PINO, *Linguaggio giuridico*, in G. PINO, A. SCHIAVELLO, V. VILLA (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, 2013, 275.

¹² Come è stato sostenuto: «ogni scienza tende a creare il suo particolare modo di esprimersi, e l'introduzione di termini ed espressioni tecniche, non soltanto è inevitabile, ma giova alla sua precisione e rigore» (A. MARTINO, *Le definizioni legislative*, Torino, 1975).

¹³ In generale sul ruolo delle definizioni nel diritto si veda anche A. BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, cit. e ID., voce *Definizioni*, in *Digesto Civile*, V, 1989, 149.

¹⁴ Il noto riferimento è alla celebre massima di Giavoleno, nel titolo *De regulis iuris* del Digesto (D. 50, 17, 202): «Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset».

re, attraverso il ricorso a definizioni rigorose al punto da risultare inflessibili, un eccessivo irrigidimento del fenomeno giuridico che finirebbe per perdere la propria capacità di adattarsi alla multiformità del reale.

La complessità del mondo e la natura composita dei casi sui quali il diritto deve calare la propria forza ordinatrice potrebbe rendere, in molti frangenti, arduo continuare ad intendere la definizione come un *quid* «vincolante per l'interprete, l'operatore e i destinatari»¹⁵.

Proprio da queste difficoltà derivano le manifestazioni di sfiducia che sin dalla più antica tradizione sono state rivolte alla definizione che rischierebbe di rappresentare un elemento di fissità dell'ordinamento, non potendo contribuire a promuoverne l'evoluzione e il progresso.

In questo senso, le definizioni sarebbero formulazioni rappresentative relative allo stato temporaneo delle conoscenze, «incapaci di contenere la realtà del diritto nella effettività del suo svolgimento»¹⁶, soggette a processi di inevitabile obsolescenza.

Anche alla verifica di questo assunto sono state rivolte le riflessioni svolte in queste Giornate, ad appurare in che modo le definizioni vivano nella realtà giuridica, fra formazione e applicazione del diritto, come si muovano nello spazio e nel tempo e se esse siano in grado di modificarsi ed evolvere.

¹⁵ F. ANGIONI, *Le norme definitorie e il progetto di legge-delega per un nuovo codice penale*, in S. CANESTRARI (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del convegno in ricordo di Franco Bricola*, Torino, 1998, 189 e, similmente, F. BRICOLA, *Le definizioni normative nell'esperienza dei codici penali contemporanei e nel progetto di legge delega italiano*, in A. CADOPPI (a cura di), *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale: omnis definitio in iure periculosa?*, Padova, 1996, 179.

¹⁶ In riferimento al ruolo delle definizioni nel particolare ambito del diritto romano si è sostenuto che «esse hanno una indubbia utilità euristica, nel senso di additare percorsi, tappe raggiunte, limiti da rispettare, questioni da affrontare; si tratta però pur sempre di formulazioni “rappresentative”, relative ad un'esperienza pregressa, ed esposte al rischio di soccombere a fronte di esperienze non ancora maturate, come del resto accade per qualunque forma di conoscenza. Anche la *prudentia iuris*, così almeno pare, intesa come attività razionale preordinata a discriminare ciò che è giusto da ciò che è ingiusto (...), condivide l'impianto conoscitivo fondamentale che è proprio dell'uomo: sfruttare l'intreccio ancora indeterminato delle esperienze in atto» (C. BEDUSCHI, *Omnis definitio in iure periculosa? Profili romanistici*, in A. CADOPPI, *op. cit.*, 50-51).

Le definizioni si collocano su un sottile crinale determinato dalla loro natura ibrida, che fa di esse, da un lato, forme di qualificazione dei caratteri propri dell'entità *definenda* e, dall'altro, generalizzazioni utili a inquadrare confini di categoria.

La vita delle definizioni nel mondo del diritto si è rivelata ben più articolata, animata e complessa di quanto un utopico riferimento al ruolo ordinatore del formante legislativo avesse in un primo momento potuto far pensare.

Le questioni definitorie, infatti, non si esauriscono nell'esistenza di una definizione legislativa, spesso incompleta, inadeguata, vaga (causativa di articolati e complessi dibattiti ricostruttivi) o limitativa (ricettiva di un unico significato, che irrigidisce sotto il profilo semantico diverse forme di manifestazione di un fenomeno). Gli interrogativi relativi al loro funzionamento si riversano sugli interpreti e sugli operatori del diritto cui spetta il dovere di costruire e far vivere le definizioni.

Questo avviene non solo in ordinamenti nei quali la regola del precedente vincolante consacra ed estende al di là del singolo caso la forza della pronuncia giurisdizionale, ma anche in contesti sopranazionali, dove le definizioni possono assolvere l'esigenza di introdurre consonanze tali da assicurare un'uniforme applicazione delle regole su territori compositi. Viceversa, il non uso della definizione può – con conseguenze di segno alterno in termini di tutela dei diritti – garantire spazio di autonomo apprezzamento ai singoli ordinamenti nazionali.

Indipendentemente dal formante interessato alla creazione e all'impiego delle definizioni, problematiche ulteriori emergono quando il diritto si trovi a mutuare un termine da un altro contesto linguistico, dovendosi definire i confini di tale prestito, e dovendosi valutare l'opportunità e l'eventualità che il significato dell'entità extra-giuridica subisca una modificazione, e in molti casi un irrigidimento, indotti da strutture e logiche tipicamente giuridiche.

L'aspettativa di certezza del diritto si incontra e si scontra in molti casi con linguaggi tecnici e specifici, appartenenti però a discipline più fluide e familiari a processi di naturale metamorfosi e trasformazione.

Sono evidenti in questo senso le frizioni che possono emergere dal tentativo di incastrare i meccanismi del diritto – spesso lento, ancorato alla tradizione e invischiato nei burocratismi, geograficamente determi-

nato e politicamente condizionato – con quelli di una realtà e regolarità scientifica sempre più globale, impegnata a rispondere alle logiche argomentative del possibile e del provato.

5. Il gioco delle definizioni: un ponte fra due occasioni di incontro

La forma, il ruolo, il valore, le fonti delle definizioni rappresentano ancora oggi un campo fertile per riflessioni che intrecciano diversi ambiti del diritto e invitano gli studiosi a riflettere sulla «dichiarazione dell'essenza» delle cose¹⁷.

Il gioco delle definizioni non è un gioco a somma zero: le definizioni sono elemento in grado di determinare il diritto nello spazio, nel tempo, nella sua connotazione sociale, culturale e politica e – questione ancor più delicata – di condizionare profondamente il fondamentale passaggio dal diritto – legislativo o giurisprudenziale – ai diritti. La tutela di questi passa anche per l'impiego che della definizione si faccia, poiché – come si avrà modo di scoprire fra le pagine che seguono – da esso dipende, in molti casi, la capacità del diritto di plasmarsi alle forme del mondo.

Questa considerazione crea un ponte immaginario fra le due edizioni di queste Giornate di Studio che – in definitiva – hanno orbitato attorno all'esigenza di individuare un punto di equilibrio fra esigenze di certezza e stabilità del diritto e meccanismi in grado di conferire alla regola giuridica un necessario e adeguato grado di elasticità.

Eccezioni e definizioni caratterizzano costantemente l'esperienza giuridica e su tali concetti si può riflettere al fine di comprendere come innovare l'ordinamento giuridico, garantendone l'attualità, senza comprometterne solidità e consistenza.

Prima di affacciare lo sguardo a questo tema affascinante, non resta che rivolgere un ringraziamento a tutti coloro che hanno reso possibile la realizzazione di questa riflessione corale, e quindi ai partecipanti, in primo luogo, nonché al Preside, Prof. Giuseppe Nesi, al Prof. Riccardo

¹⁷ L. LANTELLA, *Pratiche definitorie e proiezioni ideologiche nel discorso giuridico*, in A. CADOPPI, *op. cit.*

Salomone, nella sua qualità di vice-coordinatore del Corso di Dottorato, e a tutto il personale amministrativo, specialmente nelle persone di Loredana Giacomelli e Valentina Lucatti, senza la cui disponibilità il volume non avrebbe mai potuto essere allestito.

IL DIRITTO E LE DEFINIZIONI

INTERVENTO INTRODUTTIVO

Diego Quaglioni

Ho accolto con molto piacere l'invito ad introdurre il seminario dal titolo «Il diritto e le definizioni», poiché stimo che spetti agli storici del diritto ricordare che l'oggetto della discussione non può essere compreso se non nella lunga durata della tradizione giuridica occidentale¹. Tanto più che non è la prima volta, in questa Facoltà, che si formula un interrogativo sui meccanismi definitivi nel diritto. Ricordo un convegno di parecchi anni fa, sorto da preoccupazioni di ambito principalmente penalistico, non del tutto estranee ai profili storico-comparativi². Allora però gli storici non furono coinvolti, benché nel titolo stesso del convegno, sia pure con un pressante punto di domanda, campeggiasse l'icastico *initium* della celebre massima di Giavoleno, escerpita nel titolo *De*

¹ Uso questa espressione nel preciso significato esposto da Harold J. Berman (1918-2007) nelle sue opere maggiori, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition* (1983) e *Law and Revolution, II. The Impact of the Protestant Reformation on the Western Legal Tradition* (2003). Di quest'ultima ho curato l'edizione italiana: H.J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione, II. L'impatto delle Riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale*. Edizione italiana a cura di D. QUAGLIONI, Bologna, 2010. Sulla recezione dell'opera di Berman cfr. I. BIROCCI, D. QUAGLIONI, A. MAZZACANE, *La tradizione giuridica occidentale nella prospettiva della sua crisi presente*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 40, 2011, 1031-1059, e più in generale, nel contesto del *Forum* promosso a Francoforte dal Max-Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte in occasione dei quaranta anni dalla pubblicazione del primo *Law and Revolution*, D. QUAGLIONI, *The Outer and the Inner Aspects of Social Life*, in *Rechtsgeschichte – Legal History*, 21, 2013, 189-191.

² Gli Atti si leggono nel volume A. CADOPPI (a cura di), *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Padova, 1996.

regulis iuris del Digesto (D. 50, 17, 202): «Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset»³.

La romanistica ha da lungo tempo posto il problema nella sua irriducibile dimensione storico-dottrinale e storico-istituzionale. Trattando del *Corpus iuris* nell'ottica dei Glossatori e dei Commentatori e dell'atmosfera nuova, riconoscibile in questi ultimi ed individuabile «in un più accentuato impiego degli strumenti dialettici, in stretto rapporto con i mutamenti culturali seguiti al diffondersi del pensiero scolastico», Riccardo Orestano scrisse nella sua *Introduzione allo studio del diritto romano* doversi nuovamente sottolineare il fenomeno, ancora meritevole di approfondimento «nei modi e nelle conseguenze», di altissima – anzi eccezionale – importanza e peso, della «‘traduzione’ di tutto il retaggio romano in nuovi moduli di pensiero giuridico e il passaggio ad un nuovo modello di *scientia iuris*» nel processo per il quale i giuristi medievali «a una visione per ‘attività’ vengono antepoendo una visione ‘per sostanze’ e quindi per istituti, passando gradatamente da una prospettazione dinamica ad una prospettazione statica»⁴. La voce di Orestano, che riecheggia quella di Biagio Brugi e di Fritz Schulz, è su questo punto di capitale importanza, e va attentamente ascoltata⁵:

A comprendere il punto, va ricordato che – a differenza di quanto lo studente può ritenere in base alla maggior parte dei manuali istituzionali su cui oggi egli studia il diritto romano, pieni di definizioni – i giuristi dell'antichità si contraddistinsero per lo scarsissimo uso di procedimenti definitorii. Per lungo tempo si ebbe una «completa assenza di definizioni» e bisogna attendere l'introduzione delle prime tecniche dialettiche per trovarne qualche esempio in giuristi dell'ultimo secolo della Repubblica. Ma la situazione cambia di poco, perché questa nuova tendenza non sembra venir meno nella giurisprudenza dell'Impero, che è essenzialmente casistica e problematica, mentre una lieve rinascita della dialettica tornerà solo in taluno dei rari scrittori del Basso Impero. Anche nelle opere elementari, tipiche le Istituzioni di Gaio, appare evitata

³ IUSTINIANI *Digesta* recognovit Theodorus Mommsen retractavit Paulus Krueger, in *Corpus Iuris Civilis*, I, Berolini, Apud Weidmannos, 1908¹¹, 926.

⁴ R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, 148 e 151.

⁵ *Ibidem*, 148-149.

la definizione dei concetti-base. Non debbono fuorviare enunciazioni in cui si manipolano etimologie o in cui sotto il termine di *definitiones* si comprendono *regulae* e formulazioni di principi, che poco hanno a che fare con le definizioni vere e proprie. L'avversione verso queste ultime esplose clamorosa in un notissimo passo di Giavoleno, giurista dei maggiori, attivo tra il I e il II sec. D.C. (e il passo è riportato da Giustiniiano, in D. 50.17, 202, sotto il titolo *de diversis regulis iuris antiqui*): *Omnis definitio in iure civili periculosa est; rarum est enim, ut non subverti possit.*

Per avere la misura di questo atteggiamento di fondo della giurisprudenza romana si rifletta sul fatto che essa lascia senza vera definizione molte nozioni fondamentali, come *actio*, *dominium*, *possessio*, *servitus*, *pignus*, *obligatio*, *contractus*, *delictum*, *heres*, *legatum*, *dos* e così via, nonché tutte le nozioni di carattere pubblicistico, da *imperium*, *potestas*, *auctoritas* a *iurisdictio* e *iudicium*, per dire solo delle maggiori.

Oggi, abituati come siamo a non muover passo se non partendo da una definizione (in mancanza della quale ci sembra impossibile procedere 'scientificamente'), tutto questo può apparire incredibile e inammissibile.

Punto di capitale importanza, si è detto; e si dovrà aggiungere ancora qualcosa, perché appunto ciò non appaia «incredibile e inammissibile». «I Romani», è stato scritto, «non si assoggettarono mai alle regole generali del diritto positivo, quali ciechi servi di esso, consapevoli che la vita è in perenne mutamento e che, di conseguenza, le regole positive generali da applicare sono anch'esse mutevoli e cangianti»⁶. Che essi non abbiano proceduto, nelle loro costruzioni, stabilendo principi e regole generali ed astratte da applicarsi ai casi concreti, ma, al contrario, pervenendo a fissare regole generali a partire dalla soluzione dei casi concreti, è vero non solo per l'età arcaica, ma anche per lo stesso diritto giustiniano: «per quanto si riferisce all'opus princeps, cioè al Digesto, sebbene le astrazioni giuridiche certamente già vi fossero presenti, tut-

⁶ O. ROBLEDA, *Introduzione allo studio del diritto privato romano*, Roma, 1979, II ed., 35-36.

tavia, essendo poche, esse non ne mutano la struttura casistica»⁷. Davvero è illuminante, in tal senso, la lettura di D. 50, 17, 1, un frammento di Paolo che ha esercitato una profondissima influenza nella tradizione giuridica occidentale⁸:

Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum.

Non per caso Accursio, alla fine di una lunga glossa iniziale apposta alla l. *Regula est*, rinvia alla l. *Omnis definitio*: «Quæ autem sunt quæ patiuntur exceptionem & quæ non, habes infra eodem, omnis definitio. Accursius»⁹. E nella glossa iniziale alla l. *Omnis definitio* il glossatore offre la testimonianza più schietta della difficoltà dell'interprete scolastico e al tempo stesso del nuovo clima scientifico e culturale nella svolta di metà Duecento della tradizione giuridica occidentale¹⁰:

Omnis definitio.] Est oratio substantiam cuiusque rei significans secundum Boethium. Sed hic dicitur plurium rerum breuiter siue summatim sub regula facta traditio. Huiusmodi autem definitiones sunt periculosæ: quia patiuntur exceptionem, & verecundiam plerumque faciunt alleganti regulam. Sed stet firmus regulæ, veluti Bononiensi Carocio: licet aliqui capiantur de eius custodibus; & licet aliqui casus a regulis subtrahantur; & respondeat speciale. Et sic regula erit firma in

⁷ *Ibidem*, 35, nota 62, a commento di un pensiero di F. SCHULZ, *I principii del diritto romano*, a cura di V. ARANGIO RUIZ, Firenze, 1946, 43: «In verità le regole che furono allora (presso gli antichi) astrattamente formulate erano nell'insieme molto elementari, e l'epoca classica proseguì con molta riserva in questi tentativi. Nelle opere elementari e propedeutiche dell'epoca classica, al cui novero appartengono anche i libri tres iuris civilis di Sabino, domina il metodo astratto; fatta questa eccezione, si continua a seguire il tradizionale metodo casistico».

⁸ IUSTINIANI *Digesta* recognovit Theodorus Mommsen retractavit Paulus Krueger, in *Corpus Iuris Civilis*, I, cit., 920.

⁹ Glo. «Regula est», in l. *Regula est*, ff. *De regulis iuris* (D. 50, 17, 1), in *Digestum Novum, Pandectarum iuris civilis tomus tertius*, Lugduni, Apud Hugonem a Porta, 1560, col. 1690.

¹⁰ Glo. «Omnis definitio», in l. *Omnis definitio*, ff. *De regulis iuris* (D. 50, 17, 3 [2]), in *Digestum Novum, Pandectarum iuris civilis tomus tertius*, cit., col. 1740.

aliis [...]. Idem ideo dicit parum, quia quædam sunt quæ exceptiones non patiuntur [...]. Et multa alia sunt quæ non patiuntur exceptionem. Sed hæc regula tantum intelligitur de his regulis, seu diffinitionibus, quæ super hoc tit. positæ sunt.

Accursio esordisce con la “definizione di definizione” tratta da Severino Boezio. Distinguendo la definizione come espressione della *substantia rei* dalla definizione come *brevis rerum narratio*, pericolosa come ogni regola soggetta ad eccezioni, Accursio esprime perfettamente la nuova mentalità “sostanzialista” dei giuristi del XIII secolo: «Definitio est oratio substantiam cuiusque rei significans»¹¹. Ai suoi studenti perciò il Glossatore raccomanda di stare attaccati alla regola come i Bolognesi al loro carroccio: come alcuni dei suoi difensori possono cadere, senza che il carroccio venga espugnato, così anche alcuni casi speciali possono sottrarsi alla regola. Questa però resta ferma in tutti gli altri casi, e questo spiega il «parum» (*alias* «rarum») della norma, che dimostra che vi sono regole, e sono molte, che non patiscono eccezioni. Dunque Accursio conclude limitando l’applicazione della massima di Giavoleno al complesso delle *regulae* poste sotto il titolo giustiniano.

È chiaro il modo in cui da questo momento in poi la *scientia iuris* “cambia volto”, sì che anche lo studio del *Corpus iuris* giustiniano, com’è stato scritto, «non sarà più lo stesso»¹². Riccardo Orestano ha ricordato che i medievali si erano trovati alle prese con le testimonianze di un mondo che aveva guardato la problematica giuridica con occhi diversi dai loro. Egli scrive:

Nella grande maggioranza dei testi del *Corpus iuris* si preferiva parlare, ragionare, disporre su quanto gli uomini facevano o dovevano fare in concreto, piuttosto che muovere da termini astratti e discettarne e statuirne in base ad essi; si preferiva cogliere le attività nel loro ‘farsi’ e muovendo da questo ‘farsi’, onde renderle e regolarle in una visione dinamica, sempre aperta a più puntuali descrizioni e normazioni, piuttosto

¹¹ ANICII MANLII SEVERINI BOETHII *Commentarii in Ciceronis Topica*, I, 2, § 9, in M. TULLII CICERONIS *Opera quae supersunt omnia, ac deperditorum fragmenta*, edidit Io. Casp. Orellius, V, 1 – M. TULLII CICERONIS *Scholiastae*, ediderunt Io. Casp. Orellius et Io. Georgius Baiterus Turicenses, I, Turici, Typis Orellii, Fuesslini et sociorum, 1833, 287: «Definitio enim est oratio substantiam unius cuiusque significans».

¹² R. ORESTANO, *op. cit.*, 151.

che esprimerne una visione statica e chiusa, fissabile una volta per tutte. In luogo di una raccolta di immagini irrigidite e composte in tanti loculi, bellamente ordinati, si preferiva cercare di cogliere la vita nella sua perenne dinamica. Ciò spiega come i giuristi romani [...] si sentissero più a loro agio nel collocarsi dal punto di vista ‘processuale’ anziché da quello ‘sostanziale’ e come la trama dei loro ragionamenti e delle loro elaborazioni fosse soprattutto – non dico esclusivamente – nel piano delle *actiones*, non già in quello delle situazioni che ne erano il presupposto o ne conseguivano¹³.

Orestano poteva rammentare che Fritz Schulz, a proposito della massima di Giavoleno, aveva potuto scrivere che più che una osservazione casuale, essa esprimeva una «intima convinzione»¹⁴, in conseguenza della quale si può dire che l’astrazione dovesse consistere al massimo «nella tipizzazione di comportamenti e di attività, non in quella di situazioni da considerare in sé, come presupposti di ‘diritti’ e di ‘facoltà’ da esse derivabili»¹⁵. È questo abito mentale, abito di cauta parsimonia della giurisprudenza romana, che i Glossatori e i Commentatori medievali sostituiscono «un crescente trasporto verso la ‘sostanza’ dei rapporti e verso le definizioni»¹⁶

La ricerca della sostanza delle cose porta – in una nuova ottica – ad infittire il mondo giuridico di definizioni, per le quali è nota la predilezione specialmente di Bartolo e di Baldo. E non si dimentichi che la *definitio*, pur nei diversi significati e tipi, è un procedimento che contiene in genere una dichiarazione di ‘essenza’ e questo spiega come proprio Baldo potesse considerarla uno dei modi di attingere la ‘verità’.

Nell’assillante mira alla *substantia rei* emerge anche l’individuazione e la distinzione dei caratteri ‘essenziali’, ‘naturali’, ‘accidentali’ degli istituti.

È su questi ultimi – sempre più concepiti come dotati di una propria esistenza ed essenza – che ormai si polarizza l’attenzione dei giuristi continentali, i quali a una visione “per attività” vengono antepo-

¹³ *Ibidem*, 149.

¹⁴ F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, traduzione italiana di G. Nocera, Firenze, 1968, 234.

¹⁵ R. ORESTANO, *op. cit.*, 150.

¹⁶ *Ibidem*, 150-151.

una visione “per sostanze” e quindi per istituti, passando gradatamente da una prospettazione dinamica ad una prospettazione statica. Il giuridico si popola di un numero crescente di “figure” che compongono come un Presepio dai ruoli fissi. Il processo di trasformazione impegna secoli e comporta la “traduzione” di tutto il retaggio romano in nuovi moduli di pensiero giuridico e il passaggio ad un nuovo modello di *scientia iuris*. È la creazione di tutto un nuovo abito mentale, ancor oggi largamente imperante e che per ciò stesso genera il convincimento che non ve ne possano essere altri.

L’insegnamento che proviene da questa pagina magistrale è evidente: la conoscenza storica può offrire un rimedio contro l’irrigidimento della scienza giuridica in una staticità che, nei processi della modernità, dai primi conati di una sistematica d’indole giusnaturalistica fino alla codificazione e al trionfo del normativismo, si aggrava via via, fino a cristallizzarsi nel logicismo e nelle logomachie concettualistiche¹⁷. Il punto estremo di questo processo mi è sempre apparso nell’idea che il giurista sia soggetto, per la natura stessa del proprio abito scientifico, ad una «coazione a definire»¹⁸. Il fenomeno è forse più grave nel dominio del diritto pubblico che nell’ambito del diritto privato, poiché il diritto pubblico, nella sua dimensione moderna, nascente dal moto otto-novecentesco di “giuridizzazione della politica”, cioè dalla pretesa di porsi come «sfera scientifica rigorosamente determinata», in quanto «studio del *Diritto che compete allo Stato*, o, più brevemente, del *Diritto dello Stato*»¹⁹, ha risentito di un più debole rapporto con la storia della tradizione giuridica occidentale²⁰.

¹⁷ L’espressione si trova in S. ROMANO, *Giurisprudenza scolastica*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953 (rist. inalt.), 111-112: 112.

¹⁸ Ne ho discusso nel mio libretto *La sovranità*, Roma-Bari, 2004, 3.

¹⁹ V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, V ed. riveduta ed ampliata dall’Autore, Firenze, 1917, 38 e 45. Cfr. D. QUAGLIONI, *Ordine giuridico e ordine politico in Vittorio Emanuele Orlando*, in *Le Carte e la Storia*, 13, 2007, 17-26.

²⁰ Mi permetto di rinviare alla vasta ricerca, diretta da Gerhard Dilcher e da chi scrive, e sfociata nei tre volumi sugli *Inizi del diritto pubblico: Gli inizi del diritto pubblico. L’età di Federico Barbarossa: legislazione e scienza del diritto – Die Anfänge des öffentlichen Rechts. Gesetzgebung im Zeitalter Friedrich Barbarossas und das gelehrte Recht; Gli inizi del diritto pubblico, 2. Da Federico I a Federico II – Die Anfänge des öffentlichen Rechts, 2. Von Friedrich Barbarossa zu Friedrich II.; Gli inizi*

Si ponga mente, a questo proposito, al problema della sovranità, della relazione tra soggettività e norma, tra ordine politico e ordine giuridico, che costituisce il problema teorico fondamentale di tutto il diritto pubblico. Ho osservato altrove che la riflessione sul problema della sovranità sembra avere assunto al nostro tempo un prevalente carattere astratto, dominato da preoccupazioni di natura definitoria, quando non, appunto, da una coazione a definire. E ho altresì notato che il pericolo della riduzione dell'esperienza della sovranità a postulato metastorico impone di tornare a scrutare il momento teorico in cui viene a formarsi il dogma della sovranità, non come occupazione di archeologia storico-giuridica o storico-politologica, ma come ricerca del filo dottrinale che si svolge nella lunga esperienza del diritto comune pubblico.

Appare infatti logora «l'idea della sovranità come un concetto vivente di vita propria nella sfera della categorizzazione politica, come elemento di un sistema coerente di rappresentazioni mentali dalla pretesa scientificità, in una dimensione del diritto e della politica depurati da ogni riferimento alla fattualità e all'esperienza storica»²¹. È perciò che ogni riflessione sui concetti fondamentali del diritto, non può dunque prescindere dalla loro dimensione propriamente storica, di cui è appunto “pericoloso” ricercare una definizione statica, giacché essa sarebbe presto destinata a *perdere officium suum*, come la *regula vitata* della massima del giurista Paolo.

del diritto pubblico, 3. *Verso la costruzione del diritto pubblico tra medioevo e modernità – Die Anfänge des öffentlichen Rechts*, 3. *Auf dem Wege zur Etablierung des öffentlichen Rechts zwischen Mittelalter und Moderne*; G. DILCHER, G. QUAGLIONI (a cura di/hrsrg.), Bologna-Berlin, 2007, 2008, 2011 («Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento – Jahrbuch des italienisch-deutschen historischen Instituts in Trient, Contributi/Beiträge», 19, 20, 25).

²¹ D. QUAGLIONI, *op. cit.*, 14.

SEZIONE II

TEMPO E DEFINIZIONI

«IUS EST REALIS ET PERSONALIS HOMINIS AD HOMINEM PROPORATIO»

DANTE E LA DEFINIZIONE DI DIRITTO IN *MONARCHIA* II, V, 1.

Giovanni Zaniol

*«La prima volontà, ch'è da sé buona,
da sé, ch'è sommo ben, mai non si mosse.
Cotanto è giusto quanto a lei consuona:
nullo creato bene a sé la tira,
ma essa, radiando, lui cagiona»*

Pd XIX, 86-90

SOMMARIO: 1. *Introduzione. Dante e la cultura giuridica tra XIII e XIV secolo.* 2. *La definizione del diritto nel II Libro della Monarchia.* 3. *Il dibattito sulla definizione del diritto dai giuristi preaccursiani ai Commentatori.* 4. *Conclusione.*

1. Introduzione. Dante e la cultura giuridica tra XIII e XIV secolo

Con la stesura del trattato intitolato *Monarchia*, Dante Alighieri, riunendo, esaminando (non poche volte in chiave critica) e rielaborando un ampio patrimonio di fonti scritturali, dottrinali e giuridiche, si fa partecipe del dibattito giuspubblicistico del suo tempo relativo al potere dell'Impero ed alla legittimazione di questo, alla forma più consona per permettere al genere umano di raggiungere i propri fini su questa terra ed ai rapporti tra il potere temporale e l'autorità spirituale.

Il trattato dantesco (pubblicato per la prima volta soltanto nel 1559 per i tipi dell'Oporinus, a Basilea) fu presto recepito dalla civilistica del primo Trecento (valga per tutti l'esempio del grande Bartolo da Sassoferrato, che lo cita espressamente in uno dei suoi *Commentari*) e per molto tempo circolò a stretto contatto con testi di dottrina squisitamente

giuridica. Anche i rapporti del poeta e uomo politico fiorentino con il mondo dei giuristi dovettero essere molto stretti: stando ai più accurati studi biografici su Dante¹, egli soggiornò per motivi di studio a Bologna in compagnia di amici che, oltre che uomini di lettere ed autori di componimenti poetici a tutti ben noti, furono anche giuristi. Dante studiò, infatti, con Guido Cavalcanti, Lapo Gianni e soprattutto con una personalità di primissimo piano nella scienza giuridica di quel tempo come Cino da Pistoia, capostipite di una gloriosa tradizione di scienza giuridica ed iniziatore della Scuola del Commento². Probabilmente il fiorentino compì nello specifico studi notarili (e dunque assai affini a quelli giuridici); se, quindi, “giurista” vero e proprio Dante non fu, nondimeno egli fu un profondo e fine conoscitore del diritto³. L’elemento giuridico e dottrinale (*in primis* la tradizione romanistica) fece sicuramente parte della sua formazione ed ebbe un posto di primaria importanza in tutta la sua produzione accanto ovviamente ai precetti della Sacra Scrittura e ad una moltitudine di *auctoritates* quali Aristotele, Boezio, Seneca, Tommaso d’Aquino e Cicerone.

La *Monarchia* fu composta, secondo i più recenti e puntuali studi ora confluiti in una nuova edizione dell’opera⁴ (che ha finalmente valo-

¹ Cfr. l’eccezionalmente documentato ed appassionante racconto della vita del fiorentino: M. SANTAGATA, *Dante. Il romanzo della sua vita*, Milano, 2012.

² Si tengano presenti, tuttavia, le osservazioni sviluppate nella più recente scheda biografica dedicata al giurista e poeta pistoiese: P. MAFFEI, *Cino Sinibuldi da Pistoia*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, diretto da I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, N. MILETTI, I, Bologna, 2013, 543-546.

³ Gli interrogativi a proposito di Dante e della possibilità di attribuirgli la qualifica di “giurista” furono assai vivi soprattutto tra la fine del XIX secolo ed i primi decenni del XX (cfr. F. CANCELLI, *Diritto romano in Dante*, in *Enciclopedia Dantesca*, II, Roma, 1970, 472-479, in particolare le indicazioni bibliografiche). Oggi pare più opportuno approfondire, in senso più generale, la cultura giuridica del fiorentino attraverso un più attento esame delle fonti cui egli può aver fatto riferimento ed una maggiore attenzione ai legami con la *scientia iuris* del suo tempo: in questa direzione muove, ad esempio, il contributo di C. DI FONZO, *Dante e la tradizione giuridica*, Roma, 2016. La vecchia questione del “Dante giurista”, tuttavia, è stata riproposta anche in tempi recenti: cfr. D. BIANCHINI JESURUM, *Dante giurista? Sondaggi nella Divina Commedia*, Torino, 2014, sorprendentemente incline a prestare fede a contributi datati ed infidi.

⁴ DANTE ALIGHIERI, *Monarchia*. Edizione commentata a cura di D. QUAGLIONI, Milano, 2015. L’edizione è stata pubblicata anche in DANTE ALIGHIERI, *Opere*, edizione

rizzato il vasto patrimonio di fonti dottrinali e – soprattutto – giuridiche cui il fiorentino poté attingere), nel 1313, in un momento di fortissima tensione nelle relazioni tra il potere secolare e la più alta autorità spirituale. Nata al di fuori degli ambienti delle *universitates*, la *Monarchia* dantesca partecipa, comunque sia, dei caratteri propri delle opere che vedevano la luce all'interno di questi ambienti: le stesse tre questioni affrontate in ciascuno dei libri del trattato, del resto, non sono completamente originali, ma erano state già formulate dalla pubblicistica del secolo XIII e dei primi anni del XIV⁵. Dante, quindi, era pienamente coinvolto nel dibattito della cultura del suo tempo, era in un certo senso immerso nella cultura giuridica della prima metà del XIV secolo.

Gli anni cruciali in cui Dante medita e stende il suo trattato di dottrina sono appunto quelli della discesa in Italia di Arrigo VII (che, benché mai espressamente nominata, è il “momento spirituale”⁶, in cui il trattato trova la sua origine), al cui programma politico di restaurazione del potere imperiale e del suo prestigio la *Monarchia* sembra fare implicito richiamo. Ne è prova, ad esempio, la reiterata evocazione della pace che percorre tutto il trattato dantesco ed in particolare il Libro I, in cui Dante intende dimostrare la necessità dell'Impero e di un monarca a tutela del buon ordine del mondo⁷. Anche l'Enciclica emanata in occasione dell'incoronazione di Arrigo VII fa chiaro riferimento all'unità nella pace, che si concreta nella soggezione di tutti gli uomini ad un solo monarca. Il medesimo documento evoca pure le vicende di conquista del popolo romano e ricorda come, ad esso, fu per volontà divina attribuito l'Impero su tutti i regni e tutte le nazioni:

Et quamvis huiusmodi principatus prioribus seculis in diversis fuerit nationibus quasi com gentibus a suo factore oberrantibus errans, novissime tamen appropinquante plenitudine temporis, quando idem

diretta da M. SANTAGATA, vol. II (*Convivio, Monarchia, Epistole, Egloghe*) a cura di G. FIORAVANTI, C. GIUNTA, D. QUAGLIONI, C. VILLA, G. ALBANESE, Milano, 2014.

⁵ Cfr. il commento alla *Monarchia* di B. NARDI in DANTE ALIGHIERI, *Opere minori*, Tomo II, a cura di P.V. MENGALDO, B. NARDI, A. FRUGONI, G. BRUGNOLI, E. CECCHINI, F. MAZZONI, Milano-Napoli, 1979, 286-287.

⁶ Cfr. l'introduzione di D. QUAGLIONI a D. ALIGHIERI, *Monarchia*, cit., in particolare alle XXXVI-XXVII.

⁷ *Mn* I, IV, 2.

Deus et dominus noster inenarrabili dignationis sue munificencia homo fieri voluit, ut hominem per culpe lapsus perditum et per obrupta deviaque viciorum labentem ad loca virtutum irrigua et eterne beatitudinis pascua virentia revocaret, dictum imperium transiit ad Romanos provide Dei disponente clemencia, quod illuc preiret imperialis excellencie thronus, ubi futura erat sacerdotalis et apostolica sedes, ac in eodem loco pontificis et imperatoris auctoritas refulgeret illius vicariam representans imaginem, qui pro nobis ex intemerato virginis utero natus sacerdos ipse sacerdocium eternum instituit ac tamquam rex regum et dominus dominorum ad culminis sui fastigium omnia trahens sub sue ditionis imperio universa subgessit⁸.

Molti documenti prodotti dalla cancelleria imperiale in quegli stessi anni, inoltre, somigliano molto al trattato dantesco e portano ad ipotizzare che Dante vi abbia lavorato attivamente, partecipando alla stesura (o quanto meno ispirando la redazione) di tali atti legislativi.

2. La definizione del diritto nel II Libro della Monarchia

Il Libro II del trattato dantesco è dedicato alla giustificazione, su base storica e teologica (così come giuridica, si vorrebbe aggiungere) della prevalenza del popolo romano come potenza pacificatrice ed ordinatrice del mondo intero. Dante intende dimostrare che questo popolo ha rivendicato a sé, a pieno diritto (conformemente, cioè, ad una volontà superiore, e non attraverso la violenza e la prevaricazione), l'Impero su tutti gli altri regni, prevalendo per giudizio divino sui popoli che gareggiavano per il dominio del mondo.

Il popolo romano, quindi, era stato ritenuto da Dio stesso il più degno di sperimentare concretamente nella storia quell'unità di comando descritta da Dante nel Libro I facendo ricorso ad argomentazioni filosofiche e logico-formali e già precedentemente tratteggiata nel *Convivio*⁹

⁸ *Litterae encyclicae Imperatoris* (29 giugno 1312), in *MGH, Legum Sectio IV, Constitutiones et acta publica imperatorum et regum*, n. 801, 801-804; si veda anche l'introduzione di D. QUAGLIONI a DANTE ALIGHIERI, *Monarchia*, cit., XLII-XLIV.

⁹ *Cv* IV, IV, 7: «E questo officio per eccellenza imperio è chiamato, senza nulla adizione, però che esso è di tutti li altri comandamenti comandamento. E così chi a questo officio è posto è chiamato Imperadore, però che di tutti li comandatori elli è coman-

come unica forma che permette al genere umano di perseguire il fine che gli è proprio¹⁰.

Accingendosi a trattare di questa memorabile esperienza fattasi verace testimonianza, Dante afferma di essersi inizialmente meravigliato della prevalenza dei Romani, ma di avere in seguito ben compreso da segni efficacissimi che ciò si inscriveva in un disegno provvidenziale e che la sovranità universale del popolo romano era stata l'unica ad essersi formata a pieno diritto (*Mn* II, I, 2-3)¹¹, realizzando in concreto «quod Deus in hominum societate vult»¹².

datore, e quello che egli dice a tutti è legge, e per tutti dee essere obedito, e ogni altro comandamento da quello di costui prende vigore e autoritate. E così si manifesta la imperiale maestade e autoritate essere altissima nell'umana compagnia».

¹⁰ *Mn* I, III, 6-8 e I, IV, 1-2. Il monarca, disfrancato dalla cupidigia (cfr. *Cv* IV, IV, 4: «Uno solo principato, e uno principe avere; lo quale, tutto possedendo e più desiderare non possendo, li regi tegna contenti nelli termini delli regni, sì che la pace intra loro sia, nella quale si posino le cittadi, e in questa posa le vicinanze s'amino, [e] in questo amore le case prendano ogni loro bisogno, lo qual preso, l'uomo viva felicemente: che è quello per che esso è nato»), in qualità di *curator orbis* (*Mn* III, XVI, 11) è l'unico a garantire la *tranquillitas pacis* che è la migliore condizione in cui l'uomo può attuare la contemplazione da cui dipende il retto agire. Nel monarca, la giustizia (tanto come disposizione, quanto nel suo esercizio) è al più alto grado in tutta la sua portata di virtù suprema e totale (la più umana delle virtù proprio in quanto *virtus ad alterum*, come Dante stesso scrive in *Mn* I, XI, 7); in questo principio d'ordine universale per il governo delle cose temporali, alla liberazione dai vincoli della cupidigia si unisce quella *recta dilectio* che *iustitiam acuit atque dilucidat* (*Mn* I, XI, 13): sotto di lui la libertà dell'arbitrio si esprime in modo perfetto e tale da consentire all'uomo di compiere quell'attività che lo rende di poco inferiore agli angeli.

¹¹ Cfr. anche *Cv* IV, IV, 8-9 e 11-12: «Però che la romana potenza non per ragione né per decreto di convento universale fu acquistata, ma per forza, che alla ragione pare essere contraria. A ciò si può lievemente rispondere che la elezione di questo sommo ufficiale convenia primieramente procedere da quello consiglio che per tutto provvede, cioè Dio [...] Onde non da forza fu principalmente preso per la romana gente, ma da divina provvidenza, che è sopra ogni ragione [...] La forza dunque non fu cagione movente, ma fu cagione instrumentale, sì come sono li colpi del martello cagione instrumentale del coltello, e l'anima del fabbro è cagione efficiente e movente; e così non forza, ma ragione, ragione ancora divina, conviene essere stata principio del romano imperio».

¹² *Mn* II, II, 6.

Per dimostrare la fondatezza del primato del popolo romano (che, attraverso la *Lex regia*¹³ aveva trasmesso all'imperatore la suprema autorità ricevuta da Dio), Dante prende inizialmente in considerazione tre aspetti controversi: la nobiltà, come modo di acquisto dell'*Imperium*; il verificarsi di eventi miracolosi come interventi di una volontà superiore che si invera nella storia del mondo e conferisce a questa virtù carattere divino; il duello, cui si può giungere soltanto dopo aver praticato tutte le vie di un possibile compromesso e quando non è possibile adire un giudice, ed attraverso il cui esito Dio stesso assegna il premio al vincitore destinato al governo del mondo.

I Romani, dunque, acquisirono «de iure, non usurpando, Monarchie offitium»¹⁴ e Dante ne dà prova attraverso una serie di argomentazioni fondate su principi razionali e su altri principi relativi alla fede cristiana. Quello romano, innanzitutto, fu il popolo maggiormente nobile e per questo motivo ad esso spettava di essere preposto a tutti gli altri popoli. Il popolo romano si era reso nobile per merito della virtù, propria e dei suoi antenati (e, nel caso di Enea, anche attraverso il *coniugium*), e per averne testimonianza fededegna Dante ricorre, citandoli, a Livio, Lucano e Virgilio¹⁵.

Il volere divino si manifestò in terra anche per mezzo di miracoli, di cui l'Impero romano poté beneficiare per affermare la propria supremazia. Quanto avviene per volere divino (in questo caso, il miracolo: ciò che, fuori dall'ordine delle cose comunemente costituito, accade per intervento di Dio)¹⁶ avviene di diritto, giacché quanto si compie per volontà divina non può essere *contra ius*. Il fiorentino porta poi a sostegno della sua affermazione una lunga serie di illustri ed autorevoli te-

¹³ *Inst.* 1, 2, 6 e *D.* 1, 4, 1. Cfr. C. DI FONZO, *Dante tra diritto, letteratura e politica*, in *Forum Italicum*, 41/1 (2007), 5-22, in particolare 3-6; cfr. anche *Ordinamento cosmologico e ordinamento giuridico: una specularità ordinata*, in EAD., *Dante tra diritto, teologia ed esegesi antica*, Napoli, 2012, 13-36.

¹⁴ *Mn* II, III, 1.

¹⁵ Cfr. il commento di D. QUAGLIONI a *Mn* II, III, 6 in DANTE ALIGHIERI, *Monarchia*, cit., 179: «Qui, come nel *Convivio* e nella *Commedia* Virgilio, insieme con Livio, non solo “garantisce la verità storica” (Vinay), ma offre il superiore insegnamento morale per il quale gli stessi giuristi contemporanei di Dante ammettevano che nel difetto o nel silenzio delle norme giuridiche fosse lecito allegare i poeti».

¹⁶ *Mn* II, IV, 1.

stimonianze (tanto più necessarie quanto più difficile è la prova di un miracolo) dei segni visibili ed inconfondibili dell'intervento di Dio nella storia del popolo romano e di quell'Impero da Lui stesso voluto e destinato a conseguire *de iure* la supremazia su tutti gli altri popoli della terra¹⁷.

L'assetto argomentativo concepito ed illustrato da Dante nel Libro II della *Monarchia* si amplia ulteriormente nel capitolo V. Chi persegue il bene della cosa pubblica, spiega il fiorentino, persegue il fine stesso del diritto. Per cogliere completamente quale sia il fine del diritto, tuttavia, è necessario che del diritto stesso venga data una definizione. Così si esprime Dante nel capitolo centrale dell'intero trattato:

Quicumque preterea bonum rei publice intendit, finem iuris intendit. Quodque ita sequatur sic ostenditur: ius est realis et personalis hominis ad hominem proportio, que servata hominum servat sotietatem, et corrupta corrumpit – nam illa *Digestorum* descriptio non dicit quod quid est iuris, sed describit illud per notizia utendi illo –; si ergo definitio ista bene “quid est” et “quare” comprehendit, et cuiuslibet sotietatis finis est comune sotiorum bonum, necesse est finem cuiusque iuris bonum comune esse; et impossibile est ius esse, bonum comune non intendens. Propter quod bene Tullius in *Prima rethorica*: semper – inquit – ad utilitatem rei publice leges interpretande sunt. Quod si ad utilitatem eorum qui sunt sub lege leges directe non sunt, leges nomine solo sunt, re autem leges esse non possunt: leges enim oportet homines devincire ad invicem propter comunem utilitatem. Propter quod bene Seneca de lege, cum in libro *De quatuor virtutibus*, legem “vinculum” dicit “humane sotietatis”¹⁸.

La definizione dantesca, divenuta celebre e citata più volte come uno dei più felici esempi di operazione definitoria del diritto¹⁹, mira ad

¹⁷ *Mn* II, IV, 2-11, a ripresa di un discorso già formulato in *Cv* IV, V, 12-20. Cfr. il commento di D. QUAGLIONI in DANTE ALIGHIERI, *Monarchia*, cit., 193-194, a proposito della problematica distinzione tra *miraculum* e *mirum* (vale a dire tra eventi preternaturali avvenuti per volontà di Dio ed operazioni prodigiose, ma non qualificabili come veri e propri miracoli) che Dante può aver ritrovato nel *Decretum*.

¹⁸ *Mn* II, V, 1-3.

¹⁹ Cfr. il brillante saggio di P. FIORELLI, *Sul senso del diritto nella «Monarchia»*, in *Lecture Classensi*, vol. XVI (1987) a cura di A. VALLONE, 79-97, in particolare 80-81.

“integrare” il passo del *Digesto* in cui, a parere di Dante, una definizione vera e propria non è dato trovare:

Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi. Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitia profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes²⁰.

Dante si propone di cogliere la vera essenza del diritto, di quel diritto che è *ratio scripta*, inscindibilmente legato alla giustizia anche nel concreto svolgersi di ogni azione umana. L’obiettivo non è soltanto quello di descrivere le finalità e gli usi del diritto (come invece si era limitato a fare Celso nel passo collocato in apertura del *Digesto* e volgarizzato da Dante stesso nel *Convivio*)²¹, ma di colmare la lacuna definendo la vera sostanza di quel diritto che può continuamente trasformarsi e modificarsi proprio in quanto è proporzione tra un uomo ed un altro uomo, è un vincolo tra relazioni umane che da questo (e grazie o a causa di questo) si conservano o si corrompono.

Celso, a parere di Dante, aveva elegantemente *descritto* il diritto soltanto nella sua dimensione empirica, ma non era stato in grado di coglierne il carattere essenziale, quella sostanza che fa essere una cosa ciò che è, quel che non viene modificato dai dati mutevoli dall’esperienza.

Il diritto, inteso come rapporto proporzionale, prende vita tanto nell’ambito dei rapporti personali quanto in quello dei rapporti reali; è una “proporzione nella relazione”²², chiaramente legata a quella giustizia

²⁰ *D.* 1, 1, 1 e *D.* 1, 1, 2.

²¹ Cfr. *Cv* IV, IX, 8: «E con ciò sia cosa che in tutte queste volontarie operazioni sia equitate alcuna da conservare e iniquitate da fuggire (la quale equitate per due cagioni si può perdere, o per non sapere quale essa si sia o per non volere quella seguitare), trovata fu la ragione scritta e per mostrarla e per comandarla. Onde Augustino: Se questa – cioè equitate – li uomini la conoscessero, e conosciuta servassero, la ragione scritta non sarebbe mestiere; e però è scritto nel principio del Vecchio Digesto: “La ragione scritta è arte di bene e d’equitate”».

²² «*Proportio* è termine che può voler dire tanto analogia di trattamento dei soggetti quanto armonica ripartizione di posizioni delle persone e delle cose; e questa ripartizio-

«la quale ordina noi ad amare e operare dirittura in tutte cose»²³, caratterizzata dal principio di relazione la cui custodia permette all'uomo di restare *zoon politikòn*. Nel trattato dantesco, dunque, il diritto si fa misura proporzionale delle relazioni umane contraddistinta da una necessaria intersoggettività. Tale misura, se conservata, ha la forza di conservare le relazioni umane; se corrotta, al contrario, rompe il vincolo sociale non ponendo freno alcuno alla cupidigia degli uomini.

La definizione dantesca mira a cogliere la sostanza e gli effetti di un vincolo sociale che deve tenere insieme un'intera società²⁴ garantendo in essa la pace. Anche nella *Monarchia*, perciò, il diritto è non soltanto "ragione", bensì *ratio scripta*²⁵. Il ragionamento intorno alle prime (e fondamentali) righe del Digesto, non privo di una nota critica, è dettato dal proposito di non limitarsi a cogliere gli usi del diritto, bensì la sua *quidditas*, la sua essenza. Il fiorentino si mostra assai ferrato nella conoscenza del *Decretum*, della più qualificata ed autorevole canonistica e delle Decretali, della Glossa accursiana e del pensiero dei giuristi preaccursiani, cui la sua riflessione intende idealmente riallacciarsi.

La definizione del diritto contenuta in *Mn II, V, 1* si inserisce in un fitto intreccio dimostrativo alla cui base troviamo fonti scritturali, opere

ne armonica di posizioni delle persone e delle cose lega e pone in rapporto l'uno all'altro uomo». Così F. CANCELLI, *La legge in Dante*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XLVIII (1971), 432-470: 460.

²³ Cv IV, XVII, 6.

²⁴ Si è osservato che «se le parole della *Monarchia* esprimono [...] una riflessione personale, questo non toglie che a fonti antiche e medievali, giuridiche e filosofiche, possa se non altro essere stato attinto un suggerimento» (P. FIORELLI, *Sul senso del diritto nella «Monarchia»*, cit., 84). A tal riguardo si fa solitamente menzione delle *Quaestiones de iuris subtilitatibus* (cfr., oltre al saggio appena citato, anche il più risalente L. CHIAPPELLI, *Dante in rapporto alle fonti del diritto ed alla letteratura giuridica del suo tempo*, in *Archivio storico italiano*, serie V, n. 41 (1908), 3-44, in particolare alle pagine 25-27), per lungo tempo attribuite ad Irnerio. Si vedano *Quaestiones de iuris subtilitatibus*. Testo, introduzione ed apparato critico a cura di G. ZANETTI, Firenze, 1958; della curatrice cfr. poi il saggio *Echi delle Quaestiones de iuris subtilitatibus nella Monarchia di Dante e nella Divina Commedia*, in *Rendiconti dell'Istituto lombardo di scienze e lettere*, LXXXIII (1950), 452-467. Ulteriori, importanti precisazioni nel commento di D. QUAGLIONI in D. ALIGHIERI, *Monarchia*, cit., 204-206.

²⁵ Cfr. D. QUAGLIONI, "Arte di bene e d'equitate". Ancora sul senso del diritto in Dante («Monarchia», II V 1), in *Studi danteschi*, LXXVI (2011), 27-46.

filosofiche e giuridiche. Il fiorentino intende dimostrare che, nel loro agire, i Romani hanno perseguito il fine del diritto poiché perseguirono il bene della cosa pubblica, bandita ogni cupidigia ed amando la pace universale, avendo come fine la salvezza dell'intero genere umano (*Mn* II, V, 5): l'impero formatosi *de iure*, quindi, fu lo strumento della prosecuzione di un fine che è il fine stesso del diritto.

Dante, in seguito (*Mn* II, VII), ricorda altresì che non sempre il giudizio divino appare con somma evidenza: esso può essere manifesto, per ragione o per fede (ad alcuni giudizi di Dio, infatti, la ragione umana può giungere con i mezzi a sua disposizione; altri, invece, possono essere colti con l'aiuto della fede in ciò che è stato rivelato nelle Scritture). Il giudizio divino, tuttavia, può risultare anche occulto, quando ad esso la ragione non possa giungere né attraverso la legge di natura, né attraverso la Pagina Sacra. Vi si può pervenire, comunque sia, attraverso una rivelazione o per mezzo di una prova: in quest'ultimo caso, la rivelazione può avvenire o per sorte oppure per *certamen*²⁶. Se la rivelazione avviene per certame, il giudizio divino si può rivelare agli uomini in due ulteriori modalità: con il duello o tramite una competizione tra quanti cercano di arrivare per primi ad una determinata meta.

I Romani ebbero a prevalere per volontà divina, su tutti gli altri popoli che gareggiavano per arrogarsi l'impero di tutto il mondo (*Mn* II, VIII, 2), e per questo motivo ottennero (primo ed unico popolo cui Dio concesse di conseguire un traguardo tale) di prevalere su di questi conseguendo *de iure* l'Impero.

Si acquisisce di diritto anche ciò che si acquisisce con il duello, di cui Dante fornisce una compiuta e dettagliata trattazione come vera e propria fonte del diritto e «metro di legittimità giuridica e di legittimazione storica»²⁷ avendo con ogni probabilità ben presente la regola che considera legittimo l'acquisto conseguito per diritto di guerra. Allo scontro delle forze è dato ricorrere, affinché la giustizia non venga negata, soltanto ove manchi la possibilità di ricorrere ad un giudice in po-

²⁶ Per la ricostruzione delle fonti alla base della falsa etimologia ricordata da Dante cfr. il commento a *Mn* II, VII, 9 di D. QUAGLIONI in DANTE ALIGHIERI, *Monarchia*, cit., 248-249.

²⁷ U. CARPI, *La nobiltà di Dante*, I, Firenze, 2004, 255. Cfr. pure la voce *Duello* di G. DIURNI in *Enciclopedia Dantesca*, II, cit., 605-607.

sizione di terzietà rispetto alle due parti in causa. Le ragioni formali del duello sono due: il libero consenso dei due sfidanti, che ricorrono allo scontro per il solo amore di giustizia e non a causa di odî o passioni; il preliminare tentativo di addivenire ad una soluzione negoziata della controversia²⁸. L'esito dello scontro tra i duellanti rispetterà di certo la giustizia, giacché costoro si riuniscono, per rispondere ad una domanda di giustizia, nel nome del Signore: sarà Egli a dare ad uno dei due la vittoria. È per questo motivo che ciò che si acquista all'esito del duello si acquisisce *de iure*: la vittoria nello scontro diretto, avvenuto alla presenza di Dio, non può non rispecchiare la giustizia. Il duello è deciso, insomma, non dalla *fortuna*, come Dante leggeva nel testo ciceroniano su cui si basa l'intera riflessione sviluppata nel nono capitolo, bensì dalla Provvidenza divina²⁹. Il popolo romano, in base a testimonianze cui si può prestare fede, acquisì attraverso numerosi duelli l'*Imperium*, e lo acquisì quindi a pieno diritto in tutte le circostanze in cui si fece ricorso allo scontro diretto (*Mn* II, IX, 12-19): tale assunto è giustificato da Dante con il ricorso alla regola che considera legittimo ciò che viene acquisito per diritto di guerra, sulla base dell'autorità di Cicerone e Vegezio. Il *De officiis* ciceroniano, in particolare, è la principale fonte cui Dante attinge per sviluppare la propria riflessione sul duello: il fiorentino vi si riferisce espressamente, dapprima per sostenere che la guerra va sempre evitata e che deve in ogni caso preferirsi una soluzione negoziata (*Mn* II, IX, 3 e *De officiis* I, 34), in seguito per ricordare che le guerre che hanno come posta la corona dell'impero vanno con-

²⁸ Cfr. *Mn* II, IX, 3-4: «Sed semper cavendum est ut, quemadmodum in rebus bellicis prius omnia temptanda sunt per disceptationem quandam et ultimo per prelium dimicandum est [...] et quemadmodum in cura medicinali ante ferrum et ignem omnia experienda sunt et ad hoc ultimo recurrendum; sic, omnibus viis prius investigatis pro iudicio de lite habendo, ad hoc remedium ultimo quadam iustitie necessitate coacti recurramus. Duo igitur formalia duelli apparent: unum hoc quod nunc dictum est; aliud quod superius tangebatur, scilicet ut non odio, non amore, sed solo zelo iustitie de comuni assensu agoniste seu duelliones palestram ingrediantur».

²⁹ *Mn* II, IX, 8. Cfr. C. DI FONZO, «*Aequitas*» e giustizia retributiva nel *Paradiso* di Dante, in *Challenging centralism. Decentramento e autonomie nel pensiero politico europeo*, Firenze, 2011, 43-52: «C'è una *ratio divina* che fa del popolo romano, il popolo per antonomasia, quello che realizza lo *ius* in quanto disegno della Provvidenza di Dio, che i pagani appellano Fortuna» (45).

dotte con minore asprezza (*Mn* II, IX, 4 e *De officiis* I, 38) ed infine per affermare che deve preservarsi la giustizia anche nei confronti dei vinti (*Mn* II, IX, 8 e *De officiis* I, 38)³⁰.

La lunga trattazione sul duello si conclude con un violento anatema indirizzato ai giuristi *presumptuosi* (*Mn* II, IX, 20): un monito che, ben lungi dal costituire il segno della presunta avversione del fiorentino nei confronti dell'intero ceto dei giuristi³¹, sembra rivolgersi all'atteggiamento di quei giuristi che non arrivano a cogliere la giustizia e la Verità insite nella divina Provvidenza e perciò restano ancorati ai più ristretti confini della *interpretatio legis* e della pratica consulente, sfruttando le loro competenze al solo fine di conseguire «subiti guadagni»³². La chiosa polemica di Dante potrebbe riferirsi, nello specifico, ancora alla Glossa accursiana alla *Digna vox*, dove il glossatore così si esprime: «Cum Imperium sit de fortuna, unde dicitur: Si fortuna volet, fies de rhetore consul. Si volet hec eadem, fies de consule rhetor»³³.

Chiarito che il popolo romano acquisì per mezzo del duello, e dunque a pieno diritto, l'Impero, Dante dedica un'ulteriore sezione del proprio argomentare alla dimostrazione della causa provvidenziale della prevalenza del popolo romano alla luce dei principi della fede cristiana. Il fiorentino constata che sono ancora molti i quali meditano vani disegni contro il principato romano (soprattutto tra coloro che si qualificano

³⁰ L'influenza ciceroniana sulle concezioni filosofiche e politiche di Dante è ben messa in luce dall'ampio saggio di C. DI FONZO, *Dal 'Convivio' alla 'Monarchia' per il tramite del 'De officiis' di Cicerone: l'imprecindibile paradigma ciceroniano*, in *Tenzone*, n. 14 (2013), 71-122. Della stessa Autrice cfr. anche *Dante et la tradition juridique romaine et médiévale*, in *Chroniques italiennes*, n. 23 (2/2012), Série Web, reperibile sul sito Internet <http://chroniquesitaliennes.univ-paris3.fr/PDF/Web23/Di-Fonzo-Dante.pdf>.

³¹ Così asserisce Gustavo Vinay nel suo commento al trattato dantesco. Cfr. DANTE ALIGHIERI, *Monarchia*. Testo, introduzione, traduzione e commento a cura di G. VINAY, Firenze, 1950, 176.

³² *Inf.* XVI, 73. Cfr. anche *Cv* III, XI, 10: «Né si dee chiamare vero filosofo colui che è amico di sapienza per utilitate, sì come sono li legisti, medici e quasi tutti religiosi, che non per sapere studiano ma per acquistare moneta o dignitate».

³³ Glo. «principatum», *ad l. Digna vox, C. de legibus et constitutionibus principum* (C. 1, 14, 4), in ACCURSII *Glossa in Codicem, Venetiis, MCDLXVIII* (rist. anast. Torino, 1968), "Corpus glossatorum juris civilis", X, f. 24rB.

zelatori della fede cristiana)³⁴, e rifiutano l'esecutore della giustizia mentre simulano la giustizia a danno dei poveri di Cristo, che vengono invece quotidianamente privati dei loro patrimoni (*Mn* II, X, 1-4). Violento è l'anatema scagliato da Dante contro costoro, che arricchiscono le sostanze loro e dei propri congiunti a danno dei poveri.

L'Impero romano, oltretutto, ebbe il più alto riconoscimento della sua legittimità con la nascita (nella fase della *Pax Augustea*) di Cristo. Il Salvatore, infatti, venne al mondo in coincidenza con il censimento promosso da Augusto con un editto, attestando così la giustezza di questo. Un editto, per essere emanato, richiedeva l'esistenza di una giurisdizione che doveva essere legittima (*Mn* II, X, 8, con evidenti richiami a *D.* 2, 1, 2 ed al frammento di Giavoleno: «Cui iurisdictio data est, ea quoque concessa esse videntur, sine quibus iurisdictio explicari non potuit»). Se il popolo romano non avesse di diritto acquisito l'Impero, Cristo con la propria venuta sulla terra avrebbe legittimato una cosa ingiusta. La sua scelta di osservare l'editto, anzi, fu il segno che Egli lo aveva approvato, ed aveva di conseguenza dato il crisma della legittimità all'Impero che il popolo romano si era conquistato.

Roma ed il suo Impero, dunque, costituiscono il contesto necessario per la venuta in terra del Cristo, il solo capace di compiere la perfetta *satisfactio*³⁵ in quanto vero uomo (conformemente alla legge degli uomini) e vero Dio (in accordo con la giustizia divina). La legittimazione dell'Impero è ricompresa nella storia come condizione che ha reso possibile la riparazione della colpa da parte di Cristo, la cui condanna soddisfaceva la giustizia di Dio ma anche il diritto umano cui Egli si sottopose volontariamente.

³⁴ *Mn* II, X, 1. Cfr. l'apparato ed il commento di D. QUAGLIONI in DANTE ALIGHIERI, *Monarchia*, cit., 294-296 a proposito della possibile allusione di Dante all'inesatta (ma assai significativa) etimologia della locuzione *zelatores fidei cristiane*.

³⁵ A proposito della dottrina della *satisfactio* di Anselmo d'Aosta e dell'antropologia cristocentrica di Dante cfr. C. DI FONZO, «*La dolce donna dietro a lor mi pinse / con un sol cenno su per quella scala*» (*Par.* XXII, 100-101), in *Studi danteschi*, LXIII (1991), 141-75. Della stessa Autrice si veda anche *La legittimazione dell'Impero romano presso Dante*, in EAD., *Dante tra diritto, teologia ed esegesi antica*, cit., 37-54. Cfr. inoltre H. J. BERMAN, *Law and revolution. The formation of the western legal tradition*, Cambridge-London, 1983 (trad. it. *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, a cura di E. VIANELLO, Bologna, 1998, 191-209).

Cristo, con la sua venuta in terra ed il suo sacrificio, recupera dunque la possibilità di attuare nella sua pienezza la *humana civilitas*: Egli solo poteva compiere la perfetta redenzione della colpa giacché nessun uomo poteva riparare in modo tanto perfetto un'offesa così grande fatta a Dio, se non Dio stesso fattosi uomo³⁶ (e in tutto uguale agli uomini tranne che nel peccato)³⁷. La pena poteva essere irrogata soltanto da un giudice competente altrimenti si sarebbe perpetrato un atto contrario al diritto ed alla giustizia da cui esso discende³⁸.

Nelle pagine dantesche, dunque, le fonti scritturali, come ben si è detto, «convivono e co-vigono con i *principi* dell'altra scrittura sacra, la *ratio scripta*. Allegato a più riprese, direttamente o indirettamente, il Digesto sta accanto a Livio, a Virgilio, a Ovidio, a Lucano e a Boezio, accanto ad Aristotele e ai suoi interpreti, accanto a Seneca e a Cicerone...»³⁹. Il discorso di Dante è un connubio di logica, filosofia, *animus civilis* e di sapienza giuridica, forse più nascosta ma non meno presente.

3. Il dibattito sulla definizione del diritto dai giuristi preaccursiani ai Commentatori

I prodromi del dibattito cui Dante prende parte si ritrovano in discussioni che avevano visto Accursio (e, all'incirca nei medesimi anni,

³⁶ Cfr. gli splendidi versi di *Pd* VII 97-111: «Non potea l'uomo ne' termini suoi / mai sodisfar, per non potere ir giusto / con umiltate obediendo poi, / quanto disobediendo intese ir suso; / e questa è la cagion per che l'uom fue / da poter sodisfar per sé dischiuso. / Dunque a Dio convenia con le vie sue / riparar l'omo a sua intera vita, / dico con l'una, o ver con amendue. / Ma perché l'ovra tanto è più gradita / da l'operante, quanto più appresenta / de la bontà del core ond'ell'è uscita, / la divina bontà che 'l mondo imprenta, / di proceder per tutte le sue vie, / a rilevarvi suso, fu contenta».

³⁷ Cfr. *Eb.* 4, 15.

³⁸ Cfr. il commento a *Mn* II, XI, 4 di D. QUAGLIONI in DANTE ALIGHIERI, *Monarchia*, cit., 310-311 per i probabili legami della definizione dantesca di *punitio* con il *Tractatus de maleficiis* di Alberto Gandino ed il chiaro riferimento alle fonti giuridiche (*D.* 50, 16, 131 e *D.* 47, 10, 13 § 1).

³⁹ D. QUAGLIONI, *Introduzione*, in DANTE ALIGHIERI, *Monarchia*, cit., LXIV.

Odofredo)⁴⁰ opporsi a quanti, prima di lui, si erano trovati a rilevare come all'inizio del Digesto mancasse una soddisfacente definizione del diritto. Il fiorentino, dunque, si fa a tutti gli effetti partecipe di un moto di cultura giuridica che riteneva che quella offerta dal Digesto fosse una definizione debole, e che riteneva necessario trovare una definizione vera e propria, capace di cogliere la sostanza e l'effetto di ciò che si intendeva definire⁴¹.

Proprio Accursio, glossando il luogo parallelo delle *Institutiones* (*Inst.* 1, 1, § 3), aveva manifestato il disaccordo con Pillio⁴², che lamentava l'assenza di una definizione adeguata, con queste parole: «Et nota quod in hoc reprobo opinionem Pili et aliorum qui dixerunt quod in hoc titulo non diffiniebatur ius; ius autem est ars boni et aequi cuius merito nos sacerdotes appellant»⁴³.

Di notevole interesse appare, sul punto, il pensiero di Cino da Pistoia. Se, da un lato, nella sua *Lectura super Digesto Veteri*⁴⁴, l'amico di Dante si mostra seguace della Glossa accursiana poc' anzi citata, da

⁴⁰ Domini ODOFREDI in iure absolutissimi matura, diligentissimeque repetita *Interpretatio in undecim primos pandectarum libros*, Lugduni, MDL (rist. anast. Bologna 1967), ad v. *Iuri operam daturum* (D. 1, 1, 1), n. 1, f. 5rB: «Secundo dicit unde descendat nomen iuris: et dicit quod descendit a Iustiniano [...] Tertio describit ius: et dicit quod ius est ars boni et aequi etc».

⁴¹ I giuristi dell'antichità ricorsero assai raramente all'uso di procedimenti definitivi, e la stessa giurisprudenza dell'Impero romano rifiuta di formulare definizioni vere e proprie privilegiando un metodo casistico. Le situazioni giuridiche venivano colte nella dinamicità del loro concreto svolgersi nella pratica di ogni giorno e non imprigionate in definizioni statiche e fissate una volta per tutte. I giuristi medievali, al contrario, si mostrarono da subito impegnati nella ricerca di definizioni e nella ricerca della sostanza dei rapporti. Cfr. per tutto questo la magistrale *Introduzione allo studio del diritto romano* di R. ORESTANO, Bologna, 1987, in particolare alle 146-151.

⁴² Sul giurista emiliano cfr. le recenti ed aggiornate schede biografiche di E. CORTESE, *Pillio da Medicina*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, II, cit., 1587-1590, e di E. CONTE in *Dizionario Biografico degli Italiani*, LXXXIII, Roma, 2015, reperibile sul sito Internet [http://www.treccani.it/enciclopedia/pillio-da-medicina_\(Dizionario-Biografico\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/pillio-da-medicina_(Dizionario-Biografico)/)

⁴³ Glo. «ius suum», *Inst.* 1, 1, 3, in ACCURSII *Glossa in Volumen*, Venetiis MCDLXXXIX, ripr. facs. Torino, 1969 (*Corpus glossatorum iuris civilis*, XI), f. 3B.

⁴⁴ A proposito della quale cfr. D. MAFFEI, *La «Lectura super Digesto Veteri» di Cino da Pistoia. Studio sui MSS Savigny 22 e Urb. Lat. 172*, Milano, 1963.

un altro offre anch'egli una propria definizione del diritto che si avvicina non poco al volgarizzamento fatto da Dante nel *Convivio*, ed a tenore della quale il diritto è «*aequitas in praeceptis redacta*»⁴⁵.

Il dibattito relativo alla presenza o all'assenza di una vera e propria definizione del diritto in apertura del Digesto non si esaurì, come è facile immaginare, con Dante ed i giuristi della sua generazione (come, ad esempio, l'amico Cino). Una ulteriore, e per alcuni aspetti assai interessante, testimonianza della persistenza degli interrogativi che il fiorentino si era posto viene offerta dal giurista e *practicus* bergamasco Alberico da Rosciate (c. 1290-1360). Si tratta di una figura piuttosto originale: giurista di fama, commentatore dell'intero *Corpus iuris civilis*, studioso delle fonti statutarie (e compilatore egli stesso di due statuti della sua città), avvocato e diplomatico, Alberico (felicitemente definito «dantista della prima ora» da uno dei più eminenti dantisti del nostro tempo)⁴⁶ mostra in diversi e decisivi punti delle sue opere giuridiche di tenere in massima considerazione il pensiero del fiorentino, servendosene anzi come vera *auctoritas* a sostegno delle proprie posizioni su alcune delle più importanti questioni del dibattito politico e giuridico del Medioevo. Alberico da Rosciate fu anche esegeta dell'opera di Dante: egli, infatti, si cimentò nella stesura di un vero e proprio commento in latino all'intera *Commedia*, ancor oggi quasi completamente inedito. Tale impegnativo lavoro si caratterizza soprattutto per la ricchezza di riferimenti ad opere e fonti giuridiche che Alberico, da colto ed erudito giurista qual era, inserì nelle chiose al testo dell'Alighieri. Da un lato, quindi, quelle che ai giorni nostri si considerano opere letterarie vennero utilizzate da un giurista del Medioevo come importanti appigli autoritativi a testi di dottrina giuridica. Da un altro lato, lo stesso *iurisperitus*, nel commento al più alto esempio di testo letterario di ogni tempo, ricorse

⁴⁵ CYNII PISTORIENSIS Iurisconsulti praestantissimi, in *Codicem, et aliquot titulos primi Pandectarum Tomi, ides Digesti veteris, doctissima Commentaria*, Tomus II, Francofurti ad Moenum, MDLXXVIII (rist. anast. Torino, 1964), in *l. Iuri operam, ff. de iustitia et iure* (D. 1,1,1), n. 4, f. 3rB.

⁴⁶ U. CARPI, *La nobiltà di Dante*, I, cit., 395-396.

all'armamentario specialistico di cui era in possesso per illustrare la lettera celata nella concatenazione delle terzine dantesche⁴⁷.

I grandi *Commentari* al *Corpus iuris civilis* furono stesi da Alberico negli anni della maturità. Si tratta di opere che, per concezioni ed argomento, vengono in qualche modo a distinguersi da quelle dei suoi contemporanei. Esse furono, in primo luogo, composte “a tavolino”, e non trassero la loro origine da una qualche attività di docenza (giacché Alberico, secondo tutti i biografì, non salì mai la cattedra)⁴⁸. Dall'esame di questo grande lavoro di commento, giustamente definito «una delle più complete fonti d'informazione per le opinioni e le teorie sostenute, dalla Glossa accursiana in poi, dai giuristi italiani e [...] da Jacques de Revigny e Pierre de Belleperche»⁴⁹, si ricava l'impressione che Alberico, desideroso di inserirsi a pieno titolo nel *milieu* dei *doctores iuris* italiani, abbia cercato di farsi in qualche modo mediatore tra le idee dei giuristi delle università italiane e le dottrine ed il metodo tomistico-aristotelico adottato dagli esponenti della Scuola di Orléans⁵⁰. Se, dunque, come si è autorevolmente sostenuto, quel Cino da Pistoia, amico di Dante, fu la “cerniera” tra Orléans e l'Italia⁵¹, nondimeno anche Alberico da Rosciate intese conciliare queste scuole ed i loro indirizzi

⁴⁷ Per un approfondimento del legame tra diritto e letteratura nel Medioevo cfr. D. QUAGLIONI, *La Vergine e il diavolo. Letteratura e diritto, letteratura come diritto*, in *Laboratoire italien*, 5 (2004): *Droit et littérature*, sous la direction de M. CAU et G. MARCETTO, 39-55.

⁴⁸ Cfr. C. STORTI, *Alberico da Rosciate*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, I, cit., 20-23.

⁴⁹ L. PROSDOCIMI, *Alberico da Rosate*, in *Dizionario biografico degli Italiani*, I, Roma, 1960, 656-657: 657A.

⁵⁰ Su questa scuola di diritto, frequentata per lo più da chierici (particolarmente ferati nello studio della logica tomistico-aristotelica), cfr. da ultimo M. CARVALE, *Diritto senza legge. Lezioni di diritto comune*, Torino, 2013, 81-84 (con ulteriori indicazioni bibliografiche a 89), oltre ai più risalenti studi di R. FEENSTRA, *L'école de droit d'Orléans au XIIIe siècle: un état de la question*, in *El dret comú i Catalunya*. Actes de Ier Simposi Internacional. Barcelona, 25-26 de maig de 1990, a cura di A. IGLESIA FERREIRÓS, Barcelona. 1991, 285-307 e di B. PARADISI, *La Scuola di Orléans: un'epoca nuova nel pensiero giuridico*, in *Studia et documenta historiae et iuris*, XXVI (1960), 347-362.

⁵¹ Si vedano sul punto le riflessioni formulate da E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, II, Roma, 1995, 411-412.

dottrinali e didattici. Gli echi della discussione sul problema definitorio si colgono, dunque, anche nell'opera di Alberico ed in particolare nella sua *Lectura al Digestum Vetus*:

Et dicit glo. quod hic reprobatur opinio Pla[centini] et sequacium, qui dixerunt, quod in Insti. e[odem] ti[tulo] ubi sunt sta eadem verba non diffiniebatur ius. Sed ista reprobatio non placet Iac[obi] de Ra[vanis] quod per ista verba ius diffiniatur: licet enim quo ad effectum ex eis possit colligi virtus ipsius diffinitionis⁵².

Secondo Alberico da Rosciate, la *reprobatio* della Glossa non era rivolta a Pillio, bensì a Piacentino; il giurista bergamasco, però, fa menzione anche della contestazione mossa dal giurista ultramontano Jacques de Revigny, la cui opera influenzò quella di Cino da Pistoia.

Se dunque, da un lato, anche Alberico sembra unirsi senza troppi scrupoli a quanti si contentavano di considerare quella del Digesto una vera e propria definizione (pur facendo menzione, come si è visto, di quanti non si professavano altrettanto convinti di ciò), da un altro lato un'opera assai peculiare come il suo *Dictionarium iuris* ci riserva qualche piccola sorpresa.

A proposito della assoluta originalità di questo lavoro sono sorti in passato alcuni interrogativi. È indubbio che Alberico da Rosciate abbia scritto un *Dictionarium iuris*; ma fu, la sua, un'opera davvero del tutto nuova? Quello di Alberico, cioè, fu a tutti gli effetti «il primo grande tentativo lessicografico in ambito giuridico»⁵³? Se è vero che «nella letteratura giuridica [...] un'opera che possa essere colta in quella pur relativa immobilità che sembra essere prerogativa dei testi creati dall'invenzione poetica o dalla speculazione teorica appartiene solo al regno dell'utopia»⁵⁴, il caso del *Dictionarium* albericiano e delle sue

⁵² ALBERICI DE ROSATE BERGOMENSIS, *Iurisconsulti clarissimi ac summi practici, in Primam Digesti Veteris Partem Commentarij*, Venetiis, MDLXXXV (rist. anast. Bologna 1974), in *I. iustitia, ff. de iustitia et iure* (D. 1, 1, 10), ad v. *Iuris præcepta*, n. 1, f. 23rA.

⁵³ L. PROSDOCIMI, *Alberico da Rosate*, cit., 657A.

⁵⁴ D. MAFFEI, *Riflessioni su Jacques de Revigny e Pierre de Belleperche lessicografici*, in *Life, Law and Letters: Historical studies in Honour of Antonio García y García*,

successive peripezie editoriali non fa certo eccezione ed appare, anzi, emblematico di quanto si è appena osservato.

Il giurista bergamasco, infatti, ebbe la possibilità di attingere abbondantemente, per la compilazione del suo *Dictionarium*, a numerose opere antiche dello stesso genere, aventi come autori tra gli altri Isidoro da Siviglia (le celebri *Etymologiae*), Papias (*Vocabularium*) ed Ugucione da Pisa (*Liber derivationum*). Particolarmente importante per il giurista bergamasco fu soprattutto l'*Alphabetum de verborum significatione* di Jacques de Revigny. Il giurista ultramontano, prendendo come modello le enciclopedie universali allora circolanti in tutta Europa almeno a partire dall'anno Mille, aveva completato una speciale "enciclopedia del diritto" volta ad illustrare, in ordine alfabetico, il significato dei vari lemmi dello strumentario giuridico.

Un approfondito studio⁵⁵ ha inteso procedere ad un più deciso recupero dell'opera del maestro di Orléans, giungendo ad identificarne il testo in un manoscritto custodito presso la Biblioteca Apostolica Vaticana⁵⁶. Distinguere con precisione l'apporto dato da Alberico al nucleo originario dell'*Alphabetum* di Jacques de Revigny, tuttavia, risulta impresa alquanto ardua se non impossibile: tale estrema difficoltà è dovuta principalmente al fatto che, come è stato esattamente rilevato, si trattava di «opere in movimento costante»⁵⁷, in un ambito, come quello della letteratura giuridica, in cui

le difese consuete della paternità individuale [...] sono sovente travolte da istanze che, muovendo dal collettivo, non danno tregua ai testi partoriti da singoli autori e li trasformano in veri organismi viventi⁵⁸.

ed. by P. LINEHAN with the assistance of A. PEREZ MARTÍN and M. SANZ GONZÁLEZ, Roma, 1998 ("Studia Gratiana", XXIX), 605-612.

⁵⁵ G. D'AMELIO, *Il Dictionarium iuris di Jacques de Revigny*, in *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*, 40, 1972, 43-72.

⁵⁶ Si tratta, nello specifico, del codice vaticano *Ottoboniano latino 1299* (ff. 1-55vb).

⁵⁷ La convincente immagine è coniata da D. MAFFEI, *Riflessioni su Jacques de Revigny e Pierre de Belleperche lessicografi*, cit., 605.

⁵⁸ *Ibidem*, 605.

Il *Dictionarium* di Alberico, una vera e propria “miniera” di definizioni (raramente, in verità, di tipo schiettamente sostanzialista, e molte volte inclini a digressioni storiche o erudite ed al ricordo di situazioni personali), descrizioni, rimandi ed aneddoti, non fu probabilmente concepito come un’opera unitaria. L’autore, anzi il *relator*, avrebbe in origine compilato due distinte serie alfabetiche, che sarebbero poi state fuse (forse per volontà dello stesso giurista bergamasco) in un’unica opera per motivi squisitamente pratici.

Quali, dunque, le peculiarità dell’intervento albericiano? Stando a quanto si è autorevolmente scritto in anni lontani, Alberico si pose l’obiettivo di

dare una spiegazione di tutti i termini ambigui del diritto [...] ma l’abito mentale di consumato uomo di leggi lo dovette distogliere da quella primitiva intenzione: e gli articoli del *Dictionarium* il più delle volte non sono che raccolte di minute regole giuridiche, corredate dalle dove-rose ma spesso eccessive citazioni di autori e di fonti; né mancano qua e là digressioni storiche ed erudite⁵⁹.

Quello di Alberico non fu un semplice strumento di ricostruzione dogmatica (e quindi puramente teorica), ma un lavoro derivante dalla necessità di disporre di strumenti lessicografici per tenere a mente le *allegations* indispensabili alla quotidiana, intensa pratica professionale. E del *Dictionarium*, infatti, il tratto più interessante riguarda la “voce” come tale e la sua formazione alluvionale, non legata ad un programma di scrittura o ad un indice rigoroso e ben definito⁶⁰. Esso è forse il frutto delle molte letture del giurista, che di queste vergava appunti ed *excerpta* come *remedia memoriae* in vista di un successivo utilizzo. Lo stesso Alberico, del resto, nel proprio proemio si definisce con since-

⁵⁹ Così P. FIORELLI, *Vocabolari giuridici fatti e da fare*, estratto da *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, Milano, 1947, 293-327: 298.

⁶⁰ Va tenuto presente che le opere dei *iusperiti* medievali prendevano forma e vita attraverso un lento accumulo di note ed appunti, che magari a distanza di diversi anni dall’originaria stesura trovavano collocazione in una compilazione più organica. Il testo “definitivo”, insomma, era il frutto dell’organizzazione di un apparato di molteplici testi parziali approntati dall’autore in epoche diverse e in differenti occasioni.

rità «magis relator [...] quam inventor»⁶¹, ammettendo di farsi *breviator* di testi non suoi, condensati in voci di più agile e rapida lettura, ordinate alfabeticamente in vista di una consultazione che consentisse di risolvere in breve tempo le più insidiose ambiguità terminologiche.

Si è cercato di rintracciare, in questo ricchissimo lavoro, alcuni possibili echi del dibattito circa la presenza, nel Digesto, di una definizione del diritto ed alcune delle voci in cui Alberico da Rosciate ricorre a Dante come ad una vera e propria *auctoritas*.

Strettamente connessa al problema definitorio è la breve voce *Diffinitio*: «Diffinitio quid sit, vide infra de regu. iur. l. omnis diffinitio. & ponitur pro alienatione, translatione, & diffinitiva sententia»⁶².

Maggiormente degna di attenzione e riflessione è la voce dedicata al duello:

Duellum est singularis pugna pro probatione veritatis, ut qui vicerit, probasse intelligatur, & econtra quasi eorum bellum, in sum. con. eo. titu. de duello q. i. & non est licitum [...] est enim contra praeceptum Dei, non tentabis dominum Deum tuum Deuteron. vij. Mat. iijj contra quod nullatenus est fien. [...] An in duello consuetudo generalis excuset? Dic quod non: quia est corruptela, qua quis non excusatur quantoque tempore: quia diuturnitas non minuit peccatum, sed auget. [...] Graviter enim peccat qui suscipit duellum etiam per quaecumque metum. Attenuatur vero multum peccatum eius propter periculum personae, vel rerum⁶³.

Si può affermare, dunque, che Alberico da Rosciate, a differenza di quanto espresso da Dante nella *Monarchia*, non vede nel duello un ricorso al giudizio divino che mai può errare, ma una pratica della quale è auspicabile la rapida scomparsa⁶⁴.

⁶¹ ALBERICI DE ROSATE BERGOMENSIS Iurisconsulti celeberrimi *Dictionarium Iuris tam Civilis quam Canonici*, Venetiis, MDLXXIII (rist. anast. Torino, 1971), in *Proemio*, f. 6A.

⁶² *Ibidem*, v. *Diffinitio*, f. 183B.

⁶³ *Ibidem*, v. *Duellum*, f. 202A.

⁶⁴ Cfr. le osservazioni di P. FIORELLI, *Sul senso del diritto nella «Monarchia»*, cit., 92-97.

Una piena consonanza con il pensiero di Dante è invece espressa da Alberico alla voce *Monarcha*. Il giurista bergamasco si riferisce alle «pulchra et subtilia in libro Dantis» esprimendosi nei termini seguenti:

Monarcha dicitur unus et singularis princeps [...] et dicitur a *monos*, idest solus vel singularis, et *arcos*, idest princeps. Unde Monarchia dicitur unus singularis principatus: et fuerunt iiij monarchiae, secundum Isido.: prima Syriorum, secunda Medorum et Persarum, tertia Graecorum, quarta Romanorum, et prima et ultima fuerunt aliis fortiores. Et de ista monarchia, vide pulchra et subtilia in libro Dantis de Florentia, quem intitulavit “*Monarchiam*” de quo feci mentionem c. de sum Trin. l. i.⁶⁵.

Anche alla voce *Romani* il bergamasco cita espressamente il trattato dantesco, ed in particolare il Libro II:

Romani virtutibus promeruerunt Imperium secundum Hieronymum xxviiij. q. Et an Imperium Romanum sit iustum, plene dixi C. de sum. Tri. l. j. Et not. plene per Dantem de Florentia in quodam libello quem intitulavit, de monarchia⁶⁶.

Alberico da Rosciate, dunque, mostra di avere una buona conoscenza della *Monarchia* dantesca. È nel Libro II, come si è avuto modo di vedere, che Dante espone la sua definizione di *ius*. Così, invece, si esprime Alberico all’inizio della lunga voce *Ius* del *Dictionarium*: «*Ius est ars boni & aequi. de iusti. & iure l. j.*»⁶⁷.

Nessuna sorpresa, quindi, sembra riservare Alberico in apertura. È ancora con le parole del Digesto contestate da Dante che il giurista bergamasco definisce il diritto. Poco oltre, però, egli stesso riporta alcuni versi attribuiti al grande canonista Giovanni d’Andrea⁶⁸ a proposito del diritto:

⁶⁵ *Ibidem*, v. *Monarcha*, f. 489A.

⁶⁶ *Ibidem*, v. *Romani*, f. 715B.

⁶⁷ *Ibidem*, v. *Ius*, f. 410B.

⁶⁸ Sul celebre giurista bolognese cfr. A. BARTOCCI, *Giovanni d’Andrea*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, I, cit., 1008-1012.

[...] vide etiam Io. An. in novella in proemio tit. de. reg. iur. lib. vj ubi in fin. ponit hos versus:

*Ius aequa, ius rectum, ius dicitur esse potestas.
Ius ars, forma, rigor, vinculum, natura locusque.
Imponens, dominans totum [...]*⁶⁹.

4. Conclusionione

La menzione di un *vinculum* potrebbe idealmente riportarci a Dante, che in *Mn* II, V, 3 parla della legge come vincolo della società ed attribuendo a Seneca una definizione in realtà riconducibile a Salvio Giuliano (citato da Pomponio D. 40, 5, 20).

Non è dato sapere con certezza se Alberico da Rosciate, che mostra in altri punti della sua opera di conoscere il II Libro della *Monarchia*, abbia in qualche modo fatto tesoro della definizione dantesca. Può risultare, però, utile richiamare in conclusione la *diffinitio* del fiorentino, che fece tesoro di un patrimonio di riflessioni che si protraevano da tempo arrivando a coniare quell'espressione che ancora oggi colpisce per sintesi e chiarezza. Una definizione della *ragione scritta* che bene evidenzia come essa sia un vincolo intersoggettivo che, ove conservato, conserva e "salva" le relazioni umane e che invece, se viene a corrompersi, mina alla radice l'ordinato svolgersi della vita della *humana civilitas* scatenando la cupidigia più sfrenata, la brama di possedere e di accrescere quanto già si possiede.

Garantita da un principio d'ordine universale per il retto governo della sfera temporale, la *realis et personalis hominis ad hominem proportio* assicura la pace tra i consociati. Ci si potrebbe, a questo punto, interrogare circa la possibilità e la pensabilità anche ai giorni nostri di un principio d'ordine (in senso magari comparatistico o internazionalistico), a maggior ragione a pochi anni dalla conclusione di un secolo, quale il ventesimo, in cui troppe volte la *proportio* è apparsa (ed è stata) piegata o spezzata, ed il vincolo rotto o annientato da un potere irresistibile. Anche per questo, a proposito di un vincolo che salvaguarda le relazio-

⁶⁹ ALBERICI DE ROSATE BERGOMENSIS Iurisconsulti celeberrimi *Dictionarium Iuris tam Civilis quam Canonici*, cit., v. *Ius naturale*, f. 411A-B.

ni umane, può rivelarsi ancora utile la definizione del diritto coniata da Dante, significativamente posta al centro ed al cuore di un trattato certamente legato al suo tempo, ma capace di parlare anche al nostro.

DEFINIZIONI AUTONOME E INTERPRETAZIONE EVOLUTIVA/EFFETTIVA NEL SISTEMA CEDU

TEMPO E DEFINIZIONI NELLA GIURISPRUDENZA DI STRASBURGO

Daria Sartori

SOMMARIO: *1. Introduzione. 2. I metodi e principi interpretativi utilizzati dalla Corte di Strasburgo. 3. Le nozioni autonome di “diritti di carattere civile” (art. 6 CEDU), “legalità penale” (art. 7 CEDU), “vita privata e familiare” (art. 8 CEDU). 3.1. Segue: Il principio dell’interpretazione autonoma. 3.2. La nozione autonoma di “diritti di carattere civile” (art. 6 CEDU). 3.3. Segue: La nozione autonoma di “legalità penale” (art. 7 CEDU). 3.4. Segue: La nozione autonoma di “vita privata e familiare” (art. 8 CEDU). 4. L’interpretazione evolutiva ed effettiva delle definizioni autonome di “diritti di carattere civile” (art. 6 CEDU), “legalità penale” (art. 7 CEDU), “vita privata e familiare” (art. 8 CEDU). 4.1. Segue: L’interpretazione evolutiva e l’interpretazione effettiva. 4.2. La progressiva estensione della nozione di “diritti e doveri di carattere civile” (art. 6 CEDU) agli interessi della collettività e alle controversie del pubblico impiego. 4.3. Segue: L’inclusione della retroattività della lex mitior nella nozione di “legalità penale” (art. 7 CEDU). 4.4. Segue: L’inclusione dei diritti della transessualità e del diritto all’ambiente nella nozione di “vita privata e familiare” (art. 8 CEDU). 5. Conclusioni. Il fattore tempo nell’interpretazione della Convenzione.*

1. Introduzione

A poco più di sessant’anni dalla sua adozione, la Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo (CEDU) è a buon diritto considerata il più effettivo tra gli strumenti di tutela internazionale dei diritti umani. Le ragioni di una tale effettività risiedono nel meccanismo di *enforcement*, che, come noto, si fonda sul controllo operato dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo (CtEDU) su tutte le questioni concernenti l’interpre-

tazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli, sottoposte alla sua attenzione mediante ricorso individuale o interstatale.

Nel corso degli anni, la Corte ha prodotto un'interessante e vasta giurisprudenza, ispirata da ragioni di effettività di tutela, ed innegabilmente sostenuta da un notevole attivismo giudiziale. In essa hanno trovato affermazione i c.d. "nuovi diritti", non espressamente riconosciuti dal testo della Convenzione.

Questo risultato è stato possibile grazie all'applicazione di peculiari principi interpretativi, che consentono un costante adeguamento della CEDU alla mutevole realtà giuridica e sociale degli Stati Contraenti. Il presente contributo intende analizzare alcuni esempi di adeguamento, al fine di meglio comprendere come il tempo incida sulla definizione dei diritti tutelati dal sistema CEDU.

La prima parte del contributo è dedicata alla metodologia interpretativa utilizzata dalla Corte di Strasburgo, di cui si tracciano le linee generali. La seconda parte si focalizza su specifici principi interpretativi e fornisce una panoramica giurisprudenziale sul loro utilizzo nell'interpretazione di alcune rilevanti disposizioni CEDU: l'articolo 6 comma 1 (equo processo), l'articolo 7 comma 1 (legalità), e l'articolo 8 comma 1 (diritto al rispetto della vita privata e familiare). Queste disposizioni sono state selezionate perché la giurisprudenza ad esse connessa ben esemplifica l'attitudine della Corte nei confronti delle definizioni e del fattore tempo. In chiusura del contributo, saranno elaborate riflessioni circa l'incidenza del fattore tempo sulla definizione dei diritti nel sistema CEDU, toccando altresì il tema del difficile rapporto tra evoluzione della Convenzione e rispetto della sovranità statale.

2. I metodi e principi interpretativi utilizzati dalla Corte di Strasburgo

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha il compito di interpretare le disposizioni contenute nella Convenzione e nei suoi Protocolli¹. Tuttavia, nessuna indicazione è reperibile nella Convenzione circa gli

¹ Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali (CEDU) art. 32. Prima del 1998, lo stesso era previsto dall'articolo 45 CEDU.

strumenti con cui adempiere a tale compito. La loro individuazione, pertanto, è da attribuire all'attività della Corte, che ha prodotto una vasta giurisprudenza sul tema.

Al fine di meglio comprendere gli strumenti interpretativi da quest'ultima elaborati ed utilizzati, appare proficua la posizione dottrinale che distingue tra *principi* e *metodi* interpretativi, riconducendo ai primi le tecniche che fanno uso di argomenti sostanziali per giustificare un certo risultato, ed ai secondi gli obiettivi che indirizzano l'interprete nell'operare una scelta tra i diversi risultati che possono emergere dall'applicazione di un metodo interpretativo².

Sin dalle sue origini, la giurisprudenza di Strasburgo ha affermato, quantomeno formalmente, l'applicabilità alla CEDU dei principi e metodi interpretativi contenuti nella Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati (*Vienna Convention on the Law of Treaties*, o VCLT)³, i quali enuncerebbero “principi generali di diritto internazionale universalmente riconosciuti”⁴. In particolare, troverebbero applicazione gli articoli 31, 32 e 33 della Convenzione di Vienna, che individuano la “regola generale” di interpretazione dei trattati, nonché i “mezzi supplementari” cui l'interprete può ricorrere in caso di dubbio.

L'articolo 31 VCLT stabilisce che «un trattato deve essere interpretato in buona fede ed in conformità con il significato ordinario dei termini nel loro contesto ed alla luce dell'oggetto e scopo del trattato». La disposizione annovera tre metodi interpretativi: l'interpretazione testuale o letterale, fondata sul significato ordinario dei termini, l'interpretazione contestuale o sistematica, fondata sul contesto in cui detti termini sono inseriti, e l'interpretazione finalistica, fondata su oggetto e scopo del trattato.

L'Articolo 32 VCLT individua nella volontà delle parti contraenti un principio interpretativo (c.d. interpretazione storica) in grado di dis-

² H. SENDEN, *Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System. An analysis of the European Court of Human Rights and The Court of Justice of the European Union*, Cambridge, 2011.

³ Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted 23 May 1969, entered into force 27 January 1980) 1155 UNTS 331 (VCLT).

⁴ *Golder v UK* (1975) Series A no 18, para 34.

sipare dubbi circa l'interpretazione condotta sulla base dei metodi interpretativi letterale, contestuale e finalistico.

L'Articolo 33 VCLT fornisce indicazioni circa l'interpretazione da dare ai trattati autenticati in due o più lingue (come la stessa CEDU, autenticata in inglese e francese). La norma stabilisce come regola generale il principio interpretativo della presunzione di pari significato dei termini e, come regola accessoria applicabile in caso di dubbio, il principio di prevalenza dell'interpretazione che, «tenuto conto dell'oggetto e dello scopo del trattato, concili nel migliore dei modi i testi in questione».

Riferimenti, impliciti od espliciti, a queste norme sono presenti con una certa frequenza nelle pronunce di Strasburgo⁵. Tuttavia, è stato correttamente sottolineato che tali riferimenti hanno spesso un valore meramente stilistico, non rappresentando una reale attitudine della Corte a fondare la propria interpretazione della CEDU sulla metodologia tipica dei trattati internazionali⁶.

D'altronde, i metodi e i principi interpretativi recepiti dalla Convenzione di Vienna sono ispirati all'interpretazione dei contratti, e danno primario rilievo al significato oggettivo del testo ed alla volontà storica delle parti contraenti⁷. Tuttavia, il metodo letterale è raramente in grado di dissipare i dubbi interpretativi generati dalla vaghezza delle norme CEDU⁸, potendo anzi condurre a risultati irragionevoli⁹, mentre il principio dell'interpretazione storica ancora la tutela dei diritti umani ad una realtà socio-culturale del tutto diversa da quella contemporanea, così limitando la portata delle disposizioni convenzionali. Inoltre, la

⁵ P. MAHONEY, *The creativity of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Review* 5, 2005, 59. Per esempi di riferimenti espressi, si vedano *leading cases* come: *Golder v UK* (1975) Series A no 18, para 34; *The Sunday Times v UK* (no 1) (1979) Series A no 30; *James and others v UK* (1986) Series A no 98.

⁶ I. SINCLAIR, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester, 1984, 140.

⁷ L.G. LOUCAIDES, *The Rules*, in ID., *The European Convention on Human Rights. Collected essays*, Leiden, 2007, 10.

⁸ Vedi ad esempio i problemi derivanti dalla necessità di dare un significato alla nozione di “tempo ragionevole” in *Wemhoff v Germany* (1968) Series A no 7, o alla nozione di “trattamenti degradanti” in *Tyrrer v UK* (1978) Series A no 26.

⁹ *Wemhoff v Germany* (1968) Series A no 7.

Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo è un trattato *sui generis*, che non crea obbligazioni reciproche tra Stati, ma obbligazioni degli Stati nei confronti degli individui¹⁰. Come affermato nel 1960 dalla Commissione per i Diritti Umani,

L'obiettivo perseguito dalle parti contraenti nell'aderire alla Convenzione non era quello di riconoscere reciproci diritti e doveri nel perseguimento di un interesse nazionale, ma quello di realizzare gli obiettivi e gli ideali del Consiglio d'Europa¹¹.

Per questo motivo, la Convenzione EDU non può (e in un certo senso non deve) essere interpretata con i tradizionali strumenti del diritto internazionale. Ed infatti, la Corte di Strasburgo utilizza la Convenzione di Vienna solo come punto di partenza, sulla cui base ha elaborato una teoria interpretativa autonoma, che pone in secondo piano proprio quei metodi e principi ai quali la Convenzione di Vienna attribuisce maggior rilievo, ovvero il metodo testuale ed il principio dell'interpretazione storica¹².

La Corte EDU, infatti, fa un uso prevalente del metodo finalistico, ritenendo di vitale importanza che l'interpretazione sia condotta avendo riguardo all'oggetto e allo scopo della Convenzione. L'uso di questo metodo è sovente accompagnato da riferimenti alla necessità di interpretare la Convenzione ed i Protocolli in modo unitario (interpretazione sistematica), poiché l'interconnessione tra le disposizioni consente di chiarire oggetto e scopo della CEDU¹³. Infine, poiché per definizione un metodo interpretativo non implica scelte di principio, l'interpretazione finalistica e sistematica della CEDU si accompagna all'applica-

¹⁰ Es.: *Wemhoff v Germany* (1968) Series A no 7.

¹¹ ECommHR, case of *Austria v. Italy*, 4, YB ECHR (1961), 140.

¹² F. OST, *The Original Canons of Interpretation of the European Court of Human Rights*, in M. DELMAS-MARTY (Ed.), *The European Convention For The Protection Of Human Rights: International Protection Versus National Restrictions*, Dordrecht, 1992, 290.

¹³ *Belgian Linguistic*, para 1; *Leander v Sweden* (1987) Series A no 116; *Schalk and Kopf v Austria* App. no 30141/04 (ECtHR, 24 June 2010).

zione di principi che determinano *quale* oggetto e scopo vadano perseguiti¹⁴.

I principi interpretativi elaborati dalla Corte di Strasburgo e maggiormente utilizzati nella sua giurisprudenza sono il principio dell'interpretazione autonoma, il principio dell'interpretazione evolutiva, ed il principio dell'interpretazione effettiva. Essi saranno di seguito analizzati nella loro applicazione giurisprudenziale.

3. Le nozioni autonome di “diritti di carattere civile” (art. 6 CEDU), “legalità penale” (art. 7 CEDU), “vita privata e familiare” (art. 8 CEDU)

3.1. Segue: Il principio dell'interpretazione autonoma

In virtù del principio dell'interpretazione autonoma (o delle nozioni autonome), la Corte assegna ai termini della Convenzione EDU un significato proprio, indipendente da quello invalso nel diritto degli Stati Contraenti¹⁵. L'uso di questo principio interpretativo ha lo scopo di evitare che gli Stati possano, a loro discrezione, determinare l'applicabilità della tutela convenzionale¹⁶. Così, la Corte ha elaborato definizioni (es.: “legalità”, “vita privata e familiare”, “domicilio”, ecc.) che le consentono di stabilire autonomamente i confini di applicabilità delle norme CEDU.

In questa prospettiva, il principio di interpretazione autonoma persegue lo scopo di evitare una “frode della Convenzione”¹⁷. Tuttavia, la creazione di nozioni autonome serve anche ad operare una ridefinizione linguistica, che consenta di rappresentare in maniera uniforme i precetti applicati dalla Corte in 47 distinti ordinamenti, di *civil law*, di *common*

¹⁴ J.G. MERRILLS, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Manchester, 1993, 76-77.

¹⁵ *Marckx v Belgium* (1979) Series A no 31, para 31.

¹⁶ *Engel And Others v The Netherlands* (1976) Series A no 22, para 81. Sul tema delle nozioni autonome, vedi: G. LETSAS, *The Truth in Autonomous Concepts: how to interpret the ECHR*, in *European Journal of International Law*, 15, 2004, 279.

¹⁷ F. OST, *op. cit.*, 306.

law e misti¹⁸. In questa prospettiva, essa ha lo scopo di garantire uniformità di applicazione delle norme convenzionali.

3.2. La nozione autonoma di “diritti di carattere civile” (art. 6 CEDU)

L’articolo 6 CEDU tutela il diritto ad un processo equo, applicandosi sia al processo civile che al processo penale. Il primo comma determina l’ambito di applicazione delle garanzie relative al giusto processo, ovvero le «controversie sui diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale».

Le nozioni di “controversia”, di “diritti e doveri di carattere civile” e di “accusa penale” sono interpretate autonomamente dalla Corte. Per ciò che concerne il versante “civilistico” della disposizione, ciò che interessa in questa sede è la nozione (autonoma) di quel “carattere civile” che deve sussistere in relazione a diritti e doveri oggetto di una controversia, affinché si attivi la tutela di cui all’articolo 6 CEDU.

In applicazione del principio di interpretazione autonoma, la giurisprudenza di Strasburgo è ferma nel ritenere che «il concetto di diritti e doveri di carattere civile non deve essere interpretato con riferimento alla normativa nazionale dello Stato»¹⁹. Al contrario, si prescinderebbe «dallo status delle parti, dalla natura della legislazione applicabile alla controversia e dall’autorità che vi ha giurisdizione»²⁰ per considerare «il contenuto sostanziale e gli effetti del diritto» oggetto di controversia²¹.

Pertanto, la Corte ha ritenuto applicabile l’articolo 6 a procedimenti disciplinari svolti in seno agli ordini professionali di appartenenza, poiché ciò che veniva messo in discussione era il diritto all’esercizio di una professione, strettamente attinente al diritto a svolgere un’attività lavorativa²². Parimenti, sono state considerate come “controversie di

¹⁸ G. UBERTIS, *L’autonomia linguistica della Corte di Strasburgo*, Archivio Penale 2012, 1, 2.

¹⁹ *Georgiadis v Greece* (1997) Reports 1997-III, para 34.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Konig v Germany* (1978) Series A no 27, para 89.

²² *Le Compte, van Leuven and De Meyere v Belgium* (1981) Series A no 43; *Philis v Greece* (no 2) (1997) Reports 1997-IV.

natura civile” quelle riguardanti la concessione di licenze o di permessi da parte della pubblica autorità, le quali (pur se qualificate dalla legislazione domestica come controversie di diritto amministrativo) avevano ricadute sui diritti patrimoniali del ricorrente²³.

È importante sottolineare che la valutazione di conformità ai parametri della nozione autonoma di “diritti e doveri di carattere civile” è operata dalla Corte secondo un approccio casistico: così, ad esempio, la controversia insorta in merito ad una procedura di aggiudicazione di appalto potrà avere “carattere civile”²⁴, o meno²⁵, a seconda che essa comporti (o non comporti) interferenze con diritti di natura “civile”.

È quindi difficile individuare, all’interno della giurisprudenza di Strasburgo, regole precise circa l’applicazione della nozione di cui si afferma l’autonomia. Sicuramente, essa comprende tutte le controversie che si instaurano tra parti private²⁶. Per ciò che concerne, invece, le controversie che riguardando i rapporti tra individui e pubbliche autorità, la Corte tende a considerarle come “di natura civile” ogni qualvolta esse abbiano conseguenze decisive per i diritti o i doveri di natura privata del soggetto²⁷. In aggiunta ai diritti di natura patrimoniale, la Corte riconosce altresì il carattere “civile” delle controversie su diritti di natura strettamente personale, quali il diritto alla reputazione, il diritto di associazione, il diritto all’educazione, il diritto alla libertà individuale²⁸.

3.3. Segue: *La nozione autonoma di “legalità penale” (art. 7 CEDU)*

L’articolo 7 CEDU tutela il principio di legalità penale, espresso nei termini seguenti:

²³ *Ringeisen v Austria* (1971) Series A no 13; *König v Germany* (1978) Series A no 27; *Bentham v Netherlands* (1985) Series A no 97.

²⁴ *Tinnelly v UK* (1998) Reports 1998-IV.

²⁵ *ITC LTD v Malta* (dec) 2007.

²⁶ *König v Germany* (1978) Serie A no 27.

²⁷ Principio affermato nel 1971 con *Ringeisen v Austria* e successivamente confermato: vedasi, inter alia *König v Germany* (1978) Series A no 27; *Bentham v Netherlands* (1985) Series A no 97, *Sporrong and others v Sweden* (1982) Series A no 52.

²⁸ Vedasi, rispettivamente: *Helmets v Sweden* (1991) Serie A n 212-A; *Sakellaropoulos v Greece* (2002) App. no 46806/99, ECHR:2002; *Oršuš And Others v. Croatia* [GC], Reports 2010; *Laidin v. France* (No. 2) App. no 39282/98, ECHR 2003.

Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso.

Da un punto di vista letterale, la disposizione si limita a sancire il principio di irretroattività del precetto e della sanzione penale. Tuttavia, la Corte ha sempre interpretato la disposizione in modo più ampio, ritenendo che:

L'articolo 7 par 1 della Convenzione non si limita a proibire l'applicazione retroattiva del diritto penale *contra reum*. Più ampiamente, essa afferma il principio per cui solo la legge può definire il reato e stabilire una sanzione (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) e il principio per cui la legge penale non può essere interpretata estensivamente a svantaggio dell'accusato, per esempio in via analogica; da ciò deriva che il reato deve essere chiaramente definito dalla legge²⁹.

A prima vista, l'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo sembrerebbe ricondurre al principio di legalità le garanzie che normalmente vi associa la tradizione di *civil law*, ovvero la riserva di legge, il divieto di interpretazione analogica, ed il principio di precisione della norma penale. Tuttavia, la Corte EDU dà alla nozione di "legge penale" un significato autonomo, indipendente dalla tradizione giuridica degli Stati membri, il quale determina in modo del tutto peculiare il significato ed il campo di applicazione delle garanzie di cui all'articolo 7 CEDU.

In primo luogo, è opportuno sottolineare che la nozione autonoma di "legge penale" andrebbe più propriamente tradotta in italiano come "diritto penale", poiché ad essa la Corte EDU riconduce qualunque norma, scritta o non scritta, in vigore in un dato ordinamento, indifferentemente dall'organismo preposto alla sua produzione³⁰. È, pertanto, una nozione sostanziale, non dipendente da criteri formali legati alle origini

²⁹ *Kokkinakis v Grece* (1993) Series A no 260-A, para 52.

³⁰ Ex plurimis, vedasi: *Kafkaris v Cyprus* App. no 21906/04 (ECtHR [GC] 12 February 2008) para 139; *Huvig v France* (1990) Series A no 176-B, para 28.

istituzionali della norma, pensata per applicarsi a tutti gli ordinamenti europei³¹.

In secondo luogo, la nozione autonoma di “diritto penale” dipende dall’applicazione dei c.d. “Engel criteria”, elaborati dalla Corte EDU per determinare la nozione di “accusa penale” di cui all’articolo 6 CEDU³², ed estesi in seguito anche all’articolo 7³³. In virtù di questi criteri, la Corte di Strasburgo ritiene che la qualificazione data dallo Stato ad una certa norma (es.: norma di diritto amministrativo) abbia «un valore meramente formale e relativo», e costituisca «non più di un punto di partenza». Ciò che deve essere preso in considerazione, piuttosto, è “la natura dell’offesa” ed il “grado di severità della pena cui la persona coinvolta rischia di essere assoggettata”. In base a questi criteri, la Corte ha considerato applicabili le garanzie del processo penale anche a procedimenti relativi a sanzioni che nell’ordinamento dello Stato contraente erano considerate come aventi natura disciplinare, amministrativa, civile³⁴.

In virtù della nozione autonoma di diritto penale adottata dalla Corte di Strasburgo, anche la nozione di legalità assume connotati particolari,

³¹ G. LAUTENBACH, *The Rule of Law Concept in the Case Law of the European Court of Human Rights*, Oxford, 2013, 112. *Kafkaris v Cyprus* App. no 21906/04 (ECtHR [GC] 12 February 2008) para 139; *Huvig v France* (1990) Series A no 176-B, para 28.

³² *Engel and Others v the Netherlands* (1976) Series A no 22.

³³ La giurisprudenza sul punto è vasta. Vedasi, tra gli altri: *Welch v UK* (1995) Series A no 307-A; *Sud Fondi Srl et Autres c Italie* Appl no 75909/01 (ECtHR, 20 January 2009); *Jamil v France* (1995) Series A no 317-B; *Van Droogenbroeck v Belgium* (1982) Series A no 50; *M v Germany* App. no 19359/04 (ECtHR, 17 December 2009); *Mautes v Germany* App. no 2008/07 (ECtHR, 13 January 2011); *Kallweit v Germany*, App. no 17792/07 (ECtHR, 13 January 2011); *Schmitz v Germany* App. no 30493/04 (ECtHR, 9 June 2011); *OH v Germany* App. no 464/08 (ECtHR, 24 November 2011); *Maszni v Romania* App. no 59892/00 (ECtHR, 21 September 2006); *Mihai Toma v Romania* App. no 1051/06 (ECtHR, 24 January 2012); *Gurguchiani c Espagne*, Appl no 16012/06 (ECtHR, 15 December 2009).

³⁴ V ad esempio per sanzioni di natura disciplinare: *Engel and Others v the Netherlands* (1976) Series A no 22. Per sanzioni di natura amministrativa, vedi ad esempio: *Lutz v Germany* (1987) Series A no 123; *Schmautzer v Austria* (1995) Series A no 328-A. Per sanzioni di natura civile, vedi ad esempio sanzioni relative al mancato pagamento di dazi doganali: *Salabiaku v France* (1988) Series A 181-A.

rendendo l'articolo 7 una delle disposizioni più discusse dai commentatori³⁵. Infatti, in assenza di qualsivoglia requisito formale circa le fonti di produzione del precetto, i principi di irretroattività e precisione «sfumano» in un requisito di natura qualitativa, che attiene alla prevedibilità della norma: al fine di poter assurgere al rango di diritto penale, essa deve essere «adeguatamente accessibile» e «formulata con precisione sufficiente a consentire al cittadino di regolare la propria condotta»³⁶. Questa condizione è soddisfatta «quando l'individuo può conoscere, sulla base del testo della previsione e, se necessario, con l'assistenza dell'interpretazione che le corti ne danno, quali atti ed omissioni determinano la sua responsabilità penale»³⁷.

3.4. Segue: *La nozione autonoma di “vita privata e familiare” (art. 8 CEDU)*

L'articolo 8 CEDU tutela il «diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza», consentendo ingerenze da parte delle autorità solo nei casi previsti dalla legge, e per il perseguimento di uno degli obiettivi tassativamente individuati dal comma 2 della previsione.

La Corte EDU interpreta autonomamente ciascuna delle quattro sfere dell'autonomia personale cui fa riferimento l'articolo 8: vita privata, vita familiare, domicilio, corrispondenza. Tra di esse, sono le nozioni di “vita privata” e di “vita familiare” che vengono più frequentemente

³⁵ Tra i molti autori che hanno commentato la disposizione, vedasi, ad esempio: A. BERNARDI, *Commento sub Art. 7 CEDU* in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (Eds.), *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001; M. DE SALVIA, *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2001, 190 ss.; V. MANES V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, 27 ss.; A. ESPOSITO, *Il diritto penale ‘flessibile’*, Torino, 2008, 307 ss.; E. NICOSIA, *Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, 56 ss.; C. RUSSO P. QUAINI, *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e la Giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, Milano, 2006, 125; L. PETTOELLO MANTOVANI, *Convenzione Europea e Principio di Legalità*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, I, Milano, 1991.

³⁶ *Sunday Times v UK* (No 1) (1979) Series A no 30.

³⁷ *Kokkinakis v Grece* (1993) Series A no 260-A, para 52.

chiamate in causa (sovente in endiadi)³⁸, poiché esse consentono agevolmente l'affermazione di c.d. nuovi diritti³⁹.

Per ciò che concerne la nozione di “vita privata”, sin dalle prime applicazioni dell'articolo 8 la giurisprudenza affermava:

La Corte [di Strasburgo] non considera possibile o necessario il tentativo di fornire una definizione esaustiva della nozione di vita privata. (...) [S]arebbe troppo restrittivo limitare tale nozione ad una “sfera intima” in cui l'individuo possa condurre la propria vita in accordo con le proprie scelte escludendo interamente il mondo esterno (...). Il rispetto per la vita privata deve altresì ritenersi inclusivo, in una certa misura, del diritto di stabilire e sviluppare relazioni con i propri simili⁴⁰.

Pertanto, la Corte riconduce alla nozione di “vita privata” aspetti dell'identità personale (quali il nome, l'onore, la reputazione, l'immagine)⁴¹ ma anche aspetti dell'identità sociale dell'individuo (quali il diritto alla non interferenza con attività professionali e commerciali, o l'identità sessuale)⁴².

Per quanto concerne la nozione di “vita familiare”, la Corte ha sancito in una delle prime pronunce sul tema che «l'accertamento dell'esistenza di una vita familiare è questione di fatto che dipende dall'esistenza di legami personali stretti»⁴³. Pertanto, può costituire “famiglia” ai sensi dell'articolo 8 CEDU la filiazione naturale, così come quella adottiva, ma anche il rapporto tra fratelli, o tra nonni e nipoti: in breve,

³⁸ F. SUDRE, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Parigi, 2007, 532.

³⁹ Si vedano, ad esempio, le relazioni di fatto tra partner dello stesso sesso, passate dall'essere considerate “vita privata” (*Mata Estevez v Spain* (2001) Reports of Judgments and Decisions 2001-VI) ad essere considerate “vita familiare” (*Shalk and Kopf v Austria* (2010), Reports of Judgments and Decisions 2010).

⁴⁰ *Niemietz v Germany* (1992) Series A no 251-B.

⁴¹ Rispettivamente: *Burghartz v Switzerland* (1994), Serie A n 280-B; *Sanchez Cardenas v Norway*, App. no 12148/03, ECHR 2007; *Pfeiffer v Austria*, App. no 12556/03, ECHR 2007; *Schussel v Austria* (dec), App. no 42409/98, ECHR 2002.

⁴² Rispettivamente: *Niemietz v Germany* (1992) Series A no 251-B; *Dudgeon v UK* (1981) Series A no 45.

⁴³ *Marckx v Belgium* (1979) Series A no 31, para 31.

qualunque rapporto che sia nel caso concreto caratterizzato da una effettività di legami personali stretti⁴⁴.

4. L'interpretazione evolutiva ed effettiva delle definizioni autonome di "diritti di carattere civile" (art. 6 CEDU), "legalità penale" (art. 7 CEDU), "vita privata e familiare" (art. 8 CEDU)

4.1. Segue: L'interpretazione evolutiva e l'interpretazione effettiva

Sin dagli inizi della sua attività, la Corte di Strasburgo ha considerato la CEDU come «uno strumento vivente, che deve essere interpretato alla luce delle condizioni della vita attuale»⁴⁵. Questo principio, definito di interpretazione evolutiva, è essenziale per determinare il significato di nozioni essenzialmente vaghe (es.: «trattamenti degradanti»), che possono essere intese solo nel contesto storico e sociale di riferimento⁴⁶. Tuttavia, la Corte ne fa uso anche per espandere la portata di nozioni autonome: celebre, ad esempio, il caso *Marckx*, in cui l'interpretazione evolutiva ha consentito di allargare la nozione di famiglia sino a ricomprendere la filiazione naturale⁴⁷.

Il principio, infatti, implica che la Corte «non può non tenere in considerazione gli importanti cambiamenti... [che avvengono] nel diritto degli Stati contraenti»⁴⁸. Sul punto, è da rilevare come già nel caso *Marckx* la Corte avesse dimostrato di tenere in maggiore considerazione la mutata sensibilità sociale, rispetto ad una intervenuta evoluzione giuridica, dichiarando l'ingiustizia di una distinzione (quella tra figli legittimi e naturali) che al tempo non era certo del tutto superata negli

⁴⁴ Inter alia: *Pini and others v Romania* (2004) Reports of Judgments and Decisions 2004-V (extracts); *Scozzari and Giunta v Italy* (2000), Reports of Judgments and Decisions 2000-VIII; *Bronda v Italy* (1998) Reports 1998-IV.

⁴⁵ *Tyrer v the UK* (1978) Series A no 26, para 31; *Marckx v Belgium* (1979) Series A no 31, para 41.

⁴⁶ J.G. MERRILLS, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Manchester, 1993, 79 ss.

⁴⁷ *Marckx v Belgium* (1979) Series A no 31, para 41.

⁴⁸ *Dudgeon v the UK* (1981) Series A no 45, para 23.

Stati membri. Anche in casi successivi, la Corte ha dimostrato di prendere le distanze dalla necessità di un pieno “consenso Europeo”, mostrando un interesse primario all’evoluzione verso «la verità morale dei diritti convenzionali», piuttosto che verso standard legali comunemente accettati⁴⁹.

In questo senso, il principio dell’interpretazione evolutiva si ricollega direttamente all’idea che «la Convenzione abbia lo scopo di offrire ai diritti una tutela non teorica ed illusoria, ma pratica ed effettiva», e quindi al principio dell’interpretazione effettiva⁵⁰. In virtù di questo principio, la Corte ricerca «l’interpretazione più appropriata per conseguire gli obiettivi e realizzare l’oggetto del trattato, non quella che restringerebbe maggiormente le obbligazioni assunte dalle Parti»⁵¹. È inevitabile che questo motivi un forte dinamismo interpretativo, e l’affermazione di significati mutevoli, che si evolvono nel corso del tempo: in caso contrario, la Convenzione non sarebbe in grado di offrire la miglior tutela possibile ai diritti umani da essa stessa affermati.

4.2. La progressiva estensione della nozione di “diritti e doveri di carattere civile” (art. 6 CEDU) agli interessi della collettività e alle controversie del pubblico impiego

Come anticipato, la nozione di “diritti e doveri di carattere civile” si ricollega a diritti di natura patrimoniale o strettamente personale. La più risalente giurisprudenza di Strasburgo non vi includeva, pertanto, le controversie aventi ad oggetto interessi della collettività, salvo che essi non venissero in considerazione indirettamente, in relazione ad una minaccia specifica ed immediata ad un diritto patrimoniale o personale del ricorrente⁵². Similmente, non erano ricompresi i diritti fatti valere nelle controversie del pubblico impiego, poiché implicavano valutazioni in cui entrava in gioco l’interesse dello Stato⁵³. Anche in questo caso la

⁴⁹ G. LETSAS, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2007, 79.

⁵⁰ *Airey v Ireland* (1979) series A no 32, para 24.

⁵¹ *Wemhoff v Germany* (1968) Series A no 7, para 8.

⁵² *Taşkin and others v Turkey* (2004), Reports of Judgments and Decisions 2004-X.

⁵³ *Neigel v France* (1997), Reports 1997-II.

Corte riteneva che trovassero applicazione le garanzie di cui all'articolo 6 solo quando fosse in gioco una mera controversia patrimoniale⁵⁴.

Su entrambi i punti, tuttavia, la giurisprudenza ha subito un'evoluzione.

Per quanto riguarda le controversie in materia di pubblico impiego, nel caso *Pellegrin*, la Grande Camera ha riconosciuto come la scelta di escludere tutte le controversie che non avessero una mera dimensione patrimoniale desse luogo ad «un margine di incertezza per gli Stati Contraenti circa lo scopo delle proprie obbligazioni ai sensi dell'articolo 6». In quella occasione, la Corte stabilì che era giunto il momento di adottare un «criterio funzionale fondato sulla natura dei doveri e responsabilità dell'impiegato». In base a questo criterio, andrebbero escluse dallo scopo di tutela dell'articolo 6 comma 1 CEDU le sole controversie aventi ad oggetto rapporti di lavoro in cui si estrinseca l'esercizio di poteri pubblici e la protezione di interessi generali dello Stato o di altre autorità⁵⁵.

Tuttavia, anche questo criterio si è rivelato fonte di incertezza, tanto che nel più recente caso *Eskelinen* la Grande Camera è tornata a pronunciarsi sul tema, affermando:

Anche se è nell'interesse della certezza del diritto, della prevedibilità e dell'eguaglianza di fronte alla legge che la Corte non si discosti senza una valida ragione dai precedenti stabiliti con la propria giurisprudenza, la mancata adozione da parte della Corte di un approccio dinamico ed evolutivo rischia di costituire un impedimento a riforme o miglorie⁵⁶.

Alla luce di queste considerazioni effettivo-evolutive, la Corte ha creato una presunzione (relativa) di applicabilità dell'articolo 6 CEDU alle controversie in materia di pubblico impiego, rovesciando completamente il precedente approccio alla materia.

Per quanto riguarda le controversie aventi ad oggetto interessi della collettività, si registra parimenti una certa (seppur più limitata) evoluzione. Nel caso *Melox*, la Corte è stata adita da un'associazione avente

⁵⁴ *Ibidem*; *Le Calvez v France* (1998), Reports 1998-V.

⁵⁵ *Pellegrin v France* [GC] (1999) Reports of Judgments and Decisions 1999-VIII.

⁵⁶ *Vilho Eskelinen and others v. Finland* [GC] (2007) Reports of Judgments and Decisions 2007-II.

come scopo istituzionale il contrasto alla fabbricazione e impiego di un combustibile di origine nucleare (MOX, o combustibile ossido misto). A livello domestico, l'associazione aveva promosso una domanda d'annullamento del decreto ministeriale con cui si autorizzava un aumento della fabbricazione di tale combustibile presso la fabbrica denominata Melox. A parere dell'associazione, il Consiglio di Stato aveva violato il principio di parità delle armi, accettando l'intervento in causa di CO-GEMA (società di diritto privato avente in gestione la fabbrica Melox) senza effettuare gli opportuni accertamenti circa la sussistenza di un suo interesse ad agire in un giudizio di natura amministrativa.

In sede di valutazione dell'ammissibilità del ricorso, la Corte EDU riconobbe che l'interesse a tutela del quale l'associazione agiva aveva carattere generale, riguardando il contrasto ad un'attività pericolosa per la collettività. Ammise anche la correttezza della posizione governativa, ai sensi della quale «la controversia non riguardava certo un diritto di carattere civile di cui l'associazione potesse affermarsi personalmente titolare». Concluse altresì che un'interpretazione letterale dell'articolo 6 comma 1 avrebbe impedito l'applicabilità della tutela convenzionale alla procedura in questione. Tuttavia, essa affermò:

[Q]uesto approccio non sarebbe in linea con la realtà della società civile attuale, nella quale le associazioni giocano un ruolo fondamentale, in particolare perorando davanti alle autorità o giurisdizioni interne cause aventi ad oggetto la protezione dell'ambiente. Inoltre, la Corte rammenta che in una società democratica nel senso indicato dalla Convenzione, il diritto a una corretta amministrazione della giustizia occupa un posto così rilevante che un'interpretazione restrittiva dell'articolo 6 comma 1 non corrisponderebbe all'oggetto e scopo della disposizione⁵⁷.

Così argomentando, dichiarò ammissibile la doglianza presentata dall'associazione ai sensi dell'articolo 6 CEDU.

Sebbene questa decisione non abbia comportato un palese rovesciamento dei principi applicabili in materia di “diritti e doveri di carattere civile”, essa rappresenta senza alcun dubbio un passo in quella direzio-

⁵⁷ *Collectif National D'information Et D'opposition A L'usine Melox - Collectif Stop. Melox Et Mox C. France* (dec) App. no 75218/01, 20/03/2006, ECHR 2006, para 4.

ne, pur anticipato dalla giurisprudenza che ha riconosciuto il diritto di agire alle associazioni poste a tutela di interessi della collettività⁵⁸.

4.3. Segue: *L'inclusione della retroattività della lex mitior nella nozione di "legalità penale" (art. 7 CEDU)*

Come già anticipato, la nozione di legalità penale richiamata dall'articolo 7 CEDU riguarda le norme, accessibili e prevedibili, che comportino in capo a colui che le ha violate delle conseguenze di natura penale, nei termini indicati dai "criteri Engel". Sino a tempi recenti, era espressamente escluso che la norma ricomprendesse il principio di retroattività della *lex mitior*⁵⁹.

Nel 2003 un cittadino italiano (Scoppola) adì la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, contestando la violazione di numerose previsioni della Convenzione, tra cui l'articolo 7. Il sig. Scoppola sosteneva che la previsione dovesse essere interpretata estensivamente, ricomprendendovi anche il principio di irretroattività della norma penale favorevole, ai sensi del quale «nel caso di differenza tra la legge in vigore al tempo della commissione del fatto di reato e la legge successiva, la legge applicabile è quella più favorevole al reo»⁶⁰.

La Corte di Strasburgo riconobbe in primo luogo che la Convenzione è un sistema per la protezione dei diritti umani che deve tenere in considerazione «i mutamenti intervenuti nello Stato resistente e negli altri Stati Contraenti, espressione di un eventuale consenso emergente circa gli standard di tutela da rispettare». Aggiunse, inoltre, che tale risultato è essenziale affinché la Convenzione «sia interpretata e applicata in modo da offrire una tutela pratica ed effettiva, e non teorica ed illusoria, ai diritti in essa contenuti». Ribadì, infine, che «la mancata adozione da parte della Corte di un approccio dinamico ed evolutivo rischia di costituire un impedimento a riforme o migliorie»⁶¹.

⁵⁸ Vedi ad esempio *Gorraiz Lizarraga and Others v Spain* (2004), Reports of Judgments and Decisions 2004-III.

⁵⁹ *X. v Germany* (1978) DR 13, 70-72.

⁶⁰ *Scoppola v Italy* (no 2) App. no 10249/03 (ECtHR, 17 September 2009), para 86.

⁶¹ *Scoppola v Italy* (no 2), para 104.

Alla luce di queste considerazioni, esaminò lo stato del diritto penale nei paesi contraenti, arrivando alla conclusione che era emerso gradualmente in Europa un consenso circa il fatto che la retroattività della *lex mitior* fosse un «principio fondamentale del diritto penale». Pertanto, in contrasto con un'interpretazione strettamente letterale e con la propria precedente giurisprudenza, la Corte concluse che «[l]’articolo 7 comma 1 della Convenzione garantisce non solo il principio di irretrattività della norma penale sfavorevole ma anche, implicitamente, il principio di retroattività della norma di favore»⁶².

4.4. Segue: *L’inclusione dei diritti della transessualità e del diritto all’ambiente nella nozione di “vita privata e familiare” (art. 8 CEDU)*

Come anticipato, l’articolo 8 della Convenzione tutela quattro sfere di autonomia personale: vita privata, vita familiare, domicilio, corrispondenza. Tra di esse, sono senza dubbio le prime due ad aver dato luogo ad una giurisprudenza “espansiva”, volta a ricomprendere nella tutela convenzionale i c.d. nuovi diritti, situazioni di fatto cui i padri fondatori della Convenzione non avevano ritenuto di offrire tutela. In questa sede, ci si limiterà ad esaminare l’evoluzione delle nozioni autonome di “vita privata e familiare” in riferimento ai diritti della transessualità ed al “diritto all’ambiente”, come esempio del più generale approccio dei giudici di Strasburgo in relazione all’articolo 8.

Uno dei primi casi in cui la Corte EDU ha affrontato il problema dei diritti legati alla transessualità è stato quello di Rees, un cittadino britannico che aveva affrontato il percorso di transizione dal genere femminile a quello maschile, comprensivo di riassegnazione chirurgica del sesso. Costui lamentava che la legge in vigore nel suo Stato non consentisse la modifica del genere indicato sul certificato di nascita, con ricadute in tema di capacità matrimoniale e di diritti pensionistici. Per questo motivo, egli sosteneva che la normativa vigente violasse il suo diritto al rispetto per la vita privata tutelato dall’articolo 8 CEDU⁶³.

Era il 1986, ed in quell’occasione la Corte dichiarò che la nozione di vita privata non era ancora sufficientemente definita, anche in virtù del-

⁶² *Scoppola v Italy* (no 2), para 107.

⁶³ *Rees v UK* (1986) Series A no 106.

l'assenza di un consenso tra gli Stati Contraenti sul tema della transessualità, essendo le normative nazionali ancora in una «fase di transizione»⁶⁴. Essa negò quindi l'estensione di tutela, dichiarando tale conclusione valida solo «per il momento»⁶⁵, e sottolineando come l'approccio evolutivo alla Convenzione le imponesse di «mantenere monitorata, con particolare riguardo agli sviluppi sociali e scientifici», l'esigenza di adottare norme che tutelassero i diritti dei transgender⁶⁶.

Qualche anno dopo, nell'analogo caso *Cossey*, furono presentate le medesime doglianze nei confronti della legislazione britannica, ma la Corte notò l'assenza di significativi sviluppi. Dichiarò, pertanto, che la “diversità di pratiche” tra Stati Contraenti continuava a sussistere e che le “condizioni della vita attuale” non giustificavano ancora conclusioni diverse da quelle già raggiunte in precedenza⁶⁷. La decisione, tuttavia, fu seguita da numerose opinioni dissenzienti, che sottolinearono come la normativa degli Stati Contraenti avesse viceversa subito “chiari sviluppi” sul punto, lamentando così l'assenza di un maggiore attivismo da parte della Corte⁶⁸.

Nei successivi casi *Sheffield e Horshman*, la Corte ammise che il fenomeno del transessualismo aveva ottenuto un maggiore riconoscimento sociale⁶⁹, ma la maggioranza dei giudici ritenne comunque che ciò non fosse sufficiente a determinare un “comune approccio Europeo” ai problemi legati al riconoscimento legale del cambio di genere⁷⁰. Ancora una volta, la decisione fu accompagnata da molte opinioni dissenzienti.

La lenta, ma progressiva, evoluzione dell'attitudine della Corte nei confronti dei diritti della transessualità culminò infine nella sentenza *Goodwin*, del 2002⁷¹. In quella occasione, la Corte ammise che vi era

⁶⁴ *Rees*, para 37.

⁶⁵ *Rees*, para 44.

⁶⁶ *Rees*, para 47.

⁶⁷ *Cossey v UK* (1990) Series A no 184, para 40.

⁶⁸ *Cossey v UK* (1990) Series A no 184 (Judges Macdonald and Spielmann) (Judge Martens).

⁶⁹ *Sheffield and Horshman v the UK*, ECHR 1998-V.

⁷⁰ *Sheffield and Horshman*, para 57-60.

⁷¹ *Goodwin v UK*, ECHR 2002-VI.

[...] una chiara ed incontestabile dimostrazione di una continua tendenza, a livello internazionale, verso un'accresciuta accettazione sociale dei transgender e verso il riconoscimento legale della nuova identità sessuale dei transgender a seguito di operazione.

Di conseguenza, dichiarò che non era più accettabile la situazione insoddisfacente in cui si trovavano a vivere i transgender in Regno Unito, e che l'assenza di riconoscimento legale del cambio di genere determinava una violazione dell'Articolo 8⁷².

Una simile evoluzione si riscontra altresì nella giurisprudenza CEDU relativa all'inquinamento ambientale, anche se la Corte non ha mai espressamente riconosciuto un vero e proprio diritto all'ambiente. Riprendendo le parole del giudice Costa, «sin dall'inizio degli anni settanta, il mondo è divenuto sempre più consapevole dell'importanza delle tematiche ambientali, e della loro influenza sulla vita delle persone»⁷³, e una corrispondente consapevolezza può essere rinvenuta anche nella giurisprudenza di Strasburgo.

Nel 1990, fu emessa la prima sentenza avente ad oggetto un ricorso in materia di inquinamento ambientale⁷⁴. I ricorrenti erano cittadini britannici che vivevano nelle vicinanze dell'aeroporto di Heathrow e sostenevano che l'eccessivo inquinamento acustico rappresentasse una violazione del loro diritto alla vita privata. In questo primo caso, la Corte non considerò il ricorso come un caso di inquinamento ambientale, e rigettò con motivazione stringata il ricorso.

Nel 1994 la Corte pronunciò sentenza nel caso di López Ostra, cittadina spagnola residente a Lorca, nelle vicinanze di un impianto di smaltimento dei rifiuti⁷⁵. Nel 1988 l'impianto aveva iniziato a produrre gas, fumi ed odori che avevano causato problemi di salute e disturbo a numerose persone. Nonostante le amministrazioni locali ne avessero decretato la chiusura, l'impianto continuava a provocare inquinamento di vario genere. La ricorrente lamentava pertanto una violazione del pro-

⁷² *Goodwin v UK*, para 84-90.

⁷³ *Hatton and Others v UK* App. no 36022/97 (ECtHR, 2 October 2001) (Judge Costa).

⁷⁴ *Powell and Rayner v UK* (1990) Series A no 172.

⁷⁵ *López Ostra v Spain* (1994) Series A no 303-C.

prio diritto al rispetto della vita privata e familiare, fondando il proprio ricorso sull'articolo 8 della Convenzione.

La Corte, senza motivare in modo approfondito le proprie conclusioni, dichiarò:

Naturalmente, un grave inquinamento ambientale può ripercuotersi sul benessere degli individui impedendo loro di godere delle proprie abitazioni, così impattando negativamente sulla loro vita privata e familiare, anche senza serie ripercussioni sulla salute⁷⁶.

La sentenza ammise esplicitamente che si trattava di un problema di inquinamento ambientale, riconoscendo che nel caso di specie tale inquinamento era atto a determinare una violazione dell'articolo 8 CEDU. Negli anni seguenti, conclusioni simili vennero raggiunte per le emissioni tossiche prodotte da impianti industriali⁷⁷ e per l'inquinamento acustico prodotto da locali notturni⁷⁸.

Nel corso del tempo, si affermò gradualmente il principio per cui:

[A]nche se non esiste nella Convenzione un esplicito diritto ad un ambiente pulito e silenzioso (...), quando un individuo è colpito in modo diretto e serio da inquinamento acustico o di altro genere, ciò può legittimare un ricorso ai sensi dell'articolo 8⁷⁹.

5. Conclusioni. Il fattore tempo nell'interpretazione della Convenzione

Dalla panoramica giurisprudenziale sin qui effettuata è possibile trarre conclusioni sul rapporto tra tempo e definizioni nel sistema CEDU.

In primo luogo, la Corte di Strasburgo definisce in modo autonomo le nozioni contenute nella Convenzione, ritenendosi unica titolare del potere di stabilire il significato dei termini convenzionali. Questa attitudine le consente di fornire "definizioni indefinite" dei diritti CEDU,

⁷⁶ *López Ostra*, para 51.

⁷⁷ *Guerra and Others v Italy* ECHR 1998-I.

⁷⁸ *Moreno Gomez v Spain* ECHR 2004-X.

⁷⁹ *Hatton and Others*, App. no 36022/97 (ECtHR, 2 October 2001) para 96.

mantenendo sempre aperto un margine per la successiva inclusione di nuove o diverse situazioni di fatto.

In secondo luogo, la Corte ritiene che la Convenzione non debba essere intesa come fonte di tutela immobile, ma si debba leggere in chiave evolutiva, mantenendo un contatto costante con la mutevole realtà giuridica e sociale. Il principio di interpretazione evolutiva è giustificato da esigenze di effettività di tutela: la Corte dà un'importanza centrale alla necessità di far "vivere" la CEDU nel suo tempo, al fine di garantire effettività alle sue disposizioni.

In virtù dei principi di interpretazione evolutiva e di interpretazione effettiva, i giudici di Strasburgo sono pronti ad operare *revirements* giurisprudenziali che talora sono preceduti da una lenta evoluzione, ma in altri casi sono bruschi ed immediati. Essi possono riguardare l'inclusione di "nuovi diritti" nel sistema CEDU, oppure l'estensione della tutela convenzionale a diritti precedentemente esistenti, ma dei quali la Corte rileva una carenza di effettività. In entrambi i casi, si assiste ad un ampliamento di tutela fondato su di un duplice passaggio argomentativo: l'affermazione dell'autonomia definitoria dei termini presenti nella Convenzione, e l'applicazione a tali termini di un'interpretazione evolutiva alla luce di esigenze di effettività.

In conclusione, il decorso del tempo mette in luce carenze di tutela cui la Corte reagisce con adattamenti e migliorie, operando una continua ridefinizione delle nozioni convenzionali e del loro campo di applicazione. Sebbene questa attitudine possa *prima facie* apparire come un illegittimo esercizio di attivismo giudiziale, devono essere tenute in considerazione anche le seguenti, autorevoli, parole:

Non si può affermare che questo approccio interpretativo estenda le obbligazioni assunte dalle Parti Contraenti oltre la loro intenzione. Al contrario, questo approccio è necessario se si intende garantire effettività alla loro intenzione, intesa in senso ampio. Essi non intendevano solo tutelare gli individui contro le minacce ai diritti umani prevalenti al tempo, con il risultato di vederne scemare progressivamente la tutela. La loro intenzione era quella di proteggere gli individui contro le minacce passate e future⁸⁰.

⁸⁰ F. JACOBS, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 1975, 18.

Invero, la Corte di Strasburgo è dell'opinione che il rifiuto di ancorare il testo convenzionale alla volontà storica delle Parti Contraenti sia il migliore modo per rispettare la loro intenzione originaria di «assicurare universale ed effettivo riconoscimento dei diritti», e di perseguire «il mantenimento e la futura realizzazione dei diritti umani e delle libertà fondamentali»⁸¹.

È con questo spirito che vanno intese le scelte metodologiche operate a Strasburgo, ed è proprio l'alto grado di *compliance* alle pronunce della Corte sinora dimostrato dagli Stati contraenti ad avvallare tali scelte ed i risultati interpretativi che ne conseguono.

⁸¹ Preambolo alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

LA DEFINIZIONE GIURIDICA TRA TOPICA E TOPOLOGIA

Alvise Schiavon

SOMMARIO: *1. Osservazioni generali. 2. La definizione dantesca di diritto tra retorica e dialettica. 3. Giurisprudenza CEDU e topologia della definizione.*

1. Osservazioni generali

Nessuno dei due puntuali e interessanti interventi con cui mi è stato chiesto di entrare in dialogo in questa bella occasione di incontro scientifico (e umano) attorno al problema delle definizioni nel diritto si riferisce direttamente al mio ambito specifico di ricerca, il diritto romano: accostandomi, temevo di non poter far altro che ammettere la mia incompetenza di fronti a temi complessi e suggestivi come la giurisprudenza CEDU o la cultura giuridica di Dante e dei suoi contemporanei.

Eppure di fronte ad essi ho avuto l'impressione di muovermi in un ambiente familiare, in cui in qualche modo riuscivo ad orientarmi nonostante l'assenza di conoscenze specifiche. Forse questa sensazione di familiarità dipende dal tipo di esperienze giuridiche cui questi interventi si riferiscono: in effetti, l'ordinamento del diritto comune medievale – che rappresenta il fondale e l'oggetto della ricerca di Giovanni Zaniol – e l'attuale ordinamento sovranazionale europeo – di cui l'intervento di Daria Sartori riporta un interessante spaccato – condividono con l'esperienza giuridica romana alcuni caratteri di fondo, che rendono il dialogo tra studiosi di queste materie più semplice.

Rispetto agli ambiti del giuridico che si pretendono pienamente positivizzati e legificati, infatti, queste esperienze testimoniano di un diverso modo di costruire e intendere il fenomeno giuridico, trattandosi in tutti i casi di ordinamenti difficilmente riducibili a un sistema chiuso di norme positive, e di culture giuridiche non appiattite sul mito dell'ap-

plicazione deduttiva della legge: al carattere giurisprudenziale e controversiale della scienza giuridica si accompagna dunque in questi casi la natura aperta dell'ordinamento giuridico¹ sottostante, non riducibile a un *corpus* dato di norme proprio a causa del particolare ruolo "creativo" svolto dalla scienza giuridica². Ho quindi cercato di interrogare questi lavori tenendo a mente le caratteristiche comuni ai nostri ambiti di ricerca, sapendo che così facendo non riuscirò a dar conto delle altre innumerevoli suggestioni che essi potrebbero offrire a studiosi di altre discipline.

Forse è anche a causa del particolare abito mentale necessario allo studio di simili esperienze giuridiche che entrambi gli interventi rinunciano a fornire preliminarmente una qualsiasi "definizione di definizione", ovvero a cristallizzare in partenza l'oggetto della propria ricerca. Essi paiono approcciarsi ai rispettivi problemi (il punto di vista di Dante e della civilistica sua contemporanea sulla definizione celsina del diritto in D.1.1.1 pr. e i caratteri peculiari dell'attività interpretativa e definitoria nel quadro della giurisprudenza CEDU) non apoditticamente, applicando ai fenomeni studiati un concetto astratto e normativo di definizione, ma piuttosto per opposizione: per capire cosa si intende nei rispettivi contesti giuridici (cultura giuridica medievale e giurisprudenza CEDU) per definizione, i due interventi sembrano obbligati a non affrontare direttamente il problema circa la natura della definizione ma a concentrarsi piuttosto su alcuni fenomeni che, situandosi ai margini dell'attività definitoria, ne descrivono la relazione con altre figure che definizione non sono. Così per quanto riguarda il rapporto tra definizioni e interpretazione evolutiva, nel caso dell'intervento sulla giurispruden-

¹ Mi riferisco naturalmente alla contrapposizione tra sistemi giuridici "chiusi" e "aperti" elaborata da J. Esser (cfr. J. ESSER, *Grundsatz und Norm*⁴, Tübingen, 1990, 44, nota 140): «i primi incentrati pressoché interamente su una struttura espressa di norme, fissata e modificabile attraverso i meccanismi dell'autorità statale; i secondi, invece, costituiti per lo più da un insieme di soluzioni casistiche dovute all'interpretazione creatrice di esperti in via consulente o giudiziaria» (così G. SANTUCCI, *La legge nell'esperienza giuridica romana*, in U. VINCENTI (a cura di), *Inchiesta sulla legge nell'Occidente giuridico*, Torino, 2005, 33 ss., cui rinvio per alcuni essenziali riferimenti alla dottrina romanistica).

² Inevitabile il riferimento all'ormai classico lavoro di L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1975, specialmente 371 ss.

za CEDU, e per quanto riguarda la differenza tra *definitio* e *daescriptio* attorno a cui ruota la riflessione di Dante, nonché quella di alcuni tra i maggiori rappresentanti della cultura giuridica medievale.

La posizione dell'oggetto della ricerca, invece di esserne il presupposto, finisce per esserne l'esito: solo attraverso l'instaurazione di una relazione tra fenomeni diversi si può arrivare a fissare, temporaneamente, il confine tra ciò che è definizione e ciò che non lo è. Parafrasando una tradizionale distinzione si potrebbe dire che entrambi i lavori si propongono di indagare *quid est definitio*, piuttosto che tendere a alla ricostruzione o comprensione della sua essenza, il *quid est definitio*.

2. La definizione dantesca di diritto tra retorica e dialettica

L'intervento di Giovanni Zaniol introduce innanzitutto la questione generale, assolutamente centrale rispetto al tema del Seminario, relativa al rapporto tra diritto e letteratura. Da un lato, la preliminare ricognizione dei rapporti tra Dante e la cultura giuridica del suo tempo serve a ridare al *Monarchia*, sulla scia delle più attente letture dell'opera dantesca, la sua consistenza di opera calata nella cultura giuridica del tempo e nei dibattiti che agitavano la coeva dottrina giuridica, specialmente pubblicistica³. Da un altro lato, essa serve però forse anche a ricordare che il pensiero giuridico, pur innegabilmente dotato di sue specificità, non può intendersi come isolato, totalmente indipendente rispetto agli altri ambiti del sapere: in questo senso, ciò vale anche come un monito metodologico a tutto il Seminario, dedicato a un tema che evidentemente richiede, pur restando con i piedi radicati nella tradizione del pensie-

³ Cfr. il contributo di Zaniol, in questo volume, 23 ss. Si rinvia in primo luogo alla *Introduzione* di D. Quaglioni alla nuova edizione critica dell'opera dantesca in DANTE ALIGHIERI, *Monarchia*. Edizione commentata a cura di D. QUAGLIONI, Milano, 2015. L'autore aveva però già avuto modo di mettere a punto le linee essenziali della sua ricostruzione in D. QUAGLIONI, *Dante e la tradizione giuridica romana nel libro II della «Monarchia»*, in A. PALAZZO (a cura di), *L'antichità classica nel pensiero medievale. Atti del Convegno della Società italiana per lo studio del pensiero medievale (Trento, 27-29 settembre 2010)*, Porto, 2011, 253 ss.

ro giuridico, di alzare lo sguardo a interrogare anche ciò che sta al di fuori di quei confini.

In particolare, tra le diverse questioni affrontate nel *Monarchia* assume un significato centrale per il nostro Seminario quella circa la esatta natura della nota definizione celsina di diritto, riportata in apertura del Digesto (D.1.1.1 pr.), come *ars boni et aequi*⁴. Inserendosi in un dibattito che aveva occupato alcuni tra i più autorevoli giuristi dell'epoca dei glossatori e dei commentatori, Dante nega che quella elaborata da Celso e collocata dai compilatori in apertura del Digesto⁵ possa essere considerata in senso proprio una definizione del diritto; la qualifica del diritto come *ars boni et aequi* dovrebbe più correttamente considerarsi mera descrizione del fenomeno giuridico dal punto di vista empirico, mentre fallirebbe nel coglierne l'essenza, la sostanza, la vera natura in quanto tale immutabile nei secoli⁶. Per ciò egli propone di definire alternativamente la sostanza del diritto come «realis et personalis hominis ad hominem proportio». L'argomentazione di Zaniol, e soprattutto la distinzione (che però è *in primis* messa in relazione) operata da Dante tra le due *definitiones* del diritto, mi hanno suscitato due ordini di considerazioni, in qualche modo intrecciate tra loro.

Innanzitutto, le due operazioni definitorie si differenziano su un piano contenutistico, poiché mentre Celso si riferisce al diritto come *ars*, Dante allude al fenomeno giuridico come *proportio*. La differenza mi sembra particolarmente indicativa. Nella prospettiva celsina il diritto appare come prodotto artificiale di una tecnica, di un'attività umana che presuppone una classe di giuristi che riconoscono e seguono dei canoni condivisi che rendono quell'attività – appunto – una *ars*⁷. Diversamen-

⁴ Riporto per comodità la fonte nella sua integrità, D.1.1.1 pr. (*Ulpianus libro primo inst. Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter celsus definit, ius est ars boni et aequi.*

⁵ In realtà la fonte in parola è attribuita a Ulpiano: la genuinità del frammento e della citazione ulpiana del pensiero di Celso è ammessa pacificamente dalla dottrina: per tutti lo afferma recisamente da ultimo G. FALCONE, *La "vera philosophia" dei "sacerdotes iuris"*. *Sulla raffigurazione ulpiana dei giuristi (D.1.1.1.1)*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo*, 49, 2004, 1 ss., 3.

⁶ Cfr. il contributo di Zaniol, in questo volume, 23 ss.

⁷ La tesi secondo cui la definizione celsina esprimerebbe una concezione artificiale del diritto è stata in particolare autorevolmente sostenuta da Filippo Gallo, che sul tema

te, nell'accezione dantesca il diritto è inteso come *proportio*, come relazione tra cose e persone che non richiede (per la sua esistenza?) – almeno apparentemente – alcuna attività creativa specifica dell'uomo, poiché impressa nella natura, e che dunque esisterebbe anche senza alcun giurista (o legislatore) ad enunciarla. Non appare casuale in questo senso il riferimento a una nozione matematica come quella di *proportio*, la cui conoscenza non richiede alcuna attività umana se non la ricognizione⁸.

Tale definizione è certamente coerente con l'immagine del diritto romano giustiniano come *ratio scripta* – valida immutabilmente perché espressione della volontà divina imm modificabile dall'uomo – che permea la *Monarchia*⁹; ed essa è dunque funzionale a suffragare la tesi, che Dante argomenta proprio nel contesto ove propone la sua *definitio*, della legittimità e giuridicità dell'*imperium romanum* e, dunque, dell'impero federiciano, in quanto conquistati e governati *de iure*. È evidente che affinché possa assolvere a tale funzione argomentativa, il diritto non può essere inteso come prodotto dell'attività fallibile umana, ma piuttosto come espressione di una proporzione fissata nell'ordine delle cose.

Più in generale però, estremizzando le tesi di recente sviluppato da Filippo Gallo in un volume significativamente intitolato *Celso e Kel-*

ha sviluppato riflessioni originali e profonde: mi limito per ora a ricordare F. GALLO, *Sulla definizione celsina del diritto*, in *Studia et documenta historiae et iuris*, LIII, 1987 e ID., *Diritto e giustizia nel titolo primo del Digesto*, in *Studia et documenta historiae et iuris*, LIV, 1988, 8 ss.

⁸ Si ricordi che nel Convivio Dante aveva scritto che «la Geometria è bianchissima, in quanto è senza macula d'errore e certissima per sé» (*Cv.*, II, XIII, 27), dimostrando di intendere il particolare valore epistemologico dei concetti matematici. Sul tema già il pionieristico lavoro di H. D. AUSTIN, *Number and Geometrical Design in the Divine Comedy*, in *The Personalist*, 16, 1935, e, da ultimo, T. E. HART, *Geometric Metaphor and Proportional Design in Dante's Commedia*, in G. DI SCIPIO, A. SCAGLIONE (a cura di), *The Divine Comedy and the Encyclopedia of Arts and Sciences: Acta of the International Dante Symposium, 13-16 Nov. 1983*, Amsterdam-Philadelphia, 1988.

⁹ Come nota Zaniol (in questo volume, 23 ss.) sulla scorta della autorevole ricostruzione di D. QUAGLIONI, «*Arte di bene e d'equitate*». *Ancora sul senso del diritto in Dante («Monarchia», II V 1)*, in *Studi danteschi*, LXXVI (2011), 27 ss.

*sen*¹⁰, si potrebbe dire che mentre la “definizione” celsina del diritto rimanda pienamente a una concezione sapienziale, giurisprudenziale e casistica del diritto, tipica della cultura giuridica romana classica, quella fornita da Dante nel *Monarchia* pare compatibile con la concezione astratta, precettiva e non controversiale del diritto che si è fatta largo nella cultura giuridica moderna a partire dal giusnaturalismo.

Il secondo ordine di considerazioni attiene invece alle diverse qualificazioni date da Dante alle due operazioni logiche: *daescriptio* per quella celsina, intesa come mera individuazione dei caratteri empirici dell’oggetto (il diritto, in questo caso); *definitio* invece per la propria, intesa come individuazione dei caratteri astratti ed intellettuali della nozione di *ius*. Forse tale distinzione, se riguardata dal punto di vista dello svolgimento della storia della logica giudiziaria, potrebbe in realtà rimandare a una ambiguità di fondo del concetto di definizione applicato all’ambito giuridico.

Nella retorica antica – specialmente in quella giudiziaria – occupava come noto un posto fondamentale la cosiddetta dottrina degli *status*¹¹, un particolare apparato di regole relative al reperimento (*inventio*) degli argomenti e delle questioni rilevanti per la costruzione di un discorso retorico. Tale termine indica dunque i diversi punti su cui deve convergere la discussione delle parti affinché una controversia possa considerarsi costituita, ovvero dotata di un fondamento logico¹². Non sorprende che tale dottrina retorica abbia trovato il suo campo applicativo più importante nell’ambito della prassi giudiziaria in età romana classica¹³,

¹⁰ F. GALLO, *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, Torino, 2010, spec. 67 ss. e 132 ss.

¹¹ Tale dottrina conosce una storia lunga e complessa che affonda le radici nella tradizione peripatetico-accademico di Ermagora di Temno e si snoda lungo tutta la storia della cultura romana: per lo studio di questa tradizione rimangono fondamentale la ricostruzione di L. CALBOLI MONTEFUSCO, *La dottrina degli “status” nella retorica greca e romana*, Hildesheim, 1988, nonché le ricerche di ANTOINE BRAET (*The Classical Doctrine of “Status” and the Rhetorical Theory of Argumentation*, in *Philosophy & Rhetoric*, 20 (2), 1987, 79 ss.; ID., *Variationen zur Statuslehre von Hermagoras bei Cicero*, in *Rhetorica: A Journal of the History of Rhetoric*, 7 (3), 1989, 239-259).

¹² Per tutti L. CALBOLI MONTEFUSCO, *La dottrina degli status*, cit., 2.

¹³ Si vedano in particolare L. CALBOLI MONTEFUSCO, *Logica, retorica e giurisprudenza nella dottrina degli status*, in D. MANTOVANI (a cura di), *Per la storia del pensie-*

dove finì per rappresentare l'impalcatura logica dello scontro dibattimentale necessaria per giungere a un giudizio accettabile¹⁴. Le diverse questioni tipiche attorno cui la controversia retorica deve svilupparsi erano poi tradizionalmente suddivise in due *genera* in ragione della natura dell'oggetto che miravano a discutere: *rationales* quelle che miravano a chiarire se un fatto era avvenuto e come, *legales* quelle che invece dovevano giungere ad attribuire un significato ad un enunciato normativo¹⁵.

In questo quadro – che pur con oscillazioni è sostanzialmente accettato dagli autori che hanno accettato e sviluppato la dottrina degli *status*¹⁶ – il cosiddetto *status definitionis* (o *definitivus*) riveste una po-

ro giuridico romano: dall'età dei pontefici alla scuola di Servio: atti del Seminario di S. Marino, 7-9 gennaio 1993, Torino, 1997, 209 ss. («essa si pone addirittura come la schematizzazione teorica di casi reali», 209), nonché U. WESEL, *Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der römischen Juristen*, Köln, 1967 (spec. 24, ove si legge «der *status* ist also ein typischer Streitpunkt der gerichtlichen Auseinandersetzung»).

¹⁴ La bibliografia relativa all'influsso della retorica greca sulla cultura giuridica romana è sterminata, nell'imbarazzo di dover indicare qualche riferimento bibliografico mi limito qui a segnalare il seminale lavoro di J. STROUX, *Summum ius summa iniuria: ein Kapitel aus der Geschichte der interpretatio iuris*, Berlin-Leipzig, 1926 e la recente sintesi del dibattito che da quell'opera si è generato in H. HOHMANN, *Classic Rhetoric and Roman law: Reflections on a debate*, in *Jahrbuch Rhetorik*, 15, 1996, 15 ss. Con particolare riguardo alla penetrazione della dottrina degli *status* entro la cultura giuridica romana, oltre ai già citati lavori di L. Calboli Montefusco e U. Wesel, mi sembrano particolarmente significative le ricerche di R. MARTINI, *Antica retorica giudiziaria (gli status causae)*, in *Studi senesi*, 116, 2004, 30 ss., E. MEYER, *Die Questionen der Rhetorik und die Anfänge der Juristischen Methodenlehre*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Rom. Abt.)*, 68, 1951, 30 ss. e J. SANTA CRUZ, *Der Einfluß der rhetorischen Theorie der Status auf die römische Jurisprudenz, insbesondere auf die Auslegung der Gesetze und Rechtsgrschäfte*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Rom. Abt.)*, 75, 1958, 91 ss.

¹⁵ Così ad esempio si esprime Quintiliano nella *Institutio oratoria* (III, 5, 4), riportando il pensiero di Ermagora stesso: *Illud iam omnes fatentur, esse quaestiones aut in scripto aut in non scripto. In scripto sunt de iure, in non scripto de re: illud rationale, hoc legale genus Hermagoras atque eum secuti vocant, id est νομικόν et λογικόν.*

¹⁶ Così almeno, in un quadro di relativa fluidità delle concettualizzazioni, nelle sistemazioni che conobbero maggiore fortuna ovvero quella di Ermagora, della *Rhetorica*

sizione ambigua¹⁷. Esso deve intendersi, almeno in prima approssimazione, come il profilo della controversia relativo alla qualificazione del fatto, alla sussunzione dunque di un evento, la cui sussistenza non è in discussione, entro una determinata classificazione (per quello che qui maggiormente importa, giuridica). Un esempio ricorrente nelle fonti è quello relativo alla controversia circa la qualifica del furto da un tempio come peculato, qualora si intendessero queste come *res publicae*, ovvero come sacrilegio, qualora le si intendessero come *res divini iuris*¹⁸.

A uno sguardo superficiale, appare subito evidente che l'operazione di attribuzione di un *nomen* a un fatto sia difficilmente riducibile all'uno o all'altro dei *genera* (legale e razionale) sopra ricordati, dal momento che in essa sembrano convivere il giudizio sulla ricostruzione del fatto (*rationale*) e quello sul significato dell'enunciato legislativo (*legale*). In un certo senso, lo *status definitionis* inteso come giudizio sulla corrispondenza tra fatto e *nomen* rappresenta una zona di indistinzione tra i due *genera*. Tale sensazione è corroborata dalla lettura delle fonti antiche, che trattano questo *status* con ambiguità sia al momento di descriverne la natura sia, conseguentemente, al momento di ricondurlo all'uno o all'altro dei *genera*.

Per quanto concerne il primo profilo, mi sembrano indicative di questa ambivalenza le espressioni con cui le fonti descrivono l'operazione intellettuale in parola¹⁹: in alcuni luoghi si dice che essa verta sul *quid sit*, con ciò sottolineando soprattutto la sua natura di giudizio sul fatto, mentre in numerosi altri luoghi – soprattutto ciceroniani – si preferisce indicare la questione come *quo nomine vocetur* o *quod nomen habet*, ponendosi così l'accento sul profilo di attribuzione di significato a un *nomen*. Nello *status definitionis* dunque i due profili – ricostruzione del fatto e ricostruzione del significato dell'espressione legislativa –

ad Herennium e della *Institutio oratoria* di Quintiliano: si veda per uno sguardo di sintesi U. WESEL, *op. cit.*, 24 ss.

¹⁷ Cfr. L. CALBOLI MONTEFUSCO, *La dottrina degli status*, cit., 77 ss. e spec. 79 ss., nonché A. MARTINI, *Antica retorica*, cit., 61 ss.

¹⁸ Esempio classico riportato tra gli altri da Quintiliano, *Inst.* VI, 3, 38 e da Cicerone, *De Inventione*, I, 11.

¹⁹ Si vedano i testi riportati e discussi in L. CALBOLI MONTEFUSCO, *La dottrina degli status*, cit., 77-78.

sembrano a tal punto sovrapposti tra loro da risultare difficilmente separabili anche nell'analisi dei retori antichi.

Non stupisce dunque, arrivando così al secondo ordine di problemi, che tale oscillazione nel descrivere l'operazione definitoria si sia tradotta in un'analogia difficoltà a inquadrare tale *status* all'interno dei due *genera*: così mentre nella *Rhetorica ad Herennium* (I, 19) – di autore sconosciuto, databile attorno al primo secolo a.C.²⁰ – essa è ascritta al *genus legale*, nella sua *Intitutio oratoria* Quintiliano la pone invece nel campo degli *status rationales* (III, 6, 66). Una posizione isolata e particolare, ma rivelatrice della natura ambigua dello *status definitiois*, è quella assunta da Cicerone nel *De inventione*. In quest'opera infatti la *definitio* è nominata in entrambi i *genera*: in quello *rationale* come controversia di fatto relativa al *quod factum est, quo nomine appelletur* (1, 11); in quello *legale* come controversia sul significato di un termine giuridico (*in scripto verbum aliquod est positum, cuius de vi quaeritur*; 2, 153).

Dunque nella dottrina romana degli *status* la questione definitoria rivestiva una posizione ambigua: in essa sembrano infatti convivere caratteri del giudizio sul fatto, che la avvicinano al *genus rationale*, e di quello sul significato astratto di un enunciato legislativo, che imporrebbero di collocarla nell'alveo degli *status legales*.

In questo quadro, la critica di Dante alla *definitio celsina* risulterebbe difficilmente comprensibile: negare la natura di definizione sulla base di una netta contrapposizione tra *daescriptio*, analisi empirica, e *definitio* come ricostruzione astratta e concettuale, non appare coerente con il quadro fin qui delineato.

Per gettare una luce sul significato della critica dantesca, occorre seguire la storia della teoria degli *status* nel medioevo e nella prima età moderna²¹. Essa infatti in una prima fase penetra nella logica (e nella

²⁰ Per tutti l'introduzione di G. CALBOLI, *Cornifici Rhetorica ad C. Herennium*², Bologna, 1993. La vicenda della (probabilmente) falsa attribuzione dell'opera a Cicerone è stata di recente ripercorsa dallo stesso Calboli in L. CALBOLI, *Cicero, Rhetorica ad C. Herennium, glossatori e dettatori: la forza di una falsa attribuzione*, in *Ciceroniana*, 2009, 117 ss.

²¹ Per uno sguardo d'insieme su tale questione rinvio fin da subito ai lavori ormai classici di A. Giuliani, che hanno rappresentato la mia guida in queste riflessioni: mi

giurisprudenza) medievale (cosiddetta *logica vetus*), informandolo della sua natura topica e controversiale²², specialmente attraverso il sistema processuale delle *positiones*²³, intesa come disciplina del ragionamento probabile dell'*ars opponendi et respondendi*²⁴. A partire dalla metà del XIII secolo però la “vecchia logica” del probabile e del controvertibile venne percepita da un numero sempre maggiore di autori come inadatto al raggiungimento del vero assoluto²⁵. Lo scopo non è più quello di individuare le regole affinché una controversia potesse svilupparsi logicamente, come già nella teoria degli *status* e ancora nel meccanismo processuale delle *positiones*, ma quello di addivenire a delle verità assolute e necessarie: la *logica nova* così rinnegherà le complesse regole che governavano il confronto tra opinioni probabili attraverso l'individuazione di nuclei problematici attorno a cui sviluppare il contraddittorio, per rivolgersi invece al sillogismo quale strumento che garantisce la necessità dei conclusioni²⁶.

riferisco in particolare a A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo allo studio della logica giuridica*, Milano, 1961 e la sua voce *Logica del diritto (teoria dell'argomentazione)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXV, Roma, 1975, 13 ss. Sul percorso scientifico di questo autore rimando al bel volume del *Centro per lo studio del pensiero giuridico moderno* di F. CERRONE, G. REPETTO (a cura di), *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica tra logica ed etica*, Milano, 2012. Particolarmente significative per il nostro tema anche le ricerche di V. PIANO MORTARI (in particolare quelle raccolte nel volume *Diritto logica metodo nel secolo XVI*, Napoli, 1978), di E. GARIN (in particolare *Dialettica e retorica dal XII al XVI secolo*, in ID., *L'età nuova. Ricerche storiche della cultura dall'XI al XVI secolo*, Napoli, 1969, 43 ss.) e di C. Vasoli (in particolare quelle confluite nel volume C. VASOLI, *Dialettica e retorica dell'Umanesimo: invenzione e metodo nella cultura del 15. e 16. secolo*², Reggio Calabria, 2007).

²² A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., 137, nonché T. VIEHWEG, *Topica e giurisprudenza*, Milano, 1962, spec. 69 ss. In generale anche B. PARADISI, Osservazioni sull'uso del metodo dialettico nei glossatori del sec. XII, in *Atti del Convegno Internazionale di Studi Accursiani (Bologna, 21-26 ottobre 1963)*, Milano, 1968, 621 ss.

²³ A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., 159 ss.

²⁴ A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., 151 ss. e ID., *Logica del diritto*, cit., 20.

²⁵ Così ancora A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., 156 ss.

²⁶ In questo senso, oltre alle pagine di A. GIULIANI in *Il concetto di prova*, cit., 208 ss. e in ID., *La logique de la controverse et le droit chez les romanistes du XIIIe et du XIIIe siècle*, in *Studia et documenta historiae et iuris*, 34, 1968, 223 ss., rimane fondamentale in particolare la ricerca di V. PIANO MORTARI, *Dialettica e giurispruden-*

È evidente che tale slittamento metodologico non poteva non avere ripercussioni, in generale, sulla storia della teoria degli *status*²⁷: se il sillogismo dialettico garantisce di per sé solo la verità e necessità delle conclusioni, bisognerà ridurre ad esso ogni altro tipo di ragionamento. La teoria retorica degli *status* diverrà mero aspetto esteriore del ragionamento, di per sé sottordinato al sillogismo dialettico capace di pervenire a verità necessarie: la retorica assume qui il carattere di teoria dell'ornato svincolata da ogni riferimento al perseguimento della verità²⁸ che ha mantenuto per secoli, almeno fino alla rinascita novecentesca della «nouvelle rhétorique»²⁹.

Tale progressiva riduzione della logica alla dialettica sillogistica si manifesterà però con particolare nitidezza proprio con riferimento al problema della definizione. Se nella teoria classica lo *status definitionis* era visto come dotato di una natura ambigua, sospesa tra analisi fattuale e astratta *interpretatio verborum*, con l'avvento della *logica nova* il baricentro si sposta senz'altro verso quest'ultima accezione³⁰: riprendendo ancora una volta le parole di Giuliani, anche «la qualificazione di un fatto viene rivendicata dalla dialettica» ovvero dalla scienza del ragionamento necessario, per cui «la definizione deve essere tradotta in termini logici, di *ratio*»³¹. La questione della definizione viene reimposta nei termini di un mero problema di interpretazione astratta della *ratio legis*, mentre il problema della ricostruzione del fatto viene ridotto a

za. *Studio sui trattati di dialettica legale del sec. XVI*, in V. PIANO MORTARI, *Diritto, logica, metodo nel secolo XVI*, Napoli, 1978, 120 ss.

²⁷ A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., 216 ss.

²⁸ A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., 211.

²⁹ Mi riferisco naturalmente al già citato lavoro di T. VIEHWEG, *Topica e giurisprudenza* (prima edizione in tedesco del 1953), nonché a C. PERLEMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation, la nouvelle rhétorique*, Bruxelles, 1958. Non a caso anche la teoria classica degli *status* ha conosciuto una nuova fortuna nel clima intellettuale generato da questi lavori: cfr. H. HOHMANN, *The dynamics of stasis: classical rhetorical theory and modern legal argumentation*, in *American Journal of Jurisprudence*, 34 (1), 1989, 171 ss.

³⁰ A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., 219 ss. nonché ID., *Le rôle du «fait» dans la controverse*, in *Archives de Philosophie du Droit*, 39, 1994, 229 ss.

³¹ A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., 219.

procedimento meccanico, non valutativo e dunque non controversiale³². L'esito di tale movimento sarà lo sdoppiamento del problema della definizione in due ambiti distinti: «mentre prima la distinzione tra questione di fatto e di diritto tramandata da alcuni testi romani veniva intesa in senso relativo»³³, come già accennato sopra, ora quelli della *quaestio facti* e della *quaestio iuris* appaiono profili radicalmente separati e non comunicanti³⁴.

Mi pare evidente la possibile rilevanza di questo mutamento nella logica giuridica rispetto al problema della vera natura della definizione sollevato da Dante in polemica con Celso-Ulpiano. Egli infatti, come ben messo a fuoco nella relazione di Giovanni Zaniol, rimprovera alla *definitio* celsina di aver solamente «descritto il diritto nella sua dimensione empirica», mancando invece l'obiettivo di coglierne l'essenza razionale. Mi pare di poter cogliere in questa distinzione gli echi di quella svolta metodologica che, proprio negli anni di formazione di Dante, avrebbe portato a differenziare in modo radicale il problema della ricostruzione fattuale e quello della definizione intesa come questione circa la interpretazione del diritto, da affrontare con gli strumenti della logica dialettica.

³² A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., 226-227.

³³ A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., 227. Per una ricostruzione della complessa rete di *quaestiones iuris* e *facti* su cui poggiava la scienza giuridica medievale mi sembrano particolarmente significative le ricerche di M. Bellomo, in particolare M. BELLOMO, 'Factum' e 'ius'. *Tra le certezze e i dubbi del pensiero giuridico medievale*, in *Rivista internazionale di Diritto Comune*, 6, 1996, 21 ss. (= in ID., *Medioevo edito e inedito II. Scienza del diritto e società medievale*, Roma, 1997, 63 ss.).

³⁴ È evidente il valore non solo epistemologico, ma soprattutto istituzionale di tale opzione: attirando il problema della qualificazione del fatto nell'alveo del sillogismo univocamente necessario, lo si sottrae alla logica del contraddittorio e del processo, subordinando così il giudice e le parti, in nome dell'ideale già umanistico della certezza del diritto, alla volontà del legislatore (così mi pare anche A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, cit., 220).

3. *Giurisprudenza CEDU e topologia della definizione*

La discussione di alcuni profili dell'intervento di Giovanni Zaniol ci ha condotto a corroborare ulteriormente l'osservazione (in esso giustamente ribadita) secondo cui Dante fu attento conoscitore della dottrina giuridica a lui contemporanea: sia il contenuto che la forma logica della *definitio* dantesca del diritto, infatti, si agganciano ai più recenti fermenti che agitavano la scienza giuridica medievale e che avrebbero presto fruttificato nella cultura giuridica umanistica.

Anche Daria Sartori interroga il problema delle definizioni giuridiche da un punto di vista diacronico, sebbene la prospettiva non investa qui lo sviluppo secolare della tradizione giuridica occidentale, ma piuttosto segua le più recenti evoluzioni maturate nel quadro del fenomeno dell'integrazione dei diritti nazionali entro un ordinamento comune europeo. La riflessione della studiosa riguarda infatti metodi e principii interpretativi della Corte EDU e mira in particolare a mettere in luce gli adattamenti operati dalla Corte stessa alle proprie definizioni autonome in nome del principio di effettività, «al fine di meglio comprendere come il tempo incida sulla definizione dei diritti tutelati dal sistema CEDU»³⁵. Al fine di delimitare l'ampiezza dei diritti previsti nella convenzione EDU, la Corte procede attraverso autonome definizioni degli elementi previsti dalle norme CEDU allo «scopo di evitare che gli Stati possano, a loro discrezione, determinare l'applicabilità della tutela convenzionale» e di «garantire uniformità di applicazione delle norme convenzionali»³⁶. La puntuale analisi della interpretazione evolutiva di nozioni vaghe quali “diritti di carattere civile”, “legalità penale” e “vita privata e familiare”, conduce la Sartori ad osservare come essa risulti funzionale a garantire che la tutela offerta dalla Convenzione rimanga invariata pur al mutare del contesto storico e sociale di riferimento³⁷. Questa ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale della Corte mi ha sollecitato alcune suggestioni circa i caratteri dell'operazione intellettuale di «continua ridefinizione delle nozioni convenzionali e del loro

³⁵ Cfr. il contributo di Sartori, in questo volume, 47 ss.

³⁶ *Idem.*

³⁷ *Idem.*

campo di applicazione»³⁸ operata dai giudici della CEDU che – pur nella loro rapsodicità – possono avere un significato anche per studiosi di altri ambiti.

Come noto, l’etimologia della parola “definizione” rimanda all’operazione di delimitazione di uno spazio attraverso l’apposizione di confini³⁹, dunque analoga – mi sia concesso un riferimento romanistico – a quella operata con la *actio finium regundorum*. La definizione, seguendo questa suggestiva etimologia, sarebbe dunque una sorta di topografia, di delimitazione dell’estensione di un pensiero o di un concetto: essa rimanderebbe dunque alla tendenza della mente a usare metafore spaziali per orientare anche il pensiero astratto. Questa osservazione, ormai acquisita negli studi generali di scienze cognitive⁴⁰, si è rilevata utile anche per descrivere alcuni caratteri tipici delle teorizzazioni sviluppate all’interno della scienza giuridica⁴¹.

A complicare questo quadro, la circostanza che il segmento di Seminario entro il quale ci troviamo a svolgere le nostre riflessioni è intitolato *Tempo e definizioni*: alla prospettiva della delimitazione spaziale, suggerita come visto dal termine “definizione”, si aggiunge così una dimensione temporale. Si potrebbe dunque affermare che le nostre riflessioni si inseriscono in una struttura spaziotemporale, in cui il problema della delimitazione dell’estensione di un insieme (o di un concetto) non può essere compreso al di fuori di una dimensione diacronica. La mappatura statica basata sulla misura e la forma di un insieme (o un concetto) in un dato momento, operazione tipica della geometria metrica o euclidea, non è infatti operazione adeguata per dar conto delle caratteristiche di uno spazio cui sia strutturalmente incorporata la dimensione temporale. Per dare una formalizzazione logica alla struttura spa-

³⁸ *Idem*.

³⁹ Tra i tanti si veda M. CORTELLAZZO, P. ZOLI, *Dizionario etimologico della lingua italiana*, voce *definire*, nonché la voce *finis* in A. ERNOUT, A. MEILLET, *Dictionnaire Etymologique de La Langue Latine*⁴, Paris, 2001.

⁴⁰ Un primo riferimento in G. LAKOFF, M. JOHNSON, *Metaphors we live by*, Chicago, 1980 e L. BORODITSKY, *Metaphoric Structuring: Understanding time through spatial metaphors*, *Cognition*, 75(1), 2000, 1 ss.

⁴¹ S. MÜLLER-MALL, *Legal Spaces. Towards a Topological Thinking of Law*, Berlin, 2013, in particolare il capitolo 3 *Spatiality*, 49 ss.

ziotemporale dell'universo ipotizzata dalla teoria della relatività generale di Einstein fisici e matematici si sono rivolti a una branca peculiare della matematica, chiamata topologia⁴²: per provare a comprendere l'operazione intellettuale svolta dalla Corte EDU nella ridefinizione evolutiva di alcuni concetti chiave della Carta EDU, proveremo a seguire questa traccia, per quanto possibile.

La topologia, disciplina autonomamente sistematizzata solo a partire dal XIX secolo ma che affonda in realtà le radici in questioni e domande risalenti⁴³, è la branca della matematica che studia le proprietà delle figure che non variano sottoponendo le figure stesse a deformazioni continue. Essa dunque mira a individuare le caratteristiche geometriche di una figura (o insieme di punti) non dipendenti dalla nozione “quantitativa” di misura o forma, quelle proprietà di uno spazio che permangono inalterate anche a fronte di una trasformazione che, cambiando le distanze tra i punti dello spazio, non ne modifichi le reciproche relazio-

⁴² Per un approccio non specialistico a questa branca della matematica ho trovato molto utili il classico (sebbene introduca anche qualche formalizzazione matematica) P. ALEXANDROFF, *Elementary concepts of topology* (trad. inglese), New York, 1961 (ma prima edizione in russo del 1932) nonché il più recente V.V. PRASLOV, *Intuitive topology*, Providence, 1995. Per un inquadramento generale dei problemi trattati da questa branca della matematica rimane fondamentale il (pur ostico) R. PENROSE, *La strada che porta alla realtà*, Milano, 2007 (capitolo 12). Per una trattazione dal tono divulgativo circa il rapporto tra la nozione relativistica di spaziotempo e la topologia rimando al bell'articolo di J.-P. LUMINET, *Geometry and Topology in Relativistic Cosmology*, in C. BARTOCCI, L. BOI, C. SINIGAGLIA (a cura di), *New Trends in Geometry: Their Role in the Natural and Life Sciences*, London, 2011, 81 ss. Devo un ringraziamento particolare al dott. Giovanni Collini (Universität Leipzig) che ha provato a condurmi nel mondo della topologia, evitandomi gli errori e le semplificazioni più irricevibili.

⁴³ L'esempio tipico è il problema dei sette ponti di Königsberg, a partire dal quale si originò pure la riflessione di Eulero, su cui cenni infra. Per un inquadramento della particolare vicenda “storiografica” della topologia, impostasi all'attenzione della scienza mondiale in anni relativamente recenti e divenuta immediatamente strumento euristico potentissimo, si veda T. MORMANN, *Topology as an issue for history of philosophy of science*, in H. ANDERSEN, D. DIEKS, W. J. GONZALEZ, T. UEBEL, G. WHEELER (eds.), *New Challenges to Philosophy of Science*, Heidelberg-New York-London, 2013, 423 ss.

ni⁴⁴. Essa è dunque una branca della matematica che normalmente si definisce attraverso la nozione di trasformazione.

Ad esempio, la relazione tra lati, vertici e facce di un poliedro continuo definita dalla formula di Eulero ($\chi = V - S + F$) vale a prescindere dalla forma o dalla concreta dimensione del poliedro stesso e delle proporzioni tra i lati dello stesso. Essa individua dunque una proprietà topologica di quella classe di figure definibili come poliedri continui (la caratteristica di Eulero, χ), poiché essa continuerebbe a valere anche nel caso in cui deformassimo o ingrandissimo il poliedro in modo continuo: se deformiamo in modo continuo un cubo fino a renderlo un'altra figura solida anche irregolare o al limite persino una sfera, il numero di Eulero rimarrà invariato (in particolare, nel nostro caso, $\chi=2$).

Questo esempio consente di introdurre uno dei concetti fondamentali della topologia, ovvero quello di omeomorfismo: con tale termine si indica infatti qualsiasi trasformazione di uno spazio o figura che mantenga inalterate le caratteristiche che riguardano la loro struttura topologica, ovvero una trasformazione che conservi le invarianti topologiche della figura stessa. Esso identifica dunque la funzione di identità topologica, ovvero l'isomorfismo nella categoria degli spazi topologici⁴⁵. Ad esempio tra cubo e sfera vi è omomorfismo perché l'uno può essere deformato nell'altra senza strappi, mentre tra una sfera e una ciambella (toro, secondo la terminologia matematica) non vi è omomorfismo perché in questo caso lo spazio subirebbe una discontinuità. L'omeomorfismo dunque è quella funzione che pur modificando misura e forma di una figura ne preserva le caratteristiche topologiche.

Si può intuire persino da queste banali osservazioni la fruttuosità di questa concettualizzazione per qualunque studio che richieda di individuare delle proprietà geometriche invarianti pur di fronte a trasforma-

⁴⁴ Cristalline le parole del classico articolo di P. FRANKLIN, *What is topology?*, in *Philosophy of Science*, 2 (1), 1935, 39 ss., spec. 41: «plane topology may be visualized by imagining our diagrams drawn on a sheet of dentist's rubber, when stretched to lie flat. Now let the rubber be stretched more or less in any part, distorting the figure. Any property of the figure persevering is a topological property. Thus, topologically, a square, triangle and a circle are equivalent figures, but each is distinct from a ring bounded by two concentric circles».

⁴⁵ Per tutti V.V. PRASLOV, *Intuitive topology*, cit., 33 ss.

zioni dello spazio in senso metrico, dunque in primo luogo per la fisica dello spaziotempo⁴⁶. La topologia però ha travalicato i confini delle scienze fisiche e matematiche ed è stata di recente applicata ad altri ambiti in cui è centrale lo studio di movimento e caratteristiche spaziali, come ad esempio archeologia e architettura⁴⁷. Tale approccio poi, spogliato da ogni formalismo e ridotto ai suoi principii di base, si è rivelato un potente strumento euristico anche in ambiti del sapere affatto diversi, spingendo taluni studiosi a individuare nella “topological turn” un tratto caratteristico della cultura contemporanea⁴⁸.

Tale ripensamento non poteva lasciare indifferente nemmeno la scienza giuridica. A parte il pionieristico articolo di Roberto Bin⁴⁹, di recente è infatti apparsa una monografia significativamente intitolata *Legal Spaces - Towards a Topological Thinking of Law*⁵⁰ in cui l'autrice, in chiusura, prova a cimentarsi in una «topological observation of law»⁵¹, ovvero nel tentativo di applicare alcuni principi della topologia allo studio del fenomeno giuridico (in particolare della giurisprudenza della CGE e del Tribunale amministrativo federale tedesco in tema di diritti soggettivi pubblici).

A mio avviso la strada è fruttuosa e la topologia può fornire l'orizzonte concettuale entro il quale inquadrare pure la giurisprudenza evolutiva della CEDU in materia di diritti fondamentali ben analizzata dal-

⁴⁶ J.-P. LUMINET, *Geometry and Topology in Relativistic Cosmology*, cit., spec. 93 ss.

⁴⁷ Così M. CATTANI, A. FIORINI, *Topologia: identificazione, significato e valenza nella ricerca archeologica*, in *Archeologia e Calcolatori*, 14, 2004, 317 ss. e G. DI CRISTINA, *Architettura come topologia della trasformazione*, in M. EMMER (a cura di), *Matematica e cultura*, 2005, 129 ss.

⁴⁸ Si vedano in particolare il numero monografico *Topologies of culture* di *Theory, culture and society* e in particolare l'articolo introduttivo C. LURY, L. PARISI, T. TERRANOVA, *Introduction: The Becoming Topological of Culture*, in *Theory, culture and society*, 29 (4-5), 2012, 3 ss. nonché il volume S. GÜNZEL (a cura di), *Topologie. Zur Raumbeschreibung in den Kultur- und Medienwissenschaften*, Bielefeld, 2007.

⁴⁹ R. BIN, *Il Presidente Napolitano e la topologia della forma di governo* (disponibile all'URL http://www.robertobin.it/ARTICOLI/Presidenza_Napolitano.pdf).

⁵⁰ S. MÜLLER-MALL, *Legal Spaces Towards a Topological Thinking of Law*, Berlin, 2013.

⁵¹ S. MÜLLER-MALL, *Legal Spaces*, cit., 118.

la Sartori. Riprendendo l'analogia tra pensiero giuridico e spaziale, mi pare che le definizioni offerte dalla Corte nel corso della sua evoluzione interpretativa rispondano alla logica della topologia, piuttosto che alla logica della geometria metrica.

Giudicando il procedere della Corte sulla base delle nozioni di forma ed estensione, infatti, dovremmo concludere che le diverse definizioni da essa prodotte non sono sovrapponibili e dunque si riferiscono a figure diverse: tra di esse non vi è isometria, dunque non possono essere considerate identiche. Se così fosse, si porrebbe naturalmente un problema di certezza del diritto applicato dalla Corte e, di conseguenza, si rischierebbe un affievolimento del principio di uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge⁵².

Se invece riguardiamo a quelle definizioni dal punto di vista della topologia, possiamo osservare che esse individuano (de-finiscono) degli spazi la cui deformazione non pregiudica la conservazione di alcune caratteristiche invarianti pur a fronte della loro estensione, restrizione o rimodellamento. Le definizioni di volta in volta operate dalla Corte, sebbene differenti se riguardate dal punto di vista dell'isometria – ovvero della loro estensione e forma – risultano invece omeomorfe e dunque identiche per la topologia: la Corte opera una trasformazione continua, in cui pur modificandosi le distanze e l'estensione dei concetti rimangono invariate le caratteristiche funzionali e strutturali degli stessi, ovvero la funzione che quel concetto svolge nel contesto della giurisprudenza della Corte e così dell'ordinamento EDU.

Ciò risulta a mio avviso particolarmente evidente con riferimento alla progressiva ridefinizione della nozione di 'vita privata e familiare' contemplata dall'art. 8 CEDU. Occorre innanzitutto ricordare che tale disposizione – e la correlata nozione di 'vita privata e familiare' – non è solo un criterio di estensione di tutele e privilegi a categorie di cittadini fino ad ora esclusi (come nei casi discussi dalla Sartori), ma è pure il parametro per giudicare la compatibilità con l'ordinamento CEDU della repressione penale degli atti omosessuali: quando la Corte ha affermato

⁵² Come riconosce la Corte EDU nello stralcio riportato nella nota 56 del lavoro della Sartori.

l'illegittimità di tali normative penali discriminatorie⁵³, ha poggiato la sua argomentazione proprio sulla violazione del diritto alla “vita privata e familiare” previsto dall’art. 8 CEDU. Da questo punto di vista è allora evidente che solo attraverso una progressiva estensione di tale nozione – alla realtà omosessuale prima e transessuale poi – la disposizione in esame ha potuto continuare a svolgere la sua funzione primaria all’interno del sistema CEDU, ovvero quella di tutelare la vita privata (individuale e relazionale) dei soggetti. La Corte ha modificato l’estensione semantica di una parola, e così della disposizione relativa, ma così facendo ha potuto mantenere la funzione della norma stessa all’interno del sistema: in altre parole, le sue caratteristiche topologiche.

Per concludere, l’analisi della giurisprudenza evolutiva della CEDU da parte di Daria Sartori ha fornito l’occasione per un ripensamento della definizione intesa come metafora spaziale di una particolare operazione intellettuale. Il riferimento ai diversi modi matematici di studio degli spazi suggerisce che la definizione può sicuramente attecchirsi a mera delimitazione dell’estensione di uno spazio concettuale, come sopra evocato attraverso il paragone con l’*actio finium regundorum*; ma che può pure darsi una definizione topologica, in cui ciò che conta non è individuare i confini esatti di un concetto ma piuttosto le proprietà essenziali che si mantengono invariate pure a fronte di una deformazione dei suoi contorni, quelle che lo rendono riconoscibile e individuabile anche laddove subisca delle ri-definizioni.

Conclusione certamente banale, ma che può rappresentare una formalizzazione concettuale utile a inquadrare le difficoltà incontrate da chi si appresti allo studio storico del diritto, a seguire genealogia e metamorfosi di concetti giuridici che si pretendono continui e identici nel loro svolgimento. Dunque da chiunque si appresti allo studio del diritto, in fondo⁵⁴.

⁵³ Mi riferisco alle celebri *Dudgeon c. Regno Unito e Irlanda del Nord* del 22 ottobre 1981; *Norris c. Irlanda* del 26 ottobre 1988; *Modinos c. Cipro* del 22 aprile 1993.

⁵⁴ Mi piace concludere ricordando un grande romanista – che cancellò l’aggettivo “storico” dalla nuova edizione della sua opera più celebre, perché convinto dell’insensatezza della distinzione tra studio storico e studio giuridico – e richiamando le sue illuminanti riflessioni, che pur affondando le radici nell’esperienza dello studio del diritto

romano propongono spunti validi per qualunque giurista: mi riferisco naturalmente a R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1989, 385 ss.

SEZIONE III
(IN)DEFINIZIONI

“NECESSITÀ”, “STATO DI NECESSITÀ”
E “CRISI ECONOMICA”:
L’INDEFINITEZZA COME PRATICA DI GOVERNO

Francesco Campodonico

SOMMARIO: 1. *Introduzione e premessa*. 2. *Il decreto “principe”: lo stato d’assedio*. 3. *L’indefinitezza della necessità*. 4. *L’indefinitezza come “pratica di governo”*. 5. *Il concetto di “crisi”, i decreti-legge e la giurisprudenza della Corte costituzionale in epoca repubblicana*. 6. *Conclusioni*.

1. Introduzione e premessa

Nel 1937, Luigi Rossi, a proposito dell’espressione «pieni poteri», scriveva¹:

Ci troviamo subito di fronte, come spesso accade, a una delle maggiori difficoltà che offre il diritto pubblico: alla imprecisione dei termini. Poiché a differenza del diritto privato, nel diritto pubblico, per diverse e complesse ragioni ben note, è difficile non solo penetrare l’essenza e fissare limpidamente le linee di vari istituti, ma perfino dare un significato preciso e non equivoco alla denominazione di questi.

Se definire gli istituti costituzionali, in generale, è «difficile», dare un significato al termine «necessità», che è solo il presupposto di un istituto pubblicistico, rasenta l’impossibilità.

La dottrina ottocentesca (e, in parte, quella primo-novecentesca) ha provato ad offrire svariate definizioni, senza mai trovare la chiave per ricondurre a razionalità il quadro complessivo e riuscire ad inserire l’istituto delle *ordinanze d’urgenza* (o d’emergenza) nel grande mosaico delle fonti del diritto pubblico.

¹ L. ROSSI, *I “pieni poteri”*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1937, XV, 346.

A contare dall'entrata in vigore dello Statuto, il primo regio decreto(-legge), firmato dal re Carlo Alberto di Savoia, reca la data del 27 maggio 1848 e riguarda l'abolizione del dazio doganale tra il Ducato di Parma e il Regno di Sardegna². Lo Statuto albertino aveva, allora, poco più di due mesi di vita (era stato promulgato il 4 marzo 1848) e quel testo nulla diceva a riguardo del potere dell'Esecutivo e del suo capo (il re) di emanare atti aventi forza di legge. Gli articoli 3 e 6 della Carta stabilivano, infatti, che la potestà legislativa appartenesse al re e alle Camere congiuntamente (art. 3) e che al sovrano fosse precluso il potere di sospendere o dispensare dall'osservanza delle leggi (art. 6)³. D'altro canto, però, agli art. 82 e 83, era stata prevista una disciplina transitoria⁴ che consentiva l'esercizio di un potere legislativo (per quanto temporalmente limitato) tramite decreto reale.

Sulla corretta interpretazione del testo, com'era inevitabile, si accese subito una *querelle* tra i principali esponenti della dottrina del tempo.

Parte degli autori⁵ sosteneva che con la formulazione dell'articolo 6 dello Statuto, redatto sulla falsariga dall'art. 13 della Costituzione fran-

² Si tratta del r.d. 27 maggio 1848, n. 738, come riferisce G. FERRARI, *Formula e natura dell'attuale decretazione con valore legislativo*, Milano, 1948, 17, nota 2.

³ Sulle divergenze dottrinali in merito all'articolo 6 dello Statuto si vedano S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio-Calabria*, in *Rivista di Diritto Pubblico*, 1909, parte I, oggi anche in ID., *Scritti minori*, Milano, 1990, 365-366, nt. 19; più recentemente anche L. PALADIN, art. 77, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1979, 44 e M. BENVENUTI, *Alle origini dei decreti-legge. Saggio sulla decretazione governativa di urgenza e sulla sua genealogia nell'ordinamento giuridico dell'Italia prefascista*, in *Nomos*, 2, 2012, 1.

⁴ Disciplina che sarebbe rimasta in vigore fino al «giorno della prima riunione delle due Camere, la quale avrà luogo appena compiute le elezioni». Nell'intermezzo temporale, infatti, «sarà provveduto al pubblico servizio d'urgenza con Sovrane disposizioni secondo i modi e le forme fino a qui seguite (...)».

⁵ Tra cui P. CANEPA VACCARO, *Sulle ordinanze d'urgenza: a proposito di sentenze recenti*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1895, 336-347; A. CODACCI PISANELLI, *Nota a Cass. Roma, sent. 17.11.1888*, 1890, rist. *Sulle ordinanze d'urgenza*, in ID., *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1900, 96 e L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1909, 54.

Secondo l'opinione di un allievo di Oreste Ranelletti, F. ROVELLI, l'art. 6 riguardava solo la «competenza propria e normale» dell'Esecutivo, lasciando quindi non risolta

cese del 1830 ma con la sola esclusione dell’avverbio “giammai” (*jamaïs*), i compilatori dello Statuto avessero inteso fare riserva al re della potestà di adottare decreti aventi il valore⁶ di legge ordinaria⁷.

Viceversa, la maggioranza⁸ si mostrava concorde nel ritenere esclusa dal sistema costituzionale-statutario la possibilità, per l’Esecutivo, di adottare tali provvedimenti.

Le analisi svolte dalla dottrina del periodo sono molteplici e non potrebbero – neppure volendo – trovare un adeguato spazio in queste pagine, che – come suggerito dal titolo – si concentreranno solo su un piccolo segmento di quella ben più vasta discussione, per la quale si rinvia a scritti classici⁹ e a ricostruzioni più recenti¹⁰.

la questione della “competenza in via straordinaria” (*Sulla legittimità dei decreti legge*, in *Foro italiano*, 1992, I, 562).

⁶ Sulle (ben più recenti) divergenze interpretative tra atti con “forza di legge” e “valore di legge” si veda L. PALADIN, *Art. 77*, cit., 44-47.

⁷ Sulla non correttezza di questa tesi, smentita anche dalle risultanze dei lavori del Consiglio generale di conferenza, si vedano F. RACIOPPI, I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, Torino, 1909, I, 354 e, più di recente, il richiamo di M. BENVENUTI, *op. cit.*, 19-20. Per una ricostruzione completa della vicenda legata alla scomparsa dell’avverbio *jamaïs* dall’articolo 6 dello Statuto albertino, v. A. TRAVERSA, *Lo stato di necessità nel diritto pubblico interno*, Napoli, 1916.

⁸ Come confermano O. RANELLETTI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1932, 361 e R. CERCIELLO, *L’ammissibilità dei decreti legge nel diritto positivo postbellico*, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, 13, 1921, 459-460.

⁹ Fondamentali gli scritti di S. ROMANO, *Sui decreti-legge*, cit.; L. ROSSI, *Il decreto-legge sui provvedimenti politici davanti al diritto e al potere giudiziario*, in *Temi veneta*, 1899; F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1901, III, 193; O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo Trattato completo di Diritto Amministrativo italiano*, 1901, IV, parte I, 1154; V.E. ORLANDO, *Ancora sui decreti-legge per fatto personale*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1925, 1, 212-219; G. D’AMARIO, *L’ordinanza d’urgenza per lo stato di diritto*, Torino, 1907; E. PRESUTTI, *La questione dei decreti-legge*, in *Rivista di politica economica*, 1922; M. SIOTTO-PINTOR, *Nota alla sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione del 16 novembre del 1922*, in *Foro italiano*, 1923, parte 1-I, XLVIII, 3-30; U. GALEOTTI, *Facoltà legislativa del Governo*, in *Legge*, XXX, 1890, I e T. PERASSI, *Necessità e stato di necessità nella teoria dommatica della produzione giuridica*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1917, I, 269 ss.

I profili di cui ci si occuperà, invece, sono legati tanto alla nostra storia costituzionale quanto all'attualità, perché ruotano attorno ad una persistente (forse inesauribile) questione definitoria che, travalicando l'ambito statutario – prima – e costituzionale – poi –, ha avuto e continua ad avere importanti ricadute sull'equilibrio dell'intera forma di governo del nostro Paese.

2. Il decreto “principe”: lo stato d'assedio

Prima di parlare della necessità «politica», com'è stata definita¹¹, sembra opportuno delineare l'istituto (*rectius*, gli istituti) di cui costituiva il “solo” presupposto, almeno durante la vigenza dello Statuto albertino.

La dizione “decreti-legge” – com'è noto – è stata usata, ufficialmente, solo a partire dal 1915¹² (ma, in dottrina, l'espressione è più risalente)¹³ e, prima di allora, nei documenti formali, si era soliti riferirsi agli atti normativi “d'urgenza” dell'Esecutivo con espressioni varie, come «ordinanze emergenziali», «ordinanze d'urgenza», «atti con forza di legge», ma, principalmente, «ordinanze sullo stato d'assedio».

¹⁰ In epoca repubblicana, *ex mutiis*, si v. A. CELOTTO, *L'abuso del decreto-legge*, Padova, 1997; M. BENVENUTI, *op. cit.*; N. LUPO, *I decreti-legge nel primo dopoguerra, nelle letture dei giudici e dei giuristi*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2014; C. LATINI, *Governare l'emergenza. Delega legislativa e pieni poteri in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, 2005; M. MECCARELLI, *La questione dei decreti-legge tra dimensione fattuale e teorica: la sentenza della Corte di cassazione di Roma del 20 febbraio 1900 riguardo al r.d. 22 giugno 1899 n. 227*, in *Historia Constitucional*, 6, 2005; F. ROSELLI, *Giudici e limiti al potere del legislatore, vigente lo statuto albertino*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1986, 531 e F. COLAO, *Decreti-legge nell'esperienza dello Stato liberale*, in *Democrazia e Diritto*, 5, 1981, 136-150.

¹¹ Così A. TRAVERSA, *op. cit.*, 65; l'autore la distingue così dalla necessità *finanziaria*. Le due “figure” della necessità si riferiscono solo ad alcuni dei casi che possono verificarsi, non li esauriscono.

¹² Cfr. M. BENVENUTI, *op. cit.*, 1, nt. 2.

¹³ Come testimonia G. D'AMARIO, *op. cit.*, 27.

Effettivamente, lo stato d’assedio non era che uno dei tre possibili «ambiti di intervento» della decretazione governativa d’urgenza¹⁴, tuttavia, per la sua importanza sistemica, è stato definito la «punta di (...) iceberg»¹⁵ del fenomeno, essendo il tema forse più dibattuto dalla giuspubblicistica del tempo. Vediamone, quindi, le principali caratteristiche.

Anzitutto, la sua riconducibilità al “genere” dei decreti-legge è stata messa in dubbio da una parte della dottrina¹⁶. Com’è noto, infatti, la proclamazione dello stato d’assedio aveva per effetto l’equiparazione «in tempo di pace, di porzioni più o meno grandi del territorio dello Stato a zone di operazioni militari in presenza del nemico in tempo di guerra»¹⁷. Per questo motivo, si riteneva che in considerazione dei gravi effetti che avrebbe prodotto e della sua applicazione in zone spesso fuori dal controllo delle autorità civili, esso fosse un provvedimento “di natura solo militare”, completamente estraneo al sistema ordinario delle fonti.

I due celebri commentatori dello Statuto albertino¹⁸ avevano già osservato che, con la proclamazione dello stato d’assedio tramite decreto, si producevano diverse e significative conseguenze:

- a) lo spostamento di tutti i poteri legali nell’autorità militare indicata nel decreto di proclamazione;
- b) l’insediamento dei tribunali di guerra, «per giudicare le persone non militari che si rendessero colpevoli di certi reati tassativamente indicati nel codice penale militare»;

¹⁴ Così M. BENVENUTI, *op. cit.*, 5. Le altre due aree di intervento della decretazione d’urgenza sono la «legislazione generale» (cfr. F. CAMMEO, *op. cit.*, 193) e la «materia tributaria».

¹⁵ P. COLOMBO, *Il re d’Italia*, Milano, 1999, 295 (citato da M. BENVENUTI, *op. cit.*, 5).

¹⁶ L. ROSSI, *Il decreto-legge*, cit, 526, nt. 6. La giurisprudenza, tuttavia, l’aveva ammessa in quanto non espressamente vietata dallo Statuto. Così, infatti, si esprimeva la Cass. pen., sez. I, sent. 22 agosto 1898, *Chiesi e al.*, in *Giur. It.*, 1898, II, 279, «se non vi è una disposizione nei codici che stabilisca essere applicabile alla insurrezione e alla guerra civile le regole del codice penale militare del tempo di guerra, non vi è nello statuto fondamentale del regno, né in altre leggi alcun disposto che lo vieti».

¹⁷ R. MARTUCCI, *Storia costituzionale italiana Dallo Statuto Albertino alla Repubblica (1848-2001)*, Roma, 2002, 150, nt. 54.

¹⁸ F. RACIOPPI, I. BRUNELLI, *op. cit.*, 273.

c) la concessione della potestà in capo all'autorità militare ad emettere «bandi e ordini aventi forza di legge nella periferia del proprio comando».

Aldilà dell'analisi delle conseguenze, però, il punto fondamentale – come si può capire – rimaneva quello di identificare l'organo cui spettasse «il potere di valutazione della necessità di difesa delle istituzioni dai pericoli»¹⁹.

Per logica, un tale potere avrebbe dovuto essere «devoluto all'organo medesimo destinato poi ad agire in via repressiva»²⁰.

Tramite detto «potere di valutazione della necessità» – che implicava, necessariamente, anche il conferimento del potere di definire la necessità stessa – si poteva accedere allo «stato di eccezione», così ben analizzato, anche da un punto di vista filosofico, da Giorgio Agamben in un suo libro famoso²¹. Come suggerito da questo Autore, se è vero – per dirla con Schmitt – che è sovrano chi «decide sullo stato di eccezione» dev'essere altrettanto vero che è sovrano colui che decide la *necessità*²².

Una volta definito il contenuto del (grande) potere da conferirsi (cioè il potere di “dire” la necessità), occorreva identificare un organo che fosse “adatto” a decidere, perché la valutazione e l'attività repressiva (o preventiva)²³ fossero «azioni rapide»²⁴.

Mentre l'istituzione parlamentare appariva inidonea, *ab origine*, a svolgere un'attività deliberativa rapida ed efficiente²⁵, l'Esecutivo, al contrario, risultava un organo «stabile e permanente e perciò capace di

¹⁹ G. MOTZO, *Assedio (stato di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958, III, 252.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2003.

²² «Non soltanto la legittimità di tale teoria (la teoria dello stato di eccezione, *nda*) viene negata da quegli autori che (...) affermano che lo stato di necessità su cui l'eccezione si fonda, non può avere forma giuridica, ma la sua definizione è resa difficile dal suo situarsi al limite fra la politica e il diritto» (*Ivi*, 9).

²³ Come avvenne in alcuni celebri casi, ad es. con il c.d. “decreto Rattazzi” (r.d. 17 agosto 1862, n. 764) e con il r.d. 20 agosto 1862, n. 775.

²⁴ Cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976, II, 702.

²⁵ Il Parlamento, secondo Mortati, infatti, è «organo intermittente, complesso, tardigrado» (*ibidem*).

rapida azione»²⁶: non a caso era stato proprio quest’organo ad essere chiamato ad intervenire anche in caso di guerra²⁷; di conseguenza, non poteva che essere il Governo “a decidere sulla *necessità*” e, di conseguenza, sulla proclamazione dello «stato d’assedio».

Quale spazio, dunque, rimaneva al Parlamento per intervenire? Nessuno, almeno in questi casi. Un controllo, *a posteriori*, su questa “attività” dell’Esecutivo, infatti, continuerà a mancare per tutta la seconda metà dell’Ottocento²⁸: i vari regi decreti di proclamazione dello stato d’assedio – a differenza degli altri – non venivano neppure presentati (per la conversione) alle Camere.

Così tratteggiate le caratteristiche strutturali (e le ragioni delle scelte ad esse sottese) con riferimento a quella particolare tipologia di decreti-legge sul c.d. stato d’assedio, sembra opportuno, adesso, concentrare l’attenzione sul suo presupposto “di merito” e indagare le varie posizioni dottrinali sul concetto giuridico di “necessità”.

²⁶ C. MORTATI, *Istituzioni*, cit., 702.

²⁷ Sulla tendenza all’equiparazione del decreto di proclamazione dello “stato d’assedio” e quello di proclamazione dello “stato di guerra” esiste una differente impostazione dottrinale di cui occorre dar conto. Si metteranno qui a confronto quanto sostenuto, da un lato, da S. Romano e, dall’altro, da F. Racioppi (ID., *Lo stato d’assedio e i tribunali di guerra*, in *Giornale degli economisti*, 1898, XVII, 138-158).

Il primo affermava che «(...) sarebbe (stato) alquanto paradossale negare le evidenti somiglianze» (S. ROMANO, *Sui decreti-legge*, cit., 353) tra stato d’assedio e stato di guerra, anche perché, richiamandosi al precedente dello stato d’assedio dichiarato per il terremoto di Messina e Reggio del 1908, vi potevano essere situazioni per «certi versi identiche e per altri più gravi» di quelle che si verificavano «nei territori in stato di guerra».

L’altro autore, invece, rilevava come restasse indimostrata l’«evidente traduzione» della figura dello stato d’assedio in quella di stato di guerra e, ricordando la definizione legale di «stato di guerra», riteneva che essa potesse riservarsi ai soli casi di «guerra nel senso stretto della parola», condotta tra Stati sovrani con «eserciti belligeranti». Nonostante le censure mosse dal Racioppi a questa sostanziale identità tra concetti diversi, artatamente creata dall’Esecutivo con la complicità delle maggioranze parlamentari e della magistratura, il Romano sosteneva che la tesi dell’identità tra i due concetti fosse «precisamente quella che (era) stata adottata dalla pratica italiana in parecchie dichiarazioni dello stato d’assedio».

²⁸ Fino alla legge 17 luglio 1898, n. 2977. Per un elenco dei decreti di proclamazione dello stato d’assedio, a partire dal 1849, v. si M. BENVENUTI, *op. cit.*, 8.

3. *L'indefinitezza della necessità*

La necessità di cui ci occupiamo deve concepirsi come una condizione di cose che, almeno di regola e in modo compiuto e praticamente efficace, non può essere disciplinata da norme precedentemente stabilite.

È con queste parole che Santi Romano²⁹ tentava di dare significato al “concetto” di *necessità*, sostanzialmente negando – al contempo – l'esistenza di una sua definizione. La necessità, infatti – almeno per come la intendeva il Romano –, è una «condizione di cose», *a priori* indefinibile perché una norma che la volesse contemplare non potrebbe materialmente «scriversi»³⁰, in quanto la necessità non potrà mai “pre-dirsi”: si sa che c'è (o potrà esserci) ma la si potrà definire solo una volta che si sia già verificata.

Completando logicamente il sillogismo³¹, Romano sosteneva che, se la necessità produce norme giuridiche ma non è regolata da altre fonti dell'ordinamento, allora essa stessa deve essere «fonte del diritto»³².

Sebbene possa apparire connotata da un alto grado di genericità (in-sita, logicamente, nella stessa disponibilità del potere “creativo di diritto”, che riposa nelle mani dell'organo chiamato a decidere sulla necessità), la tesi del Romano si rivela più specifica, almeno nei suoi riferimenti. Sono, infatti, «rivolte» e «terremoti» quelle condizioni “di necessità” cui questo autore pensava, nell'elaborare la sua teoria della necessità come fonte del diritto.

Egli, infatti, non poteva certo immaginare (secondo un criterio di rigore istituzionale che non può essere, oggi, revocato in dubbio) che la

²⁹ S. ROMANO, *Sui decreti-legge*, cit., 362.

³⁰ Sul punto, però, si veda la critica di U. GALEOTTI, *op. cit.*, 174, per il quale un conto è la “previsione specifica di una determinata circostanza straordinaria” (come un terremoto, un'epidemia, ecc.), un altro è la “previsione generica di una qualsiasi circostanza straordinaria”.

³¹ Che potremmo formulare in questi termini «Tutte le fonti dell'ordinamento producono norme giuridiche» e «la necessità produce norme giuridiche» allora «la necessità è una fonte dell'ordinamento».

³² «Ma se essa non ha legge, fa legge (...) il che vuole dire che costituisce essa medesima una vera e propria fonte del diritto» così S. ROMANO, *Sui decreti-legge*, cit., 362.

sua teoria si sarebbe prestata così bene – come vedremo – ad una completa strumentalizzazione da parte dell’Esecutivo.

Tuttavia, prima di affrontare la deriva novecentesca della necessità come “pratica di governo”, occorre terminare l’analisi degli altri tentativi definitori di questa entità, da Romano ritenuta “indefinibile”.

Un altro autore, Antonio Traversa, descriveva la necessità come «uno stato di cose, in cui le ordinarie disposizioni legislative si manifestino inadeguate e insufficienti»³³.

Benché Traversa ritenesse, al pari del Romano, impossibile procedere ad enumerare tutti i casi in cui tale «stato di cose» si sarebbe potuto verificare “in concreto”, egli teorizzava l’esistenza di un elemento costante, che – a suo giudizio – avrebbe comportato, in ogni singolo caso, il ricorso agli strumenti emergenziali (e quindi alla dichiarazione governativa della «necessità»): l’«inadeguatezza o insufficienza» delle «disposizioni legislative ordinarie»³⁴.

Neppure la tesi di Traversa, però, risultava del tutto convincente. Essa, infatti, si limitava a spostare il problema: chi avrebbe giudicato sull’adeguatezza e sulla sufficienza delle «disposizioni legislative ordinarie»?

Dall’altro lato, anche abbandonando ogni pretesa di offrire una definizione generale di necessità, i tentativi fatti di ridurre la *necessità* “al fatto” (ad un preciso fatto – guerre, epidemie, rivolte, terremoti, ecc. – oppure ad alcune “tipologie” di fatti – come aveva proposto U. Galeotti –)³⁵ si dimostravano tutti fallimentari.

Come faceva osservare, con riferimento alla proclamazione dello stato d’assedio, Francesco Racioppi: «il concentramento dei poteri (...) non nasce spontaneo dai fatti, ma solo potrebbe sorgere dalle deliberazioni del Governo, e in quella misura che al Governo sembrasse necessaria»³⁶. In altri termini, la qualificazione di quei fatti da cui sarebbe sorta la necessità, essendo rimessa comunque alla discrezionalità del Governo, non avrebbe potuto offrire alcuna garanzia circa la correttezza dell’uso dei poteri emergenziali.

³³ A. TRAVERSA, *op. cit.*, 65.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ V. *supra*, nota 30.

³⁶ F. RACIOPPI, *Lo stato d’assedio*, cit., 140.

Infine, secondo la tesi di Luigi Rossi, siccome il riconoscimento di tali poteri in capo all'autorità governativa non si sarebbe potuto negare in alcun caso, la "necessità" avrebbe dovuto qualificarsi come "regola indispensabile" per la preservazione dell'ordinamento civile.

Se, infatti, «ragion di Stato» o «diritto di necessità»³⁷ equivalevano alla potestà governativa di opporre «a estremi mali estremi rimedii»³⁸, allora, tale «diritto» sarebbe esistito per ogni Governo, per la semplice ragione che «non p(oteva) non esistere»³⁹.

Le argomentazioni di Rossi, che saranno riprese e sviluppate, in seguito, anche da altri autori⁴⁰, attenevano principalmente allo svolgimento della funzione di «conservazione sociale» o di «conservazione dello Stato»⁴¹; compito demandato, per costituzione (volutamente con la "c" minuscola), a tutti i poteri dello Stato, a tutte le istituzioni e a tutti gli organi dell'apparato pubblico e, specialmente, al Governo. Quest'ultimo diveniva, così, l'organo titolato a provvedere sulla necessità o per-

³⁷ *Ivi*, 141.

³⁸ Cfr. L. ROSSI, *Lo stato d'assedio*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1894, 93, per il quale «Lo Statuto è una legge di libertà che può riuscire dannosa in tempi eccezionali, quando il diritto e il dovere supremo dello Stato impongano a questo di adoperare mezzi straordinari contro mali straordinari».

³⁹ Cfr. V.E. ORLANDO, *Ancora sui decreti-legge*, cit., 215.

⁴⁰ V. L. ROSSI, *Lo stato d'assedio*, cit., 93, il quale parla dei due «limiti estremi» della vita «sana e fisiologica»: «a un estremo la tutela del cittadino contro lo Stato (...) all'altro estremo la tutela dello Stato contro l'individuo, dell'autorità contro la dissoluzione civile, che si esplica in via anormale con le leggi eccezionali e lo stato d'assedio» e che finisce per affermare il principio «*salus rei publicae suprema lex esto*: ci sono, cioè, le leggi positive, ma c'è una *legge suprema* (sic) avanti a tutte di fronte alla quale tutte devono cedere, la conservazione dello Stato». Cfr. F. CAMMEO, *Lo stato d'assedio e la giurisdizione*, in *Giur. it.*, 50, 1898, pt. 4, 369, per il quale «Lo stato d'assedio è quella condizione di diritto pubblico, avente conseguenze costituzionali, amministrative, penali e procedurali, in cui, per attuare una più sicura ed *efficace difesa dello Stato* ed una più completa e pronta tutela dell'ordine pubblico, può venir posto uno Stato od una parte di esso, in occasione di una guerra con nemico straniero o in occasione di una insurrezione interna» (corsivo aggiunto).

⁴¹ Così L. ROSSI, *Lo stato d'assedio*, cit., 93, che la fa coincidere con la vera *lex legum* dell'ordinamento statutario e la «ragion di Stato» di Racioppi.

ché titolare di una «funzione legislativa latente»⁴² o perché garante di una «reazione eccezionale dello Stato a fronte di un pericolo – non immaginario ma reale – di una rivoluzione in atto, o quasi, (che) distrugga l’ordinamento giuridico e politico costituito»⁴³.

La questione, a ben vedere, si era però spostata: dal piano delle fonti del diritto (di cui parlava Romano) si era passati a quello delle competenze; ed è in questo campo che si cala l’intervento, autorevole, di Oreste Ranelletti. Egli (forse più preoccupato dal funzionamento della “macchina amministrativa” che dai principi costituzionali in campo) fu il primo a tratteggiare i contorni di un istituto particolare, che egli battezzava «stato di necessità»⁴⁴. Con questa espressione, Ranelletti intendeva una *situazione di fatto*⁴⁵ nella quale l’esigenza dell’interesse pubblico fosse così imperiosa da doversi provvedere immediatamente, perché l’azione amministrativa «conserv(asse) efficacia»⁴⁶. In casi come questo, all’amministrazione pubblica sarebbe stato consentito invadere sfere di competenza di altri organi (o poteri dello Stato) e dispensare dall’osservanza delle forme prescritte dalla legge. La portata di queste disposizioni «dispensate dall’osservanza delle norme di legge già vigenti», seppure dettate per singoli casi, non era, tuttavia, da considerarsi “eccezionale” bensì “speciale”, in quanto applicazione di un – non

⁴² Facoltà che potrebbe manifestarsi «solo in date circostanze», v. A.G. FONTANIVE, *Teoria dei Decreti legge*, Bologna, 1897, 68.

⁴³ I. BRUNELLI, *I decreti legge ed il potere giudiziario*, in *Riv. dir. pubb.*, 1925, 1, 220.

⁴⁴ ID., *Lezioni di diritto amministrativo*, a cura di L. ALVANO, tenute presso l’Università di Napoli, 1921.

⁴⁵ Nello stesso senso, pur non condividendo *in astratto* la tesi di Ranelletti, anche V. E. ORLANDO, *op. ult. cit.*, 215, per il quale, in definitiva, «Lo stato di necessità costituisce un elemento di fatto capace di avere ragione di tutte le norme, di diritto, così individuale che collettivo. È inutile fare un’indagine di legittimazione: è così, e non può non essere così».

⁴⁶ Cfr. O. RANELLETTI, *La potestà legislativa del Governo*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1926, 175: «Il Governo, in caso di urgente necessità pubblica, che esige in modo assoluto e improrogabile un provvedimento e non consente di attenderne l’approvazione da parte degli organi legislativi, ha la competenza *straordinaria, eccezionale (sic)*, di statuire in luogo degli organi legislativi stessi, cioè con decreto che ha valore di legge».

scritto ma vigente (e quindi anch'esso non definito) – principio, implicito all'ordinamento ed avente carattere generale⁴⁷.

Infine, con l'avvento del fascismo e la successiva approvazione della legge n. 100 del 1926, che veniva a regolare i casi di potestà normativa dell'Esecutivo, si proponeva ancora una definizione (non certo originale) di necessità. Nella relazione ministeriale di accompagnamento al disegno di legge si può leggere⁴⁸, infatti, che:

Il decreto-legge deve essere richiesto da *necessità assoluta e urgente* (sic), essere, perciò, emanato in casi *straordinari* (sic), ossia in contingenze eccedenti le condizioni normali e quindi costituire una forma di legislazione assolutamente eccezionale.

La formula scelta dal nascente regime era, in qualche modo, un misto delle tesi precedentemente espresse dalle varie dottrine. Se, infatti, ci si concentra sull'ultima parte della proposizione, laddove si parla di una «forma di legislazione assolutamente eccezionale», sembra chiaro il riferimento alle tesi espresse da Santi Romano e al valore della necessità come fonte del diritto (e quindi, se si vuole, «forma di legislazione»). Dall'altro lato, invece, quel riferimento alle «contingenze eccedenti le condizioni normali» potrebbe far pensare all'ipotesi di Traversa, e alla sua visione di una decretazione d'urgenza chiamata ad intervenire laddove le norme ordinarie si dimostrino insufficienti. Infine, quel riferimento ai casi «straordinari» (in netta antitesi rispetto a quanto predicato dal Romano) sembra richiamare le tesi di Luigi Rossi⁴⁹, circa la necessità come “regola ultima” e elemento attribuyente una competen-

⁴⁷ Ad essere preferita nella relazione ministeriale di accompagnamento alla legge n. 100 del 1926, sarà, tuttavia, la tesi di L. Rossi, più che quella di Ranelletti, come pare evidente da questa frase: «In questi casi (di necessità, *nda*) il potere esecutivo, che è il potere continuativo e permanente dello Stato, più che assumersi facoltà spettanti ad altro potere, viene in realtà ad esplicitare una delle funzioni naturali e predominanti del Governo, ossia quella di provvedere alla continuità della vita dello Stato e della Nazione» (cit. da O. RANELLETTI, *La potestà*, cit., 176).

⁴⁸ Vedi lo stralcio citato sempre da O. RANELLETTI, *ibidem*.

⁴⁹ Si noti, peraltro, che proprio l'espressione «casi straordinari» sarà adottata nel testo dell'art. 3 della legge 100 del 1926: «Con decreto Reale, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, possono emanarsi norme aventi forza di legge (...) – nei casi straordinari, nei quali ragioni di urgenza ed assoluta necessità lo richiedano».

za “straordinaria” dell’Esecutivo, in vista della “necessaria” preservazione dello Stato.

Diversamente da quanto ci si sarebbe potuti attendere, la formula adottata dal regime appariva piuttosto restrittiva, insistendo sull’elemento della “straordinarietà” dei casi in cui il governo avrebbe potuto adottare decreti aventi forza di legge.

Questo rigore (solo apparente, in quanto il controllo sui presupposti veniva demandato al solo Parlamento, v. *infra*) sui limiti della legislazione governativa d’urgenza spingeva lo stesso Ranelletti a formulare questo auspicio:

Ricondotto così il decreto legge alla sua vera figura e al suo giusto fondamento, è da augurarsi che nella pratica governativa essi siano veramente emanati quando lo stato di necessità effettivamente concorra e cessi per tal modo l’abuso di un atto, che da anni è diventato un ordinario, facile mezzo di legislazione⁵⁰.

L’auspicio, pur autorevole, sarà tuttavia dimenticato.

4. *L’indefinitezza come “pratica di governo”*

Già nel 1923, Manfredi Siotto-Pintor⁵¹ rilevava, a commento dei dati contenuti in una Relazione dell’Ufficio centrale del Senato della XXVI legislatura⁵², come l’incidenza del fenomeno della decretazione governativa d’urgenza fosse stata molto limitata per quasi sessantacinque anni di Regno (dal 1848 a tutto il 1913), potendosi contare non più di 260 decreti (per una media di quattro decreti all’anno), e che «l’uso del de-

⁵⁰ O. RANELLETTI, *Istituzioni*, cit., 362.

⁵¹ M. SIOTTO-PINTOR, *op. cit.*, 4.

⁵² La Relazione si accompagnava alla proposta di legge, a firma del senatore Scialoja, concernente la conversione in legge dei decreti-legge, in *Atti parlam.*, Legislatura XXVI, Senato, Docum. 345 A. La relazione del senatore è stata riprodotta anche nell’articolo, sempre a firma di V. SCIALOIA, pubblicato su *Archivio Giuridico*, 1923, 4, con il titolo *Sulla conversione in legge dei decreti-legge*.

creto-legge (fosse) divenuto abitudinario soprattutto nel clima storico eccezionale, creato e lasciato dopo di sé dalla guerra mondiale»⁵³.

Dal 1914 al 1922 (quando il giurista scrive il suo commento per il *Foro italiano*), infatti, il numero dei decreti era cresciuto esponenzialmente: se ne potevano enumerare già più di 3.250⁵⁴.

L'incidenza numerica ridotta in quei primi sessant'anni dell'"Italia liberale" ci consente di fare una considerazione sul modo di concepire la *necessità*; un modo di intendere, lo si vedrà, strettamente connesso all'evoluzione della decretazione d'urgenza come *pratica di governo*.

Come abbiamo avuto modo di osservare sopra, quando Santi Romano e gli altri autori ragionavano della necessità nel diritto pubblico – e ciò appare chiaro dai loro scritti – la intendevano come “necessità specifica”, relativa ad uno o più fatti concreti (per quanto imprevedibili).

È soltanto con lo scoppio della Grande Guerra (e le carenze logistico/militari che essa mise in luce) che la legislazione italiana – complice anche la legge sui c.d. “pieni poteri”⁵⁵ – ha conosciuto un impressionante incremento della decretazione governativa d'urgenza (insieme ad un aumento delle materie sulle quali i vari decreti venivano ad intervenire)⁵⁶.

A ben vedere, la Prima Guerra mondiale ha rappresentato la prima vera “crisi” italiana, ovvero la prima apparizione della necessità di provvedere in senso generico o “aspecifico”⁵⁷; ed è proprio in tale con-

⁵³ M. SIOTTO-PINTOR, *op. cit.*, 4.

⁵⁴ Sulla numerazione non vi è accordo. Si noti, infatti, che L. PALADIN, *Art. 77*, cit., 45, parla di una “settantina” di casi fino al 1890, specificando che alcuni sono “contestati”, e di un massimo di 1043 decreti nel 1919. L'A. riconduce queste divergenze numeriche alle forme eterogenee che i vari decreti venivano ad assumere nel corso degli anni e col mutare delle legislature, consolidandosi in una “figura” definitiva “solo con l'andare del tempo”. Più analitico il computo di U. GALEOTTI, *op. cit.*, 175 ss. (ne contò 66 dal 1848 al 1890; di cui 45 dal 1860 al 1866 e 21 distribuiti nei successivi 15 anni); tale computo è stato ripreso anche da A. TRAVERSA, *op. cit.*, 48, e da A. CELOTTO, *L'abuso del decreto-legge*, Padova, 1997, 121.

⁵⁵ V. la Legge 22 maggio 1915, n. 671.

⁵⁶ Per una buona rassegna di materie su cui intervennero i decreti-legge e da cui traspare, già allora, un chiaro abuso dell'istituto stesso, v.si M. SIOTTO-PINTOR, *op. cit.*, 3.

⁵⁷ Cfr. C. PINELLI, *Il decreto-legge e la teoria costituzionale: profili introduttivi*, in A. SIMONCINI (a cura di), *L'emergenza infinita*, Macerata, 2006, 57 ss., il quale parla,

testo che l’Esecutivo, trovandosi a dover intervenire su tutto (dallo «stato giuridico degli impiegati» ai «locomotori elettrici») ⁵⁸, ha finito per trascendere la tradizionale concezione “restrittiva” della necessità, alla quale si erano sostanzialmente attenuti tutti i Governi precedenti, e ha incominciato a giustificare i suoi provvedimenti sulla base di un concezione più estesa della “necessità”.

I disagi lasciati dietro di sé dalla guerra, tuttavia, divennero, ben presto, solo un pretesto. Il Governo italiano, infatti, fece ricorso allo strumento della decretazione d’urgenza per fronteggiare problemi molto diversi, derivati da due assolute novità sul piano costituzionale: il suffragio universale maschile (1912) e le sedute sempre più frequenti del Parlamento ⁵⁹.

Questo punto è rilevante per la comprensione del meccanismo che consentì e giustificò l’incremento delle competenze dell’Esecutivo e l’abuso dei decreti; e, per averne una prima percezione, basti rileggere quanto sostenne, alla Camera dei deputati, Alfredo Rocco (allora Guardasigilli del ministero Mussolini), nel suo famoso discorso di presentazione del disegno di legge già citato (e che diverrà, poi, la legge n. 100 del 1926):

Nella teoria costituzionale il Parlamento ha rappresentato per lunghi secoli un freno efficace alle spese; ma, introdotto il suffragio universale, le cose sono profondamente mutate; nel Parlamento non ebbero più peso esclusivo le classi abbienti, naturalmente interessate alla limitazione delle spese, ma le grandi masse, assai meno sensibili alla necessità di una rigida finanza.

La decretazione governativa d’urgenza divenne, così, un modo per compattare la legislazione, renderla più efficiente e costringere un’isti-

invece, di «necessità assoluta o oggettiva» e di «necessità relativa o soggettiva». L’A. continua spiegando che «i casi di necessità veramente assoluta sono molto limitati, mentre nella stragrande maggioranza delle ipotesi si ha una necessità relativa, cioè avvertita come soggettivamente tale dal Governo».

⁵⁸ V. M. SIOTTO-PINTOR, *op. cit.*, 4.

⁵⁹ Sul «lungo silenzio» del Parlamento italiano negli ottant’anni dell’Italia liberale v. si l’interessante tabella contenuta nel libro di R. MARTUCCI, *Storia costituzionale italiana*, cit., 100-102.

tuzione parlamentare, sempre più disomogenea, divisa e “spendacciona”, ad “adeguarsi” alla politica dell’Esecutivo⁶⁰.

Altri e più autorevoli studi⁶¹ hanno dimostrato come la subalternità costituzionale dell’istituzione parlamentare, non già all’Esecutivo in sé, ma ai partiti e alle maggioranze parlamentari – che è cosa ben diversa⁶² –, in Italia, abbia ragioni antiche e come il fenomeno della decretazione d’urgenza come “pratica di governo” sia, nei fatti, solo una delle conseguenze⁶³ di questa deriva.

Si tratta, però, di una conseguenza ancora oggi viva e tangibile⁶⁴.

5. Il concetto di “crisi”, i decreti-legge e la giurisprudenza della Corte costituzionale in epoca repubblicana

Dal 2008 in avanti abbiamo dovuto familiarizzare con il concetto di “crisi”, la quale si è giornalisticamente aggettivata in “economica” senza diminuire, però, la sua portata di crisi “globale” ovvero capace di

⁶⁰ Si delinea, così, una specie di procedimento legislativo “privilegiato”. Ciò sarà ben evidenziato, tra gli altri, anche da A. SIMONCINI, *Tendenze recenti della decretazione d’urgenza in Italia e linee per una nuova riflessione*, in A. SIMONCINI (a cura di), *L’emergenza infinita*, cit., 30 ss., secondo il quale il decreto-legge, per la funzione che effettivamente esplica nel sistema normativo, rappresenta «un tipo di iniziativa legislativa del Governo in cui l’efficacia normativa è anticipata al momento della presentazione del disegno di legge alle Camere». Cfr. anche AA.VV., *Il decreto legge fra governo e parlamento*, Milano, 1975.

⁶¹ *Ex multiis*, v. G. REBUFFA, *La Costituzione impossibile*, Milano, 1998.

⁶² Come mette bene in luce, ad esempio, G. PITRUZZELLA, *Decreto-legge e forma di governo*, in A. SIMONCINI (a cura di), *L’Emergenza infinita*, cit., 68-70.

⁶³ Anzi, secondo la Corte costituzionale (sent. 360 del 1996, punto 8 del *considerato in diritto*) una vera e propria «degenerazione» in grado di «oscurare principi costituzionali di rilevanza primaria».

⁶⁴ Per una ricostruzione dell’incidenza numerica dei decreti fino alla XIV Legislatura v. si a tabella composta da A. SIMONCINI, *op. cit.*, 32. Dopo la brusca inversione di tendenza a seguito della sentenza 360 del 1996, la decretazione governativa è tornata in auge a partire dalla XV legislatura. Dall’inizio dell’ultima legislatura (XVII), dati non ancora ufficiali rilevano che sono stati presentati già 63 decreti-legge, di cui 50 sono stati convertiti, 8 sono decaduti e 5 sono ancora in discussione.

mettere in stato di prostrazione il tessuto economico e sociale di interi continenti.

Tuttavia, ancora oggi non v'è chi abbia dato una definizione (giuridica) di “crisi economica”. Aldilà di una certa retorica giornalistica “della crisi” e del reale disagio delle imprese, medie e piccole, che si sono viste ridurre l'accesso al credito da parte di istituti bancari (ancor più sofferenti di loro e per ragioni che non è compito di questo scritto indagare), occorre sottolineare come il concetto di “crisi” sia e resti vago. Esso, infatti, si limita ad indicare – peraltro con una certa approssimazione – una “crisi economico-finanziaria *sistemica*” o, alla peggio, a rinviare ad un concetto socio-economico vago, nel quale ciascun interprete può includere oggetti anche molto differenti tra loro (come la crisi delle imprese, la crisi degli istituti bancari, lo *spread* e l'innalzamento dei tassi di interesse dovuti dallo Stato sui propri titoli, ecc.).

Insomma, dal “calderone” della *crisi* è stato possibile (lo è ancora e lo sarà di nuovo) per tutti, compreso il Governo⁶⁵, trar via quanto venisse più comodo a testimoniare quelle *ragioni di straordinaria necessità ed urgenza* “utili” all'adozione dei decreti-legge.

È evidente a tutti la strumentalizzazione di una condizione di vaghezza, dovuta alla mancanza di una definizione fondamentale, che potesse circoscrivere gli interventi necessari ad affrontare “la crisi”; eppure, nessun organo costituzionale ha sollevato obiezioni a questa pratica (eccezion fatta per qualche sporadico “richiamo all'ordine” da parte della Presidenza della Repubblica).

La ragione di questo silenzio riposa, in gran parte, nelle considerazioni svolte sopra circa la subalternità politica dell'istituzione parlamentare al gioco dei partiti (al governo e non), alla loro retorica, ai loro interessi, alle loro simbologie⁶⁶.

Non vi è modo di indagare, in queste poche pagine, le basi della pesante eredità, nei rapporti di forza tra Parlamento e Governo, del regime

⁶⁵ A testimonianza di questa duttilità del concetto di *crisi* non si contano i c.d. “decreti anticrisi” che si sono succeduti a partire da quel famoso primo “decreto anticrisi” del 2008 (d.l. 185 del 2008) ad oggi e che recano nel preambolo ad ogni decreto la onnipresente frase «Il Presidente della Repubblica, *ritenuta la straordinaria necessità ed urgenza di fronteggiare l'eccezionale situazione di crisi internazionale (...)*».

⁶⁶ V. ancora G. REBUFFA, *op. cit.*, *passim*.

fascista⁶⁷, transitata (quasi indenne) all'epoca repubblicana; basterà, ai nostri fini, osservarne un solo un tassello: il crescente abuso della decretazione governativa d'urgenza.

Il dibattito sulla ammissibilità⁶⁸ della decretazione governativa d'urgenza fu lungo ed aspro ma, alla fine, i padri costituenti decisero di consentirla, pur condividendo la necessità di porre stringenti limiti⁶⁹ al suo utilizzo nel testo della Costituzione.

L'art. 77 della Carta repubblicana, nella sua formulazione definitiva, ha ripreso, almeno in parte, la precedente dizione, già contenuta nell'art. 3, comma 1, n. 1, della citata legge n. 100 del 1926 («in casi straordinari...»). Tuttavia, i costituenti, avveduti del pericolo di un uso irresponsabile dello strumento da parte dell'Esecutivo, scelsero di non ripetere la formula di cui al n. 2 dello stesso art. 3 («Il giudizio sulla necessità e sull'urgenza non è soggetto ad altro controllo che a quello politico del Parlamento»)⁷⁰, facendo così salvo il sindacato giudiziario

⁶⁷ E che sarà riassunta, con efficacia, da G. AMATO, in un celebre passaggio del suo intervento alla Camera dei deputati, tenuto il 21 aprile 1993. L'allora Presidente del Consiglio affermò che, il voto referendario (sulla legge elettorale proporzionale) del 18 aprile 1993 aveva prodotto: «un autentico cambiamento di regime, che fa morire dopo settant'anni quel modello di partito-Stato che fu introdotto in Italia dal fascismo e che la Repubblica aveva finito per ereditare, limitandosi a trasformare un singolare in plurale».

⁶⁸ Sulla nascita tormentata dell'art. 77 Cost. v. L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 2000, 235 ss.

⁶⁹ Sono note le sue critiche, già espresse durante i lavori della Seconda Sottocommissione e ribadite nel suo scritto *Sulle funzionalità delle istituzioni rappresentative*, in *Cronache sociali*, 1949, n. 21, 435-437 (ora in C. MORTATI, *Raccolta di scritti*, vol. IV, Milano, 1976, 77) con queste parole: «D'altra parte la stessa esperienza dimostra che ogni tentativo di disciplina dei decreti legge fuori dei termini rigorosi, strettamente conformi alla natura di tali procedimenti, in cui li ha contenuti la vigente Costituzione, riesce in pratica inadeguato, e che la conversione, la quale segue a cose fatte, non elimina i danni prodotti, né vale di remora per prevenire in avvenire la ripetizione».

⁷⁰ Il n. 2 dell'art. 3 della l. 100 del 1926 era stato voluto da Alfredo Rocco a sigillo di una controversia giurisprudenziale che aveva visto (almeno in un caso) anche la Suprema Corte pronunciarsi a favore del controllo giudiziale sulla sussistenza, in concreto, dei requisiti di necessità per l'adozione di un decreto-legge.

Per una ricostruzione dei principali passaggi di questo contrasto v. A. TRAVERSA, *op. cit.*, 50 ss.; per un approccio più specifico sulle singole pronunce, invece, A. CODACCI PISANELLI, *Nota a Cass. Roma, sent. 17.11.1888*, 1890, rist. *Sulle ordinanze*

(da parte della Corte costituzionale, ex art. 134) sui presupposti dei decreti-legge.

Lo “spiraglio” lasciato aperto dai costituenti, però, è stato chiuso per molti anni dalla giurisprudenza della stessa Corte costituzionale⁷¹, la quale, solo in tempi relativamente recenti, ha deciso di riaprirlo (almeno in parte)⁷².

Come è noto, l’attenzione attorno al tema del vaglio costituzionale sui presupposti dei decreti-legge del Governo è stata e (continua ad essere) grande da parte della dottrina, tuttavia, ancora troppo pochi commentatori⁷³ si sono spinti fino alla radice del problema: la mancanza di una definizione di necessità.

In passato, alcuni autori hanno definito – in maniera condivisibile – il controllo sui presupposti dei decreti-legge una «zona franca del controllo di costituzionalità»⁷⁴. Oggi, però, alla luce della più recente giuri-

d’urgenza, in ID., *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1900, 82; sulla vicenda del c.d. “decreto Pelloux” e della sentenza della Cassazione di Roma del 20 febbraio 1900 si veda il saggio di M. MECCARELLI, *op. cit.*, e bibliografia *ivi* citata.

Per altri riferimenti bibliografici ai casi trattati dalla Cassazione e da alcune sentenze di giudici di merito, si rinvia a M. BENVENUTI, *op. cit.*, 11-16 e 36-41; F. ROSELLI, *op. cit.*, 531 ss. e F. COLAO, *op. cit.*, 136-150.

⁷¹ La Corte non ha mai ritenuto, almeno fino alla sentenza n. 29 del 1995, di poter sindacare i presupposti di necessità e urgenza del decreto, anzi, a partire dalla sentenza n. 108 del 1986 (in *Giurisprudenza italiana*, 1986, I, 961, nonché in *Giurisprudenza costituzionale*, 1986, 582 e segg. con osservazioni di M. RAVERAIRA, *Necessità ed urgenza dei decreti-legge e legge di conversione*) ha stabilito espressamente che la legge di conversione dovesse intendersi quale atto novativo della fonte, così eliminando gli eventuali vizi genetici del decreto-legge.

Sull’*overruling* della Corte, si v. la trattazione in senso problematizzante di L. PALADIN, *Atti legislativi del Governo e rapporti fra poteri*, in *Quaderni Costituzionali*, 1, 1996, 23 ss.

⁷² Sul tema del controllo del rispetto dei requisiti costituzionali v. la trattazione fatta da P. CARNEVALE, *Considerazioni sulle più recenti decisioni della Corte costituzionale in tema di sindacato sui presupposti del decreto-legge (sentt. nn. 171 del 2007 e 128 del 2008)*. Per un tentativo di lettura combinata, su www.forumcostituzionale.it, punto 4 e ss.

⁷³ Tra i pochi si segnala il breve (ma prezioso) intervento di C. PINELLI, *op. cit.*, 57 ss.

⁷⁴ Cfr. A. SIMONCINI, *op. cit.*, 40.

sprudenza costituzionale⁷⁵, quest'affermazione dev'essere sicuramente "ricalibrata", sebbene – almeno così sembra – una vasta «zona d'ombra» ancora persista.

Le due, storiche, sentenze della Corte Costituzionale – la n. 29 del 1995 e la 360 del 1996 –, che pure hanno segnato (ma solo in parte) la fine di quel gravissimo *self-restraint* della Corte, in tema di verifica dei presupposti di necessità e urgenza dei decreti-legge, non hanno posto fine al problema – come pure si sarebbe dovuto, trovando non già una definizione (che sarebbe chiedere troppo) ma almeno stabilendo dei parametri chiari di giudizio –, ma, piuttosto, si sono limitati a spostarlo. La Corte, infatti, da quel momento, ha cominciato a sostenere di poter sindacare solo i casi di «evidente mancanza» dei requisiti di straordinaria necessità e urgenza; ma quali siano, in concreto, tali casi di evidente mancanza non è dato saperlo: manca, ancora una volta, la necessaria definizione.

Di conseguenza, alcuni commentatori hanno giustamente ritenuto che il "parametro" dell'evidenza serva solo ad offrire alla Corte «caso per caso, la possibilità, innanzi a decreti-legge pur emanati in assenza di necessità ed urgenza straordinari, di non annullarli»⁷⁶.

I giudici delle leggi, del resto, hanno buoni motivi (di ordine pratico, più che teorico) per ostinarsi a valutare la sola "plausibilità" dell'esistenza dei presupposti in concreto⁷⁷, decidendo *on a case-by-case basis*.

⁷⁵ V., ad es., la sentenza della Corte costituzionale n. 220 del 2013 e le note di R. DICKMANN, *La Corte si pronuncia sul modo d'uso del decreto-legge*, in *Consulta on line*, Studi e Commenti, 2013 e di G. DI COSIMO, *Come non si deve usare il decreto-legge*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2013.

⁷⁶ A. SIMONCINI, *op. cit.*, 41.

⁷⁷ Questo riflesso è evidente, soprattutto, nella sentenza n. 220 del 2013, ove il giudice delle leggi sostiene che «la trasformazione per decreto-legge dell'intera disciplina ordinamentale di un ente locale territoriale, previsto e garantito dalla Costituzione, è incompatibile, sul piano logico e giuridico, con il dettato costituzionale, trattandosi di una trasformazione radicale dell'intero sistema, su cui da tempo è aperto un ampio dibattito nelle sedi politiche e dottrinali, e che certo non nasce, nella sua interezza e complessità, da un "caso straordinario di necessità e d'urgenza"».

P. CARNEVALE, *op. cit.*, 9 ss., nelle precedenti sentenze, del 2007 e del 2008, rileva come i nuclei delle motivazioni si appuntassero, in un caso, sul profilo dell'eterogeneità della normativa decretizia, e nell'altro, sull'incongruenza tra norma e corredo

Anzitutto, perché la Corte non vuole essere chiamata a sciogliere un nodo così gigantesco da aver alterato (forse in maniera irreversibile) l’equilibrio dell’intera forma di governo italiana⁷⁸ (e non solo dall’entrata in vigore della Costituzione del ’48).

In secondo luogo, è evidente a tutti come, con questo “metodo di giudizio”, si possa evitare di affrontare il problema definitorio fondamentale (cioè in che cosa consista la necessità); un problema che, qualora fosse risolto, potrebbe “legare le mani” alla Corte, bloccandone, in futuro, lo “spazio di manovra”⁷⁹.

A fronte di questa situazione della giurisprudenza costituzionale, potrebbe non essere solo una provocazione il dire che anche la Corte sta “giocando”, come il Governo, sull’assenza di alcune definizioni («necessità», «urgenza» e «casi straordinari»)⁸⁰ e che, anzi, di queste assenze “se ne serve” per ampliare o restringere le maglie del suo giudizio, volta per volta, caso per caso⁸¹.

6. Conclusioni

Nel corso di queste pagine si sono messe in luce alcune “non-definizioni” (“stato di necessità”, “crisi”, “casi straordinari di necessità

motivazionale addotto dal legislatore. Tra norma e fatto resta, comunque, «un vallo che la Corte costituzionale non ha inteso varcare» (*ivi*, 12).

⁷⁸ V. su questo ancora G. PITRUZZELLA, *op. cit.*, 70.

⁷⁹ Per alcune interessanti annotazioni critiche su questo atteggiamento della Corte v. il recentissimo S. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Milano, 2015, *passim*.

⁸⁰ Come rileva giustamente C. PINELLI (*op. cit.*, 58) la gran parte dei costituzionalisti della metà Novecento continuerà ad «escludere che l’aggettivo «straordinario» equivalga a costituzionalizzare atti originariamente invalidi», come invece ritenuto da C. ESPOSITO nella voce *Decreto-legge* da lui curata per l’*Enciclopedia del diritto* del 1962.

⁸¹ Nello stesso senso anche l’annotazione di L. PALADIN, *Atti legislativi*, cit., 22, per il quale: «Non è chiaro fino a che punto dovrebbe spingersi un tale sindacato (sulla sussistenza dei presupposti per l’emanazione del decreto-legge, *nda*) (...) dovrà trattarsi di un errore tecnicamente inteso, dovuto od inesatta credenza dei parlamentari? Oppure il vizio imputabile agli organi legislativi consisterà, molto più semplicemente, nel semplice fatto di essersi basati su criteri di giudizio non condivisibili dell’organo della giustizia costituzionale?».

e urgenza” – perfino quella di “evidente mancanza” –), le quali – si è cercato di dimostrarlo – possiedono un’origine comune nella mancanza di una prima e fondamentale definizione: quella di “necessità”.

Questo lemma, pur di uso comune, se trasposto nell’ambito giuridico – e, segnatamente, nel diritto pubblico – apre un vero e proprio “squarcio” nel tessuto dell’ordinamento positivo, scardinandone il principio di legalità.

Il pericolo, insito nella previsione stessa di istituti pubblicistici di “necessità” o “emergenziali”, era ben noto fin dall’epoca albertina ed è stato analizzato da giuristi eccellenti (Santi Romano, Luigi Rossi, Vittorio Emanuele Orlando, ecc.), i quali, pur divisi sulla validità giuridica o meno degli atti con forza di legge adottati dall’Esecutivo, l’hanno sempre avvallata dal “lato pratico” (soprattutto Orlando), in quanto la “necessità” corrisponderebbe alla mera “ragion di Stato” (efficacemente riassunta nell’antico brocardo latino *salus rei publicae suprema lex* – e attualizzabile forse con l’espressione “il fine giustifica i mezzi” –).

Le ipotesi ricostruttive, formulate dalla dottrina di quel periodo, circa la validità ordinamentale delle norme “sui casi di necessità” sono sostanzialmente due (tralasciando la tesi sostenuta dal Traversa): o tali casi di necessità non sono conoscibili *ex ante*, in modo che la necessità, non potendo essere prevista dalle norme già poste, dev’essere considerata essa stessa fonte del diritto (S. Romano) oppure essa risulta già prevista dall’ordinamento positivo (come nel c.d. “stato di necessità”), il quale, però, si limita a determinarne preventivamente gli effetti (O. Ranelletti). In quest’ultimo caso, la necessità – *a priori* comunque mai determinabile – trova corrispondenza in un principio generale dell’ordinamento – non scritto ma vigente – per il quale, laddove si verifici uno stato di necessità, si consente al potere Esecutivo (ma, in teoria, ad ogni altro potere più “efficiente”) di invadere competenze proprie di altri organi (e, di solito, del potere Legislativo).

Su questa lacuna definitoria – insieme ad altre cause che non si sono potute indagare in questo scritto – si è venuto costruendo, a partire da un mero pretesto (le conseguenze lasciate dietro di sé dalla Grande Guerra) e da alcuni problemi “veri” (l’immobilismo parlamentare)⁸² un

⁸² Su cui si rinvia ancora a G. REBUFFA, *op. cit.*, *passim* e la bibliografia *ivi* citata.

vero *monstrum* giuridico per quantità e qualità: la decretazione d’urgenza come “pratica di governo”.

Fino agli eccessi della XIV legislatura (con una reiterazione dei decreti-legge tale da averne una media di otto al mese) la Corte è rimasta silente, ritenendo che non fosse suo compito, per diversi motivi, valutare la congruità dei presupposti costituzionali. A partire dagli anni ’95/’96 – come abbiamo avuto modo di vedere per grandi linee – la sua giurisprudenza è mutata, pur senza che la Corte si risolvesse ad affrontare alla radice il problema definitorio.

In conclusione, occorre riconoscere che fino a quando non si provvederà ad offrire (almeno) un qualche criterio generale e non empirico per l’individuazione, nei singoli casi di «straordinaria necessità e urgenza», la giurisprudenza della Corte è destinata a rimanere una «zona franca». Se pure si è sicuri che non mancherà, nel futuro, un controllo sui presupposti costituzionali dei decreti legge, non si può essere altrettanto sicuri che questo controllo sarà svolto, ogni volta, con lo stesso rigore: i parametri indefiniti, infatti, sono ogni volta “rideterminabili”. A questo punto sorge un grave sospetto: forse che negli ultimi vent’anni abbiamo assistito ad una silenziosa transizione dalla indefinitezza come “pratica di governo” all’indefinitezza come “pratica di giudizio”?

L'INDEFINITO COME GIUSTIZIA DEL CASO SINGOLO

L'EQUITÀ NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

Antonella Mirabile

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Il percorso storico dell'equità. 2.1. L'*epièikeia* aristotelica. 2.2. L'*aequitas* romana e la tradizione inglese dell'*equity* a confronto. 3. I caratteri dell'equità. 4. L'equità e il diritto amministrativo. 5. L'importanza, talvolta, di non definire.

1. Premessa

Nella tecnica legislativa contemporanea si assiste a un uso smodato della definizione. Difatti, analizzando i moderni testi legislativi si può agevolmente notare come in essi, normalmente, almeno un articolo sia riservato alle definizioni.

Tuttavia, nonostante il legislatore si affanni a definire, talvolta anche in modo eccessivamente minuzioso, quotidianamente, nell'applicazione pratica del diritto, l'interprete è posto di fronte, da un lato, all'assenza di definizioni ovvero, dall'altro lato, all'eccessiva rigidità delle stesse.

Le ragioni di tale fenomeno vanno rinvenute nella natura stessa della legge: essa, in considerazione della generalità e dell'astrattezza che la caratterizzano, non può né prevedere né definire tutti i casi del reale.

A tal proposito, si deve rilevare come la stessa operazione definitoria sia tendenzialmente un'operazione "politica" la quale se, da un lato, include, dall'altro, necessariamente, esclude una parte del reale.

Basti, al riguardo, considerare che etimologicamente il termine definizione deriva dal verbo latino *definire* il quale, letteralmente, significa apporre un *finis*, vale a dire un termine, un confine, pertanto, con esso si suole indicare l'azione di determinare, limitare, circoscrivere.

Nel campo del giuridico si può affermare che la definizione sia quell'operazione che compie il diritto verbalizzato nel momento in cui seleziona gli ambiti del reale in cui intervenire e, al contempo, con una sorta di confine immaginario, limita ad essi il proprio campo di applicazione, escludendo, allo stesso tempo, tutto ciò che si trova posto al di fuori del confine tracciato.

Si viene a creare, così, un vero e proprio conflitto tra ciò che la definizione include e ciò che, inevitabilmente, ne viene escluso; in sostanza un conflitto tra norma e realtà.

Tale rapporto tra norma e realtà è significativamente espresso da Aristotele nell'*Etica nicomachea*¹:

Quando la legge si esprime in termini astratti e nella realtà si verifica qualcosa a cui il Legislatore non ha pensato, allora è legittimo correggere l'omissione, colmarla, considerando come statuito ciò che il Legislatore stesso direbbe se fosse presente e ciò che avrebbe incluso nella legge se avesse potuto conoscere il caso in questione.

E, dunque, «quanto corrisponde al concetto di giusto è migliore del modo letterale e formalistico di applicare la giustizia».

Egli individua, pertanto, quale mezzo di risoluzione del conflitto tra l'indeterminatezza della norma e la concretezza del reale null'altro se non l'applicazione equa della giustizia, del diritto.

Nondimeno, bisogna precisare, come ben rilevato da autorevole dottrina², che accanto al diritto “parlato” esiste anche un diritto “muto”,

¹ *Etica Nicomachea*, libro V, 10.

² R. SACCO, *Il diritto muto*, in *Rivista di diritto civile*, 1993, 689 e ss.; l'autore, in particolare, partendo dalle analisi etno-antropologiche, constata l'esistenza anche nelle società primordiali di una struttura giuridica fatta non di parole, quanto, piuttosto, di cerimonie, attuazione e fatti: «era giuridico ciò che veniva attuato; [...] Il diritto era muto (si prescinde dalle grida che possono aver accompagnato le cerimonie e l'autotutela). Le fonti erano mute. Gli atti erano muti». Parallelamente anche il mondo contemporaneo conosce «la fonte parlata (le norme scritte, splendide per contenuto e per forma, che elaborano il parlamento e il governo) e la fonte muta (consuetudine, usi, contenuto che l'interprete assegna ad espressioni vaghe e indeterminate quali “colpa”, “mala fede”). Conosce l'atto parlato (il negozio giuridico) e l'atto muto (l'atto semplice, o non negoziale, il fatto concludente)».

ossia quel diritto non scritto – come la consuetudine, gli usi, le regole interpretative e i crittotipi – il quale coesiste con esso.

Sicché è proprio nell'ambito del diritto non scritto e di quelle aree del reale non definite che si deve collocare l'equità e le sue regole.

Il concetto di equità, tuttavia, è, impossibile da definire, assumendo, di volta in volta, significati e sfumature diverse.

Nel lessico giuridico il termine «equità» viene comunemente utilizzato dagli interpreti, pur non sembrando essere attribuito allo stesso un significato univoco.

A tal proposito vi è stato chi ha affermato che «ci troviamo di fronte ad uno dei concetti più tormentati, e dai contorni più incerti, dell'esperienza giuridica, e pertanto di assai difficile definizione»³.

Compiendo, difatti, una rapida ricognizione dei significati attribuiti al termine equità si può notare come lo stesso sia utilizzato come sintesi verbale di ciò che è giusto, trattato come un contenitore che di volta in volta l'interprete riempie del significato maggiormente funzionale al suo scopo⁴.

Postulando l'impossibilità di definire in maniera univoca il concetto di equità, si può individuare più propriamente l'obiettivo prefissato in quello di riscoprire e rivalutare un concetto che, a causa della sua capacità di rinviare a regole esterne alla legge positivizzata, nel corso degli ultimi secoli è stato demonizzato ed esaurato.

È interessante, a tal proposito, notare come l'equità, «l'araba fenice che sempre risorge dalle proprie ceneri»⁵ desti ciclicamente – prevalen-

³ V. VARANO, *Equità (Teoria generale)*, in *Enc. Giur.*, vol. XII, Roma, 1989.

⁴ Si veda a tal proposito G. ALPA, *Manuale di Diritto Privato*, VI ed., Padova, 2009, 61 e ss., il quale afferma che «la costruzione del significato [di equità] è strettamente correlata – si potrebbe dire *funzionale* – al ruolo che si vuol far sostenere all'equità», in particolare egli rinviene la ragione di questa inversione logica della definizione del concetto di equità nella non linearità dei processi logici del ragionamento giuridico «quando si tratti di fare impiego di formule, espressioni o concetti a contenuto indefinito e vago, che richiedono necessariamente l'apporto additivo dell'interprete».

⁵ G. MAGGIORE, *L'equità e il suo valore nel diritto*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1923, 256 e ss.

temente in periodi di transizione e di crisi delle strutture sociali e giuridiche – l’interesse degli interpreti⁶.

L’art. 41 della Carta dei Diritti fondamentali dell’Unione europea, nel sancire il diritto ad una buona amministrazione, ha previsto espressamente il diritto di ogni persona ad un trattamento “equo”.

Proprio tale verbalizzazione ha destato, nuovamente, il dibattito, in particolare tra gli studiosi di diritto amministrativo, intorno al concetto di equità.

Sebbene il legislatore italiano non abbia mai positivizzato tale concetto – quantomeno con riferimento ai poteri del giudice e all’esercizio del potere da parte delle pubbliche amministrazioni⁷ –, l’equità, pur celata, sembra essere immanente al diritto, e, in maniera particolare, al diritto amministrativo nazionale.

La dottrina⁸ ha, allora, salutato con grande favore il richiamato intervento europeo, intervento che, sulla base delle tradizioni giuridiche comuni agli stati membri, ha trasposto in un testo scritto il principio di equità anche nei rapporti con le pubbliche amministrazioni. Bisogna rilevare, d’altra parte, che l’argomento non è nuovo al diritto amministrativo: fin dagli albori della scienza giuridica amministrativa⁹ ha costituito, ad intervalli più o meno regolari, argomento di dibattito.

Il giudice amministrativo, dal canto suo, da sempre utilizza il riferimento all’equità con varie accezioni e nell’ambito di aspetti molto differenti tra di loro. Utilizza, in particolare, tale concetto non solo con riferimento alla liquidazione delle spese processuali e per la quantifica-

⁶ Si veda, a tal proposito, S. RODOTÀ, *Quale equità*, in *L’equità (Atti del Convegno del Centro Nazionale di Prevenzione di Difesa Sociale, tenuto a Lecce 9-11 settembre 1973)*, Milano, 1975, 49 e ss.

⁷ Si deve, infatti, rilevare che nel codice civile vi sono molti riferimenti all’equità e nel codice di procedura civile agli artt. 113 e 114 viene disciplinato il giudizio di equità.

⁸ Si fa qui riferimento a A. ZITO, «*Il diritto ad una buona amministrazione*» nella *Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione europea e nell’ordinamento interno*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2002, 25 e ss.; S. RICCI, *La “buona amministrazione”: ordinamento comunitario e ordinamento nazionale*, Torino, 2005; L. PERFETTI, *Diritto ad una buona amministrazione*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2010, 818 e ss.

⁹ Si rinvia per la trattazione del tema dell’equità da parte della dottrina amministrativa al paragrafo 3.

zione del risarcimento del danno, ma anche per ampliare l'obbligo di provvedere della pubblica amministrazione.

Sebbene in una celebre prolusione camerte Vittorio Scialoja avesse affermato che l'equità si addice al solo legislatore e in alcun caso al giudice, quello amministrativo, fin dalla sua creazione, ha, pur non esternandolo, utilizzato criteri interpretativi di equità¹⁰.

Oggi è ancora più interessante parlare di equità e di giudice amministrativo in considerazione del fatto che anch'esso ha sentito la necessità di conformare apertamente l'esercizio del potere giurisdizionale alle regole proprie di tale principio¹¹.

2. Il percorso storico dell'equità

Il cammino di chi si accinge a studiare l'equità dovrà, di necessità, attraversare le vicende storiche di tale concetto, da Aristotele¹² fino ad arrivare ai giorni nostri, attraversando l'esperienza romana e quella anglosassone.

Sarà, appunto, solo attraverso lo studio del passato che si potranno delineare i caratteri dell'equità che sono riusciti a superare la prova del tempo.

¹⁰ Si prenda ad esempio la creazione delle c.d. figure sintomatiche dell'eccesso di potere.

¹¹ Il riferimento è alla ord. Cons. Stato, Sez. V, 22 gennaio 2015, n. 284 ed alla conseguente Ad. Plen, 13 aprile 2015, n. 4, trattate più approfonditamente nel prosieguito.

¹² Per maggiore completezza, si deve fare riferimento a quell'opinione che critica l'ellenocentrismo dell'indagine storiografica intorno al concetto di equità, rinvenendo, al contrario, le radici del termine e della concezione di *aequitas* non solo nell'ambito ellenico-romano, bensì in ambito greco-orientale. Il riferimento è in particolare a O. BUCCI, *Il principio di equità nella storia del diritto*, Napoli, 2000.

Scettico riguardo l'utilizzo di Aristotele come punto di partenza nelle trattazioni in tema di equità è anche F. CALASSO, *Equità (Premessa storica)*, in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1966, 65 e ss.

2.1. *L'epièikeia aristotelica*

Lo studio dell'equità trova il suo fondamento, quantomeno nella ricostruzione classica, nella filosofia greca e, in particolare, nell'*Etica Nicomachea* e nella *Retorica* di Aristotele¹³.

Nel libro V dell'*Etica Nicomachea*, dopo aver affrontato il tema della giustizia e del diritto, lo Stagirita tratta il tema dell'equità in rapporto alla giustizia¹⁴.

In particolare, il filosofo sostiene che «l'equo e sì giusto, ma non è il giusto secondo la legge, bensì un correttivo del giusto legale», «correttivo della legge, laddove è difettosa a causa della sua universalità».

Il carattere universale della legge e di ogni definizione nella stessa contenuta costituisce una regola che di fronte alla multiformità del reale deve necessariamente patire delle eccezioni. Tali eccezioni si realizzano, appunto, con l'uso dell'equità che, come il regolo di Lesbo «si adatta alla configurazione della pietra e non rimane rigido».

In ragione di ciò, Aristotele definisce anche l'uomo equo: «è equo infatti chi è incline a scegliere e a fare effettivamente cose di questo genere, e chi non è pignolo nell'applicare la giustizia fino al peggio, ma è piuttosto portato a tenersi indietro, anche se ha il conforto della legge».

In sostanza, dunque, nel caso in cui vi siano lacune ovvero la definizione data dalla legge non risponda nella maniera adeguata alla configurazione del reale è demandato al giudice il compito di «correggere l'omissione e considerare prescritto ciò che il legislatore stesso direbbe se fosse presente, e che avrebbe incluso nella legge se avesse potuto conoscere il caso in questione».

Nella *Retorica*¹⁵ il concetto di equità viene, poi, approfondito partendo dalla considerazione che l'equità è quella forma di giustizia che va al di là della legge scritta – conclusione alla quale il filosofo era già

¹³ Vi è anche chi fa riferimento all'accenno contenuto nei *Magna Moralia*, libro II, capitolo I, tuttavia, questa non è opera da attribuire direttamente ad Aristotele, bensì una compilazione da parte delle dottrine aristoteliche risalente al III o II sec. a.C. Si veda in tal proposito O. BUCCI, *op. cit.*, 14.

¹⁴ *Etica Nicomachea*, libro V, 10 (1137 a-1137 b).

¹⁵ *Retorica*, libro I, XIII (1374 a-1374 b).

giunto nell'*Etica* – tale superamento della legge scritta può avvenire sia per volontà del legislatore, sia senza di essa.

Il primo caso, che si può definire come equità integrativa, non è altro che un rafforzamento di quanto già affermato nello scritto precedente, poiché tale tipologia di equità è insita nel carattere generale della norma, in questo caso il legislatore è obbligato ad utilizzare una formula generale che non vale universalmente ma per la maggioranza dei casi.

Il secondo caso – che individua la c.d. equità suppletiva o sostitutiva –, al contrario, rappresenta un approfondimento ed evoluzione della ricostruzione precedente.

Viene prevista, difatti, l'applicazione dell'equità per il caso in cui «sfugga loro [ai legislatori] qualcosa».

Arriva, quindi, alla conclusione che «essere equi significa essere indulgenti verso i casi umani, cioè badare non alla legge, ma al legislatore, e non alla lettera della legge, ma allo spirito del legislatore» e inoltre che «preferire un arbitrato piuttosto che una lite in tribunale; infatti l'arbitro bada all'equità, il giudice alla legge; e l'arbitrato è stato inventato proprio per questo, per dare forza all'equità».

È indicativo come già in Aristotele sia delineata e condensata, con un'attualità che ha del disarmante, la problematica dell'equità¹⁶. Preme rilevare, a tal proposito, come l'*epièikeia* aristotelica sia strettamente ed intimamente connessa alla giustizia¹⁷ e come il ricorso all'equità ri-

¹⁶ Si veda a tal proposito G. BROGGINI, *Aspetti storici e comparativistici*, in *L'equità (Atti del Convegno del Centro Nazionale di Prevenzione di Difesa Sociale, tenuto a Lecce 9-11 settembre 1973)*, Milano, 1975, 19. Egli ritiene che già nei testi aristotelici sia condensata tutta la problematica dell'equità: «in primo luogo l'antinomia diritto ed equità, in secondo luogo la visione dell'equità come strumento di interpretazione della norma, in terzo luogo il nesso corrente fra equità e potere discrezionale del giudice che si caratterizza, per così dire, nel contrasto fra *arbitrium* e *iudicium*».

¹⁷ V. FROSINI, *Nozione di equità*, in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1966, 71 a tal proposito afferma che «Aristotele mostra di voler dare dell'equità una interpretazione propriamente "giuridica", e non già astrattamente etica (come pure è stata non di rado intesa l'equità). Si può dire che, in definitiva, egli distingue le leggi scritte dalle leggi non scritte, e che riconosca il principio di valutazione giuridica, che è proprio delle seconde, nel principio della "equità", che compendia per lui anche quelli della natura dei fatti, dei principi generali del diritto, e di altri ancora, cui possa farsi ricorso, per integrare le lacune

manga «il ricorso ad una fonte giuridica e non fuga verso elementi di giudizio eterogiuridici»¹⁸.

Ecco, dunque, delineate quelle che saranno le linee guida dello sviluppo successivo del concetto di equità, riassunto nella espressione, non propria di Aristotele ma degli studiosi di epoca successiva, «giustizia del caso singolo».

2.2. *L'aequitas romana e la tradizione inglese dell'equity a confronto*

Le esperienze storiche che hanno in maniera più proficua e sistematica dato vita all'equità sono quella romana e quella inglese¹⁹.

Verranno trattate congiuntamente per ragioni non solo di sinteticità, ma anche, e soprattutto, al fine di coglierne in maniera più proficua le linee di sviluppo.

In entrambe le esperienze, il ricorso all'equità ha, invero, costituito l'emergere di esigenze di tutela laddove, a causa della sclerotizzazione e rigidità dell'ordinamento giuridico, vuoi dello *ius civile*, vuoi della *common law*, tale tutela veniva a mancare.

Nel diritto romano²⁰, in particolare, l'espansione dei rapporti commerciali tra romani e stranieri, prima, e l'espandersi dell'impero, poi,

di un ordinamento giuridico. L'equità è dunque per Aristotele il metodo di applicazione della legge non scritta».

¹⁸ G. BROGGINI, *op. cit.*

¹⁹ Si rimanda per un più approfondito esame delle singole esperienze alle trattazioni specifiche in argomento ed in particolare, per quanto concerne il diritto romano W.W. BUCKLAND, *Equity in Roman Law*, Cambridge, 1911; A. GUARINO, *Equità (Diritto romano)*, in *Nss. D. I.*, VI, Torino, 1960, 619 e ss.; per quanto concerne il diritto inglese si vedano a titolo esemplificativo J. BRUNYATE (a cura di), F.W. MAITLAND, *Equity. A Course of Lectures*, Cambridge, 1936; M. RHEINSTEIN, *Common law – Equity*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960.

²⁰ Vale la pena qui solo accennare, ad esempio, al fatto che il concetto di *aequitas* ha permeato di sé tutta l'esperienza giuridica romana, pur non trovando una definizione nelle fonti bensì assumendo una ampia gamma di significati, tanto da fare affermare «la nozione di *aequitas* è tra le più essenziali per la comprensione del diritto romano nel suo sviluppo storico, ma è al contempo tra le più evanescenti e incerte e contraddittorie che le fonti romane ci offrono». A. GUARINO, *op. cit.*

mise in risalto la necessità di offrire tutela anche a chi non era *cives*, quindi anche a chi non era tutelato secondo i canoni dello *jus civile*.

Tale esigenza condusse all'istituzione nel 242 a.c. del *praetor peregrinus*, il quale, non vincolato dallo *jus civile* né dalla ferruginosità delle *legis actiones*, facendo ricorso ai concetti di *aequum bonum* e di *bona fides*, creò un nuovo corpo di norme più moderne e adeguate ai cambiamenti sociali.

Successivamente, dal momento che anche i *cives* richiedevano strumenti giuridici più agili, venne estesa la procedura formulare, tipica del *praetor peregrinus*, anche a quello urbano il quale, durante la crisi della repubblica, si assunse «apertamente l'iniziativa di tradurre in atto, nella risoluzione delle liti a lui sottoposte, le istanze di rinnovamento avanzate dalla coscienza sociale»²¹, dando così vita a quello che in epoca classica verrà denominato *jus honorarium*.

In tal modo la contrapposizione tra *jus* e *aequitas* veniva ad esprimersi in due sistemi di regole, quella dello *jus civile* e quella dello *jus honorarium*, sistemi che non si contrapponevano, bensì si completavano a vicenda²².

Nell'esperienza inglese, dal suo canto, la giurisdizione di *equity* assume rilievo nel momento di massima chiusura della *common law*.

Il sistema delle Corti regie era caratterizzato fin dalle origini da una notevole rigidità procedurale, tuttavia, tra il 1258 e il 1285 (*Provisions of Oxford* e *Statute of Westminster II*) venne bloccato lo sviluppo della lista dei *writs*²³ e, conseguentemente, della possibilità per i soggetti di

²¹ A. GUARINO, *op. cit.*

²² V. VARANO, *op. cit.*, 3, afferma «il rapporto fra *jus civile* e *jus honorarium* fu un caratteristico rapporto di coesistenza, piuttosto che di antitesi, favorito dalla concentrazione della giurisdizione nel *praetor*: in sostanza, lo *jus honorarium* derogava, ma non si sostituiva al *jus civile*, evolveva anzi da quest'ultimo, che nella considerazione dei romani restava pur sempre il vero diritto "adiuvanti vel supplendi vel corrigendi ... gratia", secondo la celebre definizione che ce ne ha lasciato Papiniano».

²³ Nel diritto medievale inglese la domanda attorea doveva essere sostenuta da un *writ* il quale rappresentava «null'altro che un ordine di comparizione tipizzato, idoneo a fornire tutela ad un numero circoscritto di situazioni, già in potenza, giuridicamente tutelabili e, pertanto, predefinite». N. MONTICELLI, *Equità ed Equity a confronto: esperienze ordinamentali di civil law e common law*, in *Giustizia Civile*, 12, 2003, 549.

ricevere una tutela adeguata. Il Cancelliere, difatti, non poteva fare altro che manipolare i *writs* esistenti.

A ciò si accompagnarono ulteriori fattori che impedivano alle corti di *common law* di fornire un rimedio adeguato, tra le altre cose, ad esempio, si resero più difficoltose le regole tecniche in materia di allegazioni e di prova.

In questo contesto, si creò la prassi di cercare giustizia nel sovrano, *fountain of justice*, laddove le Corti di *common law* in sostanza la negavano²⁴.

Le *petition* rivolte al sovrano passavano per il vaglio del *Lord Chancellor*, consigliere del re e, normalmente, appartenente all'ordine ecclesiastico²⁵, il quale in breve tempo diede vita alla giurisdizione di *Equity*.

Tale giurisdizione si fondava su di una giustizia discrezionale ed effettivamente equitativa rivolta alla soluzione del caso concreto.

L' *equity*, in tal modo, nel rapporto con la *Common Law*, si poneva come una sorta di appendice di essa²⁶, un complesso di norma suppleti-

Diffusamente cfr. C. COSTANTINI, *La Legge e il Tempio. Storia comparata della giustizia inglese*, Roma, 2007.

²⁴ In particolare la rigidità della *common law* era molto forte e pregiudizievole in materia di proprietà immobiliare, «una volta che le formalità di un trasferimento o di un interesse fondiario fossero state compiute, le loro conseguenze erano determinate in funzione di una stretta aderenza agli schemi generali. Nessuna attenzione era prestata agli speciali patti con cui le parti avessero eventualmente cercato di modificare tali schemi generali. Pertanto, nessuna attenzione era prestata alle convenzioni fiduciarie con cui le parti in un trasferimento di proprietà cercavano di porre a carico dell'avente causa un obbligo di detenere la terra non per beneficio proprio ma per il dante causa o per un terzo o per terzi, di prenderne gli utili per beneficio di tale feoffee to use e sotto certe condizioni di trasmetterglieli». M. RHEINSTEIN, *op. cit.*, 930-931.

²⁵ Si deve, peraltro, segnalare che l'introduzione del principio di equità nel diritto inglese ha subito la mediazione del diritto canonico, per il quale l'*aequitas* rappresenta la norma suprema sulla quale è edificato l'ordinamento canonico, utilizzata non solo per colmare le lacune dell'ordinamento legislativo, ma anche per correggere le applicazioni del diritto scritto che conducono a risultati contrastanti con i principi supremi dell'ordinamento canonico.

²⁶ F.W. MAITLAND, *op. cit.*, definisce l'*equity* in rapporto alla *common law* come «a sort of appendix added on to our code, or a sort of gloss written round of our code».

ve ed integrative che intervenivano nel caso in cui le corti di *common law* non fornissero un rimedio adeguato²⁷.

In sostanza, in entrambe le esperienze, si era reso necessario, a causa dell'irrigidimento e della sclerotizzazione del sistema di giurisdizione ordinario, al fine di rispondere alle istanze di giustizia sempre più numerose, creare – quanto meno inizialmente²⁸ – organi ulteriori e diversi, in qualche modo straordinari ai quali affidare le istanze di tutela che non trovavano adeguata risposta nel sistema normativo ordinario.

Si è venuto, in tal modo, a creare un sistema di giustizia parallelo il quale, a sua volta, ha dato vita ad un sistema di valori e norme suoi propri²⁹.

Si deve, nondimeno, rilevare come tali esperienze abbiano applicato l'equità in maniera differente, permettendoci, così, di rilevare come la risposta possa variare nell'ambito di un ordinamento a diritto codificato ovvero di matrice giurisprudenziale.

Da un lato, nel caso del *praetor* romano, l'equità integra la norma scritta al fine di risolvere il caso singolo rimandando ed utilizzando principi correttivi interni al sistema valoriale dell'ordinamento.

Dall'altro lato, al contrario, probabilmente a causa dell'influsso esercitato dal diritto canonico, il principio di equità è in qualche modo immanente al giudizio del caso singolo che il giudice deve dare, rappresenta, pertanto, un criterio di giudizio da ricercare, tuttavia, in un sistema valoriale esterno a quello dell'ordinamento.

²⁷ Vi è peraltro chi ravvisa un parallelismo tra l'esperienza romana e quella inglese nei seguenti termini: «in un certo senso, anzi, la distinzione fra *Common Law* ed *Equity* può essere paragonata alla distinzione che in un determinato momento sussisteva fra *ius civile* e *ius honorarium*. La *Equity* fu sviluppata dal Cancelliere inglese *iuris communis supplendi causa* e *iuris communis corrigendi causa*. E così come *ius civile* e *ius honorarium* si fusero nei tempi post-classici, così anche *Common Law* ed *Equity* si sono fuse, per lo meno per quanto concerne il diritto sostanziale». M. RHEINSTEIN, *op. cit.*

²⁸ Si fa qui riferimento alla fusione in epoca classica delle funzioni del *praetor*, il quale incarnava in sé sia la giurisdizione dello *ius civile* sia quella dello *ius honorarium*.

²⁹ Esempio classico è quello della creazione nell'ambito della giurisdizione di *equity* dell'istituto del *trust*.

3. I caratteri dell'equità

La sommaria analisi diacronica degli istituti e delle concezioni riconducibili all'idea di equità, consente, a questo punto, di tracciare i caratteri generali di tale principio, prescindendo da qualsiasi contenuto di cui lo si voglia riempire.

Innanzitutto, appare evidente come l'equità non possa essere scissa dal momento del giudizio.

Difatti, sia nel pensiero aristotelico sia nelle esperienze storiche esaminate, essa viene in luce nel corso dei processi volti a rendere giustizia – da un lato, da parte di un giudice/arbitro il quale incarna l'idea di uomo equo, dall'altro lato, da parte del pretore e del Cancelliere.

Ad essa si ricorre nell'atto di applicazione di una norma – la quale a causa del suo proprio carattere universale non può disciplinare e definire tutti i casi del reale –, qualora essa non preveda il caso specifico, non vi sia una norma che regoli la fattispecie concreta ovvero l'applicazione stretta della norma si ponga in antitesi con i principi e valori generali dell'ordinamento, allora, il giudice ovvero l'arbitro dovrà ricorrere all'equità.

L'equità, poi, si pone in rapporto con la legge scritta completandola e adattandola ai tempi in cui essa trova applicazione, comportandosi come una sorta di concetto giuridico indeterminato.

Essa permette, in tal modo, alla norma di storicizzarsi e di rispondere all'esigenze della realtà nel momento in cui il caso viene deciso.

La stessa opera, dunque, da “ponte” di collegamento tra la norma astratta, il caso concreto e il sistema di principi e valori vigenti nell'ordinamento.

4. *L'equità e il diritto amministrativo*

Le esperienze storiche analizzate hanno applicato il concetto di equità ai rapporti tra privati, rapporti nei quali, in linea di massima, le parti del rapporto si trovano in una situazione di equi ordinazione³⁰.

Classicamente il rapporto che s'instaura tra pubblica amministrazione e privato è, al contrario, non paritario, caratterizzato da autorità e supremazia della prima nei confronti dei secondi.

Il potere della pubblica amministrazione, in particolare, è molto penetrante; essa, infatti, può unilateralmente modificare e incidere le situazioni giuridiche soggettive dei privati.

L'amministrazione, dal canto suo, essendo tenuta alla tutela di interessi i quali, talvolta, possono essere in contrasto tra di loro, nell'esercizio del proprio potere deve ponderare gli interessi in gioco.

È in questo spazio valutativo che la dottrina amministrativa³¹, già dalla prima decade del Novecento, ha individuato nell'equità l'elemento dell'agire degli organi amministrativi.

Tale interpretazione, tuttavia, non era, fino ad oggi, mai stata suffragata da interventi del legislatore in tal senso.

Il diritto europeo ha riconosciuto – con l'art. 41, comma 1, della Carta di Nizza –, nell'ambito del diritto ad una buona amministrazione, il diritto ad un trattamento equo³².

Tale novità normativa ha destato, dopo anni di silenzio, un nuovo interesse da parte della dottrina per il tema dell'equità.

È opportuno, però, procedere con ordine e dar conto, seppur sommariamente, dell'evoluzione del concetto di equità³³ e delle resistenze dalla stessa incontrate lungo il suo cammino.

³⁰ Si rimanda per lo studio dell'equità nell'ambito del diritto civile, tra gli altri, a V. VARANO, *op. cit.*; S. ROMANO, *Principio di equità (dir. Priv.)*, in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1966, 83; F. GAZZONI, *Equità ed autonomia privata*, Milano, 1970; G. ALPA, *I principi generali*, Milano, 2006.

³¹ Si rimanda al prosieguo della trattazione per l'analisi della costruzione dottrinale dell'equità nell'ambito del diritto amministrativo.

³² L'art. 41, comma 1 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea stabilisce: «Ogni persona ha diritto a che le questioni che la riguardano siano trattate in modo imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni, organi e organismi dell'Unione».

Prius logico di tale trattazione è rappresentato dal pensiero di uno degli esponenti del positivismo giuridico, Vittorio Scialoja, il quale nel 1879, inaugurando l'anno accademico dell'Università degli Studi di Camerino, intitolò la sua prolusione *Del diritto positivo e dell'equità*³⁴. Il giurista camerte, bocca del positivismo ottocentesco, lanciò un vero e proprio anatema all'equità: essa rappresenta una forza e un potere che si addicono al legislatore e che vanno assolutamente negati al giudice.

Seguendo questo *topos*, Luigi Raggi, nella sua prolusione Genovese del 1918, si riferiva all'equità affermando che essa «ha un valore storico [...] non è che un ricordo storico»³⁵ e, dunque, come tale non utile né passibile di applicazione pratica.

Nonostante l'anatema del giurista camerte e l'invito al silenzio del Raggi, Federico Cammeo, dapprima, nel suo *Corso di Diritto Amministrativo*³⁶, poi, nella prolusione bolognese del 1924³⁷, sistematizza il concetto di equità.

Nel *Corso* inserisce l'equità tra le fonti del diritto amministrativo assieme all'analogia e alla giurisdizione. Eppure, forse subendo anche egli le influenze del positivismo ed identificandola come un concetto metagiuridico³⁸, ne relega l'operatività alla discrezionalità amministrativa³⁹ e al sindacato di merito del giudice amministrativo.

³³ Per una ricostruzione storica del pensiero sull'equità si veda P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, 140 e ss.

³⁴ Ora in V. SCIALOJA, *Studi giuridici III*, Roma, 1932, 1 ss.

³⁵ L. RAGGI, *Contributo all'apprezzamento del concetto di equità*, in *Il Filangieri*, LXIV, 1919, 44.

³⁶ F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, 1911-1914, ristampa a cura di G. Miele, Padova, 1960.

³⁷ F. CAMMEO, *L'equità nel diritto amministrativo*, in *Annuario della Regia Università di Bologna*, 1924, 16 e ss.

³⁸ Viene, difatti definita come «un complesso di principi fondamentali inerenti alle idee morali, sociali ed economiche di un dato popolo in una data epoca».

³⁹ Significativo a tal proposito il collegamento con il principio romagnosiano del minimo mezzo. «La formula in cui tale criterio si riassume è la legge del minimo mezzo, raggiungere il massimo utile dell'amministrazione col minimo sacrificio dei cittadini».

Con la prolusione il concetto di equità viene approfondito sulla base degli studi francesi in tema di abuso del diritto, a tal fine essa viene ricollegata al sindacato di legittimità in ordine all'eccesso di potere⁴⁰.

La dottrina successiva non si discosta dalla ricostruzione di Cammeo, e, da un lato, ne accentua la portata amministrativa e la connessione con l'eccesso di potere e conseguentemente con il giudizio di legittimità⁴¹, dall'altro lato, ricollegandosi al primo Cammeo la rilega al sindacato di merito del giudice amministrativo⁴².

Anche la dottrina più recente tratta dell'equità esclusivamente in relazione alla discrezionalità amministrativa⁴³, ancora di più con l'introduzione del diritto ad una buona amministrazione e del canone del trattamento equo che la pubblica amministrazione deve adottare nei rapporti con i privati⁴⁴.

Vi è stato, poi, chi⁴⁵ ha limitato l'utilizzo per la pubblica amministrazione dell'equità «se non nell'ipotesi dell'equità integrativa per espresso rinvio della legge» ed ha, invece, riconosciuto la vera forza operativa dell'equità in capo al giudice amministrativo.

Ebbene, a tale ultima ricostruzione, soprattutto riguardo i profili relativi alla giurisdizione amministrativa riteniamo di prestare maggiore attenzione.

⁴⁰ Difatti in tutte le ipotesi di eccesso di potere «in sostanza, l'amministrazione contravviene al principio di equità, che non devesi abusare del diritto a danno di altri».

⁴¹ R. ALESSI, *Intorno ai concetti di causa giuridica, illegittimità, eccesso di potere*, Milano, 1934. Secondo l'autore nel solo caso dell'eccesso di potere per ingiustizia manifesta l'equità rappresenta uno dei limiti all'attività discrezionale.

⁴² A. AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano, 1939. L'autore in particolare individua l'equità come una delle componenti del merito amministrativo insieme all'opportunità, attinendo la prima al rapporto fra amministrazione e amministrati e la seconda all'utilità economica dell'agire della pubblica amministrazione.

⁴³ Si veda tra gli altri G. BOTTINO, *Equità e discrezionalità amministrativa*, Milano, 2004.

⁴⁴ A. ZITO, *op. cit.*; L. PERFETTI, *op. cit.*; ID., *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. Amm.*, 3, 2013, 309.

⁴⁵ F. MERUSI, *Sull'equità della pubblica amministrazione*, in *L'equità (Atti del Convegno del Centro Nazionale di Prevenzione di Difesa Sociale, tenuto a Lecce 9-11 settembre 1973)*, Milano, 1975, 83 e ss.

Per l'appunto, nella nostra modesta opinione, il vero campo di applicazione dell'equità rimane, come nelle esperienze storiche trattate, quello del processo e del giudizio di equità, vale a dire del potere del giudice di decidere le questioni poste dalle parti utilizzando criteri equitativi.

Il giudice amministrativo è, invero, un giudice "creatore", un «giudice di equità, nel senso di giudice che fa appello a principi generali di giustizia per rinvenire la norma idonea per risolvere il caso concreto»⁴⁶.

Esso applica costantemente l'equità eppure ne fa espresso riferimento prevalentemente in relazione a ben circostanziati argomenti: spese di giustizia, quantificazione del risarcimento del danno e per ampliare l'obbligo di provvedere della pubblica amministrazione.

Ciò nonostante, non vi è, nessun tipo di riconoscimento, se non da parte della dottrina⁴⁷, di poteri equitativi in capo al giudice amministrativo.

Nel processo civile, al contrario, vi è una precisa disposizione, l'art. 114 c.p.c., secondo la quale «il giudice, sia in primo grado che in appello, decide il merito della causa secondo equità quando esso riguarda diritti disponibili delle parti e queste gliene fanno concorde richiesta».

Tale norma, pur in presenza della norma di apertura di cui all'art. 39 c.p.a., alla stregua della quale «per quanto non disciplinato dal presente codice si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressioni di principi generali», non trova applicazione nell'ambito del processo amministrativo per ragioni di natura sistematica e di ordine storico.

Il giudice amministrativo, peraltro, sembra rifuggire qualsiasi tipo di affermazione volta a riconoscere poteri equitativi in capo ad esso.

Sia concesso in questa sede trattare, in riferimento a quanto sopra affermato, del recente caso trattato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁴⁸ e della relativa Ordinanza di rimessione⁴⁹.

Si prenderà avvio per questioni logiche e temporali da quest'ultima.

⁴⁶ Cit. F. MERUSI, *op. cit.*, 90.

⁴⁷ Si veda a tal proposito F. MERUSI, *op. cit.*

⁴⁸ Cons. Stato, Ad. Plen., 13 aprile 2015, n. 4.

⁴⁹ Cons. Stato, Sez. V, ord. 22 gennaio 2015, n. 284.

La Sezione V in un giudizio di appello volto alla demolizione di una procedura concorsuale, accertata la sussistenza di uno dei vizi lamentati dalla ricorrente, ha deferito all'Adunanza Plenaria, *ex art. 99 c.p.a.*, la seguente questione di diritto.

Se il giudice amministrativo – in base ai principi fondanti la giustizia amministrativa ovvero in applicazione dell'art. 34, comma 3, del c.p.a. – possa non disporre l'annullamento della graduatoria di un concorso, risultata illegittima per vizio non imputabile ad alcun candidato, e disporre che al ricorrente spetti un risarcimento del danno (malgrado questi abbia chiesto soltanto l'annullamento degli atti risultati illegittimi), quando la pronuncia giurisdizionale – in materia di concorsi per l'instaurazione di rapporti di lavoro dipendente – sopraggiunga a distanza di moltissimi anni dalla approvazione della graduatoria e dalla nomina dei vincitori, e cioè quando questi abbiano consolidato scelte di vita e l'annullamento comporti un impatto devastante sulla vita loro e delle loro famiglie.

La questione all'esame della Sezione rimettente, in particolare, riguardava il caso di un concorso per l'assunzione di funzionari in un ente locale conclusosi nel 1999. La ricorrente, avendo partecipato e non essendo stata ammessa alla prova orale a causa del mancato raggiungimento della votazione minima prevista alla prova scritta, lamentava l'irregolarità della composizione della Commissione esaminatrice nonché la mancanza di preventivi criteri di giudizio della prova orale.

Il giudice di prime cure, nel 2002, rigettava il ricorso ritenendolo infondato.

Il Consiglio di Stato, al contrario, asserendo la fondatezza del motivo di ricorso volto a censurare la mancata previa indicazione dei criteri di valutazione della prova orale, si interrogava sugli esiti degli effetti caducatori della decisione.

La pronuncia, infatti, dopo quindici anni dalla conclusione della procedura concorsuale, sarebbe andata ad incidere sull'affidamento dei concorrenti risultati vincitori, pur non essendo agli stessi ascrivibili i vizi del procedimento. Gli stessi facendo affidamento sulla stabilità del posto di lavoro avevano, pertanto, determinato le proprie scelte di vita, familiari e di studio e la pronuncia di annullamento della procedura avrebbe comportato per essi la perdita del posto di lavoro, con tutte le

relative conseguenze connesse alla cessazione del rapporto lavorativo che ben si possono immaginare.

D'altro canto, la ricorrente, avrebbe potuto, tutto al più, ottenere la riedizione della procedura selettiva, senza, comunque, avere la certezza del superamento della stessa.

In una tale situazione, il Collegio ritiene che – ove la parte che abbia fondatamente impugnato gli atti del procedimento concorsuale ne faccia espressa richiesta – la pronuncia del giudice amministrativo, basandosi su una valutazione di tutte le circostanze, possa disporre unicamente il risarcimento del danno senza il previo annullamento degli atti risultanti illegittimi.

Nel caso di accordo da parte del ricorrente precedenti pronunce avevano rintracciato il fondamento di tale potere del giudice, da un lato, nei generali principi di giustizia, dall'altro lato, nel principio di proporzionalità⁵⁰ «da intendere nella sua accezione etimologica e dunque da riferire al senso di equità e di giustizia, che deve sempre caratterizzare la soluzione del caso concreto, non solo in sede amministrativa ma anche giurisdizionale».

La Sezione V affermando che «il giudice amministrativo – quando si tratti di questioni che riguardino persone fisiche e le loro attività lavorative – non può che farsi carico delle conseguenze delle proprie pronunce, verificando se esse risultino, appunto, conformi ai principi di proporzionalità, di equità e di giustizia», ha dimostrato di rispondere alla definizione aristotelica di “uomo equo”⁵¹, sostenendo che:

Mentre l'annullamento dell'atto autoritativo illegittimo risulta (e deve risultare) la misura tipica di giustizia quando la sua rimozione attribuisca il 'bene della vita' a chi abbia ragione (o intenda salvaguardare va-

⁵⁰ Già F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., ricollegava equità e proporzionalità parlando della «naturale equità» quale «legge del minimo mezzo». Oggi per una ricostruzione della proporzionalità intesa come strumento nel quale prende vita l'equità, si legga V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012, 205 e ss.

⁵¹ Si ricorda che per Aristotile nell'*Etica Nicomachea* «è equo infatti [...] chi non è pignolo nell'applicare la giustizia fino al peggio, ma è piuttosto portato a tenersi indietro, anche se ha il conforto della legge».

lori primari dell'ordinamento), l'accoglimento del ricorso in concreto – in materia di concorsi (o ad es., di selezione per l'accesso all'università) può risultare in contrasto con tali principi se – disponendo l'annullamento dell'atto sottrae il 'bene della vita' ad uno o più controinteressati, senza poterlo attribuire al ricorrente (e dunque quando per soddisfare una chance – per di più ben difficilmente soddisfabile – si facciano cessare rapporti di lavoro da tempo in corso).

Il Collegio non trova ancoraggio solo in ragioni di equità e di giustizia, bensì rinviene un referente normativo nell'art. 34, comma 3 del c.p.a., il quale dispone «quando nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto stesso se sussiste l'interesse ai fini risarcitori».

In tal caso «la vera giustizia del caso concreto e la effettiva tutela per il ricorrente possono consistere nell'accertare – così come richiesto – l'illegittimità degli atti impugnati, affinché – se del caso in un separato giudizio, in ipotesi anche d'ottemperanza – sia quantificato il danno patrimoniale risarcibile».

Orbene, in sostanza, con l'ordinanza in commento, il giudice amministrativo, ritenendo la pedissequa applicazione della legge non rispondente all'esigenza di giustizia ed equità e, in particolare, essendo il danno sociale derivante da una pronuncia di annullamento *tout court* maggiore rispetto all'utilità tratta dal ricorrente, ha ritenuto necessario che l'espressione più alta della giustizia amministrativa, l'Adunanza Plenaria, decidesse in ordine alla possibilità di utilizzare manifestamente criteri nonché poteri equitativi.

L'Adunanza Plenaria, con la sentenza 13 aprile 2015, n. 4 ha, nondimeno, ritenuto di non poter aderire alla ricostruzione offerta dal Collegio remittente sulla base delle seguenti considerazioni:

a) sulla base del principio della domanda, che regola anche il processo amministrativo; b) sulla base della natura della giustizia amministrativa quale giurisdizione soggettiva, pur con talune peculiarità – di stretta interpretazione – di tipo oggettivo; c) per la non mutabilità *ex officio* del giudizio di annullamento una volta azionato; d) per la non pertinenza degli argomenti e dei precedenti richiamati.

Il Collegio, individua, in tal modo, i limiti sistematici ai poteri di equità del giudice amministrativo: l'ampiezza di siffatti poteri non deve andare a intaccare il sistema giurisdizionale di tipo soggettivo⁵² che caratterizza l'ordinamento italiano.

Proprio in virtù di detto principio della domanda, non può ammettersi che in presenza di un atto illegittimo (causa petendi) per il quale sia stata proposta una domanda demolitoria (petitum), potrebbe non conseguire l'effetto distruttivo dell'atto per valutazione o iniziativa ex officio del giudice. [...] Al massimo, il giudice può non già "modulare" la forma di tutela sostituendola a quella richiesta, ma determinare, in relazione ai motivi sollevati e riscontrati e all'interesse del ricorrente, la portata dell'annullamento, con formule ben note alla prassi giurisprudenziale, come l'annullamento parziale, «nella parte in cui prevede» o «non prevede», oppure «nei limiti di interesse del ricorrente» e così via.

La ricorrente, peraltro, in più di un'occasione aveva mostrato il perdurante interesse all'ottenimento di una pronuncia di annullamento, non dimostrandosi disposta a rinunciarvi in favore del risarcimento del danno.

Non è però consentito al giudice, in presenza della acclarata, obiettiva esistenza dell'interesse all'annullamento richiesto, derogare, sulla base di invocate ragioni di opportunità, giustizia, equità⁵³, proporzionalità, al principio della domanda (si tratterebbe di una omessa pronuncia, di una violazione della domanda previsto dall'art. 99 c.p.c. e del principio della corrispondenza previsto dall'art. 112 c.p.c. tra chiesto e pronunciato secondo cui "il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa", applicabili ai sensi del rinvio esterno di cui all'art. 39 cod. proc. amm. anche al processo amministrativo) e trasformarne il

⁵² Per una disamina sui rapporti e sull'evoluzione dei sistemi di tutela (oggettiva e soggettiva) si rimanda a B. MARCHETTI, *Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 1, 2014, 74-106.

⁵³ È necessario segnalare il perdurante atteggiamento di timore, anche dei giudici amministrativi, nei confronti dell'equità, difatti, fuor dal passaggio citato qui sopra, l'equità non viene menzionata in alcun altro passaggio della pronuncia e, al contrario, nella declamazione della giustizia ad essa connessa viene contrapposta la necessità di far sì che il sistema non conosca altre "derivate" oggettive.

petitum o la causa petendi, incorrendo altrimenti nel vizio di extrapetizione.

Orbene, la disamina di tale vicenda processuale ci dimostra la sensibilità e la predisposizione naturale del giudice amministrativo nel compiere valutazioni equitative, intese qui nel senso di valutazioni in grado di rendere le norme flessibili, per meglio rispondere al caso sottoposto al vaglio di esso.

Tuttavia, l'occasione di manifestare tale attitudine si è persa nel timore di aprire, in tal modo, il varco alle sempre più pressanti istanze volte a trasformare la tutela soggettiva offerta dal processo amministrativo in una tutela di tipo oggettivo.

Il giudice amministrativo, ciò nonostante, rimane un giudice “creatore”, il quale, facendo ricorso al bilanciamento tra principi riesce a rinvenire «la norma idonea per risolvere il caso concreto»⁵⁴.

Nel caso trattato, il bilanciamento tra il principio di equità e quello della domanda ha visto, nell'interpretazione dell'Adunanza Plenaria, la prevalenza – forse più per ragioni sistematiche che non di giustizia – del secondo.

5. *L'importanza, talvolta, di non definire*

Il giurista è un cercatore d'ordine, un tessitore d'ordine, perché il diritto è essenzialmente scienza ordinante; egli si sforza di individuare e segnare la ragnatela dell'ordine che soggiace, invisibile ma reale, al di sotto dell'incomposta rissa delle cose. Solo che queste cose non sono per il giurista i dati della natura cosmica, un coacervo di cristalli contraddistinto da sostanziale immobilità; sono, invece, i dati della natura sociale percorsi da una dinamica continua, da una loro intima storicità. Il guaio per il giurista è troppo spesso quello di dimenticare che maneggia del materiale storicissimo e che i risultati da lui conseguiti, anche se validi, sono relativi, relativi a certi luoghi, a certi tempi, a certi stadii di civiltà storiche, debbono cioè essere fissati con la disponibilità a variarli

⁵⁴ Cit. F. MERUSI, *op. cit.*, 90.

in ragione della loro naturale elasticità. Il guaio per il giurista è la tentazione – intesa in ogni ordinatore – a immobilizzarli e assolutizzarli⁵⁵.

Quanto affermato da Paolo Grossi ci offre una chiave di lettura al tema sin qui trattato.

La definizione giuridica, strumento di ordine nelle mani del giurista, con la sua propensione a disegnare contorni certi intorno agli aspetti del reale, scelti come campo di operatività del giuridico, sembra, forse solo in apparenza, essere il baluardo della ricercata ed esaltata necessità di certezza del diritto e delle leggi.

Eppure, sembra dimenticarsi che «il diritto non esiste solo perché si scrive nelle leggi: vi è d'uopo di uno spirito o senso vivificatore, che ne faccia una realtà»⁵⁶.

In questo senso si comprende, dunque, l'emergere dello scontro tra l'esigenza di definire e di non-definire, tra certezza⁵⁷ e giustizia, tra legalità⁵⁸ ed equità, tra legge e diritto: «il contrasto tra lo spirito e la lette-

⁵⁵ P. GROSSI, *Le molte vite del Giacobinismo giuridico. Ovvero: la 'carta di Nizza', il progetto di 'Costituzione europea' e le insoddisfazioni di uno storico del diritto*, in ID., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2005, 127-128.

⁵⁶ S. SPAVENTA, *Giustizia nell'amministrazione*, ora in *La politica della destra. Silvio Spaventa: scritti e discorsi raccolti da Benedetto Croce*, Bari, 1910, 64.

⁵⁷ La bibliografia in tema di certezza del diritto è sconfinata, si possono citare tra gli altri, F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, nuova ed. a cura di G. Astuti, Milano, 1968; P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, in F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., 167; F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, in ID., *La certezza del diritto*, cit., 191; M. CORSALE, *Il problema della certezza del diritto in Italia dopo il 1950*, in F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., 285; S. COTTA, *La certezza del diritto. Una questione da chiarire*, in *Rivista di diritto civile*, 1993, 317; N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1951, 146 ss.; P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2005; P. GROSSI, *Sull'odierna 'incertezza del diritto'*, in *L'incertezza delle regole. Atti del convegno dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo (Napoli 3-4 ottobre 2014)*, Napoli, 2015, 1.

⁵⁸ Si veda per quanto concerne il principio di legalità nel diritto amministrativo A. BARTOLINI, A. PIOGGIA, *La legalità dei principi di diritto amministrativo e il principio di legalità*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi di diritto amministrativo*, Milano, 2012, 79 e ss.

ra, tra la giustizia equa e la giustizia certa, tra il valore interiore della giustizia e la sua necessaria traduzione in termini di oggettività»⁵⁹.

A partire dal Settecento si instaura l'idea per cui lo Stato sia l'unico produttore del diritto e che la legge, unica fonte in grado di esprimere la volontà generale, sia una pura forma. È il solo promanare da un soggetto sovrano che ne determina la legittimità e le conferisce il crisma della legalità a prescindere dal contenuto che di volta in volta le verrà affidato, creando, in tal modo, una sorta di "mistica della legge"⁶⁰.

L'interpretazione di questa pura forma non può far altro che ridursi al sillogismo per cui se la norma (A) descrive il caso concreto (B), allora, si realizzerà l'effetto in essa previsto (C).

È in questo contesto assolutistico che va maturando l'idea per cui sia necessario che il diritto, o meglio, la legge, debba essere certa: vale a dire fissata in testo scritto, conoscibile e chiara.

Ai nostri giorni l'impostazione tradizionale della questione sulla certezza non appare più possibile: l'esperienza storica ci ha amaramente dimostrato come la legge, per quanto certa, possa rivelarsi non solo iniqua, ma addirittura aberrante.

Il mondo post-moderno è, ormai, cambiato, e con esso anche il sistema delle fonti.

L'entrata in vigore della Costituzione ha smantellato alle fondamenta la pretesa di primazia della legge.

Accanto al potere politico si vanno via via affermando altri attori giuridici, primi tra tutti i giudici.

Non si può, invero, negare come sempre in maggior misura il potere giudiziario sia protagonista nel riconoscere diritti laddove il potere legislativo, a causa delle più disparate ragioni, decida di non intervenire.

Sembra, dunque, arrivato il momento di riconoscere come, forse, legge, legalità e certezza siano stati sopravvalutati e mitizzati e, dunque, riflettere sul fatto che «nel formulare un concetto, nell'enunciare un principio, nel delineare un istituto, bisogna essere esatti e precisi, ma la

⁵⁹ F. LOPEZ DE OÑATE, *op. cit.*, 158.

⁶⁰ P. GROSSI, *Giustizia come legge o legge come giustizia? Annotazioni di uno storico del diritto*, in ID., *Mitologie giuridiche della modernità*, cit., 33.

esattezza e la precisione richiedono che non si irrigidisca ciò che è flessibile e non si solidifichi ciò che è fluido»⁶¹.

È proprio riconoscendo ciò che si potrà affidare uno spazio maggiore all'equità, strumento che permette alla legge, intesa in senso lato, di adeguarsi al divenire del reale, a rispondere alle istanze di una società in continua evoluzione.

Tale discorso è applicabile ancor di più al diritto amministrativo il quale, pur se in questi ultimi anni l'ampio numero di leggi regolanti l'ampia congerie di tale materia⁶² sia stato via via raccolto in testi unici e codici, dando vita a quella che si può qualificare come l'epoca della codificazione amministrativa, si sta irrigidendo e, in risposta ai mutamenti che lo coinvolgono, si sta chiudendo in se stesso.

Difatti, se, da un lato, esso si viene a sistematizzare, dall'altro, di pari passo, sta sempre più perdendo i suoi caratteri originari.

In aggiunta a ciò, accanto a tali mutamenti interni, l'influenza e la penetrazione del diritto europeo si fanno sempre più preponderanti, portando con sé, come è ben noto a tutti, nuove esigenze finanziarie, nuove concezioni del fare giustizia, spinte in tema di accesso alla giustizia, effettività e pienezza della tutela che trascinano con sé una concezione oggettiva del sistema di tutela offerto dal processo la quale sta incontrando sempre maggiore resistenza da parte del giudice amministrativo nazionale improntato, al contrario, ad una concezione soggettiva dello stesso.

Il sistema, così, per difendersi da questi "attacchi" combinati si richiude a riccio in se stesso.

Ed allora, come nella Roma classica e nell'Inghilterra medioevale, anche oggi, la chiusura del sistema pone l'attenzione sulla necessità di valutare la particolarità e la singolarità del caso concreto.

⁶¹ S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, 117.

⁶² Nella prolusione bolognese Cammeo, per far comprendere ai propri studenti la portata del diritto amministrativo e l'ampiezza delle leggi a tale disciplina afferenti esemplificò in tal modo: «Voi avete certo visto quel volume di non oltre 1000 pagine che contiene lo Statuto, i cinque codici e le più essenziali leggi complementari. Avete forse veduto la raccolta ufficiale delle leggi che dal 1861 comprende circa 300 volumi di 1000 pagine. Ebbene da queste 300.000 pagine togliete le 1000 dell'altro volume. Il resto è il diritto amministrativo».

Ebbene, bisogna tenere a mente l'ammonimento di Aristotele: «non tutto può essere definito dalla legge»⁶³ e come il regolo di piombo usato per la costruzione di Lesbo ci si deve adattare alla configurazione della pietra e non rimanere rigidi.

A nostro modo di vedere erano proprio queste le intenzioni e i propositi della Sezione V del Consiglio di Stato: valutare la complessità e multiformità della situazione reale e, adattandosi alle esigenze dalla stessa sollevate, non rimanere rigidi.

Purtuttavia, l'Adunanza Plenaria ha ritenuto non opportuno ampliare in tal modo i poteri del giudice, pervenendo ad una decisione della cui giustizia si può dubitare.

Probabilmente la soluzione va rinvenuta nel mezzo, «tra il definire e il non definire, ha da tenere la giusta misura. Né tutto concedere alla giustizia, cadendo nell'incognita del diritto libero, né tutto alla certezza, inchiodando l'etica sulla croce della legge»⁶⁴.

⁶³ *Etica Nicomachea*, cit.

⁶⁴ F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, in F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., 205.

LA CRISI DELLA DEFINIZIONE DI DATO PERSONALE NELL'ERA DEL WEB 3.0

UNA LETTURA CIVILISTICA IN CHIAVE COMPARATA

Rossana Ducato*

Stat rosa pristina nomine, nomina nuda tenemus

U. Eco¹

SOMMARIO: 1. Una storia di diritto e tecnologia: il crepuscolo della definizione di dato personale. 2. La protezione dei dati personali sulle due sponde dell'Atlantico: brevi note comparatistiche. 3. Le definizioni di informazione di carattere personale. 3.1. Il modello europeo. 3.2. Il modello statunitense. 3.3. Il "definitional divide". 4. L'impatto (dirompente) della tecnologia sulla definizione giuridica. 5. Le soluzioni proposte dai privacy scholars nordamericani: di (in)definizioni, interpretazioni contestuali e versioni 2.0. 6. Discussione critica e linee guida per un'indagine.

1. Una storia di diritto e tecnologia: il crepuscolo della definizione di dato personale

Che la riflessione giuridica in materia di privacy sia sempre stata legata agli accadimenti tecnologici è una di quelle affermazioni che un *legal scholar* potrebbe riportare in un articolo scientifico senza supporto di note a piè di pagina². La prima epifania del diritto alla *privacy*,

* Un grazie sentito ai professori Sergio Bonini e Roberto Flor per i commenti e i suggerimenti al *paper* forniti in occasione delle giornate di studio dell'Associazione Alumni SGCE *Il diritto e le definizioni*, nonché al prof. Umberto Izzo e ai colleghi Paolo Guarda e Federica Giovanella per il confronto e la preziosa *review*.

¹ U. Eco, *Il nome della rosa*. Milano, 1980.

² Parafrasando J. BOYLE, *A Politics of Intellectual Property: Environmentalism for the Net?*, in *Duke L.J.*, 47, 1997, 87:87. Nonostante tale premessa, sia consentito il rinvio a S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995.

rinvenibile nel seminale lavoro di Warren e Brandeis, rispondeva a una nuova esigenza di protezione dell'individuo che l'invenzione di un artefatto tecnologico aveva creato³:

While, for instance, the state of the photographic art was such that one's picture could seldom be taken without his consciously "sitting" for the purpose, the law of contract or of trust might afford the prudent man sufficient safeguards against the improper circulation of his portrait; but since the latest advances in photographic art have rendered it possible to take pictures surreptitiously, the doctrines of contract and of trust are inadequate to support the required protection, and the law of tort must be resorted to.

Tali istanze di protezione sono andate rafforzandosi in maniera sempre più impellente con la "rivoluzione dell'informazione"⁴: l'accreciuta capacità di elaborazione di dati, lo sviluppo massivo di *database*, la diffusione capillare di Internet e della banda larga, il successo globale dei *social network* e le possibilità dischiuse dal *cloud computing* sono solo alcuni degli accidenti tecnologici che hanno rimodulato il rapporto tra l'individuo e la propria sfera privata.

Tale cambio di paradigma, che ha visto (e, per la verità, vede tuttora) la comparsa di nuovi attori, nuove possibilità e nuove dinamiche relazionali, ha, pertanto, sollecitato la riflessione dei giuristi circa i meccanismi di tutela dell'individuo in questa nuova dimensione informazionale. Una riflessione che, partendo dalle elaborazioni in tema di riservatezza e passando per il principio di *informationelle Selbstbestimmung* è giunta al riconoscimento della protezione dei dati personali come vero e proprio diritto fondamentale dell'era digitale⁵.

³ S.D. WARREN, L.D. BRANDEIS, *The right to privacy*, in *Harv. L. Rev.*, vol. 4, n. 5, 1890, 193:211.

⁴ L. FLORIDI, *Information: A Very Short Introduction*, Oxford, 2010.

⁵ Sull'evoluzione storica delle elaborazioni in tema di *privacy*, vedi *ex multis* M. LOSANO, *Il diritto pubblico dell'informatica*, Torino, 1986; L. BYGRAVE, *Privacy Protection in a Global Context – A Comparative Overview*, in *Scandinavian Studies in Law*, 2004, vol. 47, 319; G. RESTA, *Il diritto alla protezione dei dati personali*, in F. CARDARELLI, S. SICA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Il codice dei dati personali. Temi e problemi*, Milano, 2004, 11; S. NIGER, *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, Padova, 2006; G. SALERNO,

Il bilanciamento tra le istanze della c.d. “quarta rivoluzione”⁶ e la protezione dell’individuo è stato esplicitato in maniera paradigmatica già nel titolo direttiva 95/46/CE⁷, relativa “alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati”. Il baricentro di questo equilibrio è stato ipostatizzato nella definizione di dato personale, con una conseguenza giuridica molto semplice: la disciplina in materia di protezione dei dati personali si applica esclusivamente a quelle informazioni qualificabili come dato personale e non anche a quelle che tali non possano ritenersi (perché anonime o anonimizzate).

La tecnologia ha, però, imposto ancora una volta un’accelerazione alla riflessione giuridica, in quanto nuovi progressi hanno messo in crisi la definizione stessa di dato personale, rendendo più incerti i confini tra quest’ultimo e il “dato anonimo”: lo sviluppo della scienza della re-identificazione, il fenomeno dei *Big Data* e la tendenza a condividere spontaneamente sempre più informazioni personali in Rete hanno ampliato le possibilità di ricollegare tracce disseminate nel contesto *online* a persone concrete⁸. Alcuni casi recenti – come lo scandalo di Netflix o

La protezione della riservatezza e l’inviolabilità della corrispondenza, in R. NANIA, P. RIDOLA, *I diritti costituzionali*, Torino, 2006, 617; A. MANTELETO, *Il costo della privacy tra valore della persona e ragione d’impresa*, Milano, 2007; G. PASCUZZI, *Il diritto dell’era digitale*, Bologna, 2010; P.M. SCHWARTZ, K. PEIFER, *Prosser’s “Privacy” and the German Right of Personality: Are Four Privacy Torts Better than One Unitary Concept?*, in *Cal. L. Rev.*, 2010, 1925.

⁶ Quella dell’informazione sarebbe l’ultima in ordine di tempo delle rivoluzioni scientifiche che hanno modificato profondamente l’approccio dell’uomo verso il mondo e, di conseguenza, verso se stesso: la rivoluzione copernicana, quella darwiniana e, infine, quella freudiana hanno rispettivamente svelato le illusioni della teoria tolemaica, dell’antropocentrismo e della razionalità, rimodellando l’ontologia stessa della realtà. Sul punto si veda L. FLORIDI, *op. cit.* Si veda, inoltre, ID., *The Fourth Revolution*, Oxford, 2014.

⁷ Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, in G.U.C.E. n. L 281 del 23 novembre 1995, 31-50.

⁸ Sull’obsolescenza dei nomenclatori della normativa in materia di *privacy*, si rinvia alle riflessioni lumeggiate in P. GUARDA, *Fascicolo Sanitario elettronico e protezione dei dati personali*, Trento, 2011, 178 e ss.

di America Online⁹ o, ancora, le scoperte del *genome-hacker* Yaniv Erlich¹⁰ – hanno disvelato le “broken promises”¹¹ della *privacy* nell’era digitale, dimostrando come sia possibile risalire all’identità di una persona attraverso l’estrazione e l’aggregazione di dati non identificativi.

Alla luce di tali considerazioni, alcuni autori hanno sostenuto l’obsolescenza della definizione di dato personale, fino ad affermare la necessità di rinunciare alla medesima, in favore di un sistema di tutela calibrato su una matrice di “rischio del danno”¹².

L’obiettivo del presente lavoro muove in una duplice direzione: in primo luogo, s’intende analizzare in prospettiva comparata come e fino a che punto la tecnologia stia incidendo sulla validità della definizione di dato personale e come ciò impatti sull’ordito normativo della *privacy*. In questo senso, si indagheranno le risposte fornite negli ordinamenti giuridici che costituiscono i due modelli di riferimento in materia – Unione europea e Stati Uniti –, non solo avendo riguardo al formante dottrinale, ma anche alle regole di *soft law* e alle linee guida elaborate da agenzie specializzate e gruppi di esperti.

In seconda battuta, si affronteranno in chiave critica le proposte avanzate in letteratura circa la preferibilità di una (in)definizione di dato personale ovvero una rimodulazione della definizione stessa. Si cercherà di mettere in evidenza luci e ombre di tali elaborazioni teoriche, che rischiano di scardinare uno dei pilastri attorno cui è stata eretta la disciplina in materia di protezione dei dati personali.

⁹ Su cui S. BAROCAS, H. NISSENBAUM, *Big Data’s end run around anonymity and consent*, in J. LANE E AL. (eds.), *Privacy, Big Data, and the Public Good*, Cambridge, 2014, 44.

¹⁰ Come soprannominato da E.C. HAYDEN, *Privacy protections: The genome hacker*, in *Nature* 497.7448, 2013, 172.

¹¹ Riprendendo l’espressione di P. OHM, *Broken promises of privacy: Responding to the surprising failure of anonymization*, in *UCLA L. Rev.*, 57, 2010, 1701.

¹² Sul punto si tornerà più approfonditamente nel prosieguo. Tuttavia, vedi sin d’ora P. OHM, *op. cit.*; P.M. SCHWARTZ, D.J. SOLOVE, *The PII Problem: Privacy and a New Concept of Personally Identifiable Information*, in *NYUL Rev.*, 86, 2011, 1814; E. GRATTON, *If Personal Information Is Privacy’s Gatekeeper, then Risk of Harm is the Key: A Proposed Method for Determining What Counts as Personal Information*, in *Alb. L.J. Sci. & Tech.*, 24, 2013, 105.

2. La protezione dei dati personali sulle due sponde dell'Atlantico: brevi note comparatistiche

La dimensione intrinsecamente transnazionale della circolazione dell'informazione rende imprescindibile l'analisi del dato comparatistico per comprendere la magnitudine di tale cambiamento.

Il modello europeo e quello statunitense costituiscono i due principali paradigmi in materia di protezione dei dati personali che si pongono all'attenzione del giurista.

Il modello europeo è stato pioniere nel versare in strumenti normativi di ampio respiro una risposta ai pericoli per la *privacy* di cui si cominciava a maturare la consapevolezza di fronte alla rapida innovazione della tecnologia informatica e computazionale. Con la Convenzione sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati di carattere personale, n. 108/1981 (“Convenzione di Strasburgo”)¹³, che internalizzava raccomandazioni e risoluzioni emanate già negli anni '60 e '70, il Consiglio d'Europa ha inteso fornire uno strumento di armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia con un duplice obiettivo: rafforzare la tutela della *privacy* informazionale rispetto alla protezione accordata al diritto alla vita privata dalla CEDU al suo articolo 8, garantendo al contempo la libera circolazione transfrontaliera dell'informazione nell'ottica di bilanciamento con il diritto alla libertà d'espressione (previsto all'art. 10 CEDU)¹⁴.

Tale contemperamento di interessi, come si accennava, è stato fatto proprio anche dalla Direttiva 95/46/CE, che allo stato attuale rappresenta l'*exemplum* di normazione organica della materia più complesso a livello internazionale, garantendo una tutela ampia e generale ogniqualvolta si realizzi un “trattamento di dati personali interamente o parzialmente automatizzato nonché [un] trattamento non automatizzato di dati personali contenuti o destinati a figurare negli archivi”¹⁵.

L'ambito di applicazione della Direttiva 95/46/CE, come si vedrà a breve, è particolarmente esteso: si sottraggono alla sua disciplina solo

¹³ La Convenzione è stata ratificata dall'Italia con la L. 21 febbraio 1989, n. 98, in G.U. n. 66 del 20 marzo 1989 - Suppl. Ordinario n. 19.

¹⁴ L. BYGRAVE, *Data Privacy Law, an International Perspective*, Oxford, 2014, 35.

¹⁵ Art. 3, comma 1, Direttiva 95/46/CE.

quei trattamenti effettuati per l'esercizio di attività che non rientrano nel campo di applicazione del diritto dell'UE, come quelle previste dai titoli V e VI del TUE e comunque quei trattamenti aventi come oggetto la pubblica sicurezza, la difesa, la sicurezza dello Stato e le attività dello Stato in materia di diritto penale; le disposizioni della Direttiva non trovano applicazione in un unico e ulteriore caso, ossia qualora il trattamento sia effettuato da una persona fisica per l'esercizio di attività a carattere esclusivamente personale o domestico (si tratta della c.d. *household exemption*)¹⁶.

L'ordinamento statunitense, al contrario, offre una protezione estremamente frammentata tra diversi *tort*, leggi statali e leggi federali: solo alcuni tipi di informazione, con determinate caratteristiche, esclusivamente in certi contesti e limitatamente a un dato ambito soggettivo di applicazione sono oggetto di una tutela specifica¹⁷. È il caso del *Children's Online Privacy Protection Act* (COPPA)¹⁸ uno *statute* federale che si applica esclusivamente alla raccolta *online* di informazioni di carattere personale di minori di 13 anni; dell'*Health Insurance Portability and Accountability Act* (HIPAA)¹⁹ che regola l'uso e la diffusione di "protected health information" (PHI) – ovvero di "individually identifiable health information", dati sanitari che si riferiscono a un soggetto identificato o che possono essere ragionevolmente utilizzati per identificare un individuo – e si dirige esclusivamente a quei soggetti che rientrano nella nozione di *covered entity*²⁰ o di *business associate*²¹; o, ancora del *Video Privacy Protection Act* (VPPA)²², che tutela le informazioni che identificano un soggetto che ha richiesto ed ottenuto

¹⁶ Vedi art. 3, comma 2, Direttiva 95/46/CE.

¹⁷ Per una *overview* generale della tutela della *privacy* nel sistema statunitense si rinvia a D.J. SOLOVE, P.M. SCHWARTZ, *Privacy Law Fundamentals*, Portsmouth, 2015.

¹⁸ 15 U.S.C. §§ 6501-6506 (Pub.L. 105-277, 112 Stat. 2681-728, enacted October 21, 1998).

¹⁹ Pub.L. 104-191, 110 Stat. 1936, enacted August 21, 1996.

²⁰ Secondo quanto previsto dall'HIPAA rientrano nella nozione di *covered entity* tre tipologie di soggetti o enti: "1) a health plan; 2) a health care clearinghouse; 3) a health care provider who transmits any health information in electronic form in connection with a transaction covered by this subchapter" (45 C.F.R. § 160.102).

²¹ 45 C.F.R. § 160.103.

²² 18 U.S.C. § 2710.

materiali video specifici o servizi da un fornitore di contenuti audio-video; l'elenco potrebbe proseguire a lungo²³.

Semplificando i termini di un discorso più complesso, possiamo in questa sede evidenziare come la disciplina europea ponga in esponente la protezione dei dati personali come diritto fondamentale della persona (adesso “costituzionalizzato” con il Trattato di Lisbona)²⁴, mentre il sistema statunitense adotti un approccio più lasco, valorizzando la libera circolazione delle informazioni e intervenendo settorialmente a livello legislativo qualora un dato trattamento o le sue modalità siano ritenuti potenzialmente forieri di danni alla persona²⁵.

Nonostante le divergenze nell'oggetto e nell'ambito di applicazione – che Bygrave ha efficacemente descritto come “transatlantic data privacy divide”²⁶ –, la disciplina di entrambi i sistemi giuridici si centra sulla definizione di informazione di carattere personale: per un verso, il sistema europeo utilizza il termine “dati personali”, per altro, la produzione normativa statunitense fa perno sul concetto di “Personally Identifiable Information” (PII).

Analizzare le diverse definizioni di informazione di carattere personale fornite nei due ordinamenti appare un passaggio fondamentale, in quanto esse determinano e circoscrivono l'ambito applicativo delle re-

²³ Per una completa rassegna, si rimanda a D.J. SOLOVE, P.M. SCHWARTZ, *op. cit.*

²⁴ La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea riconosce all'art. 8 il diritto alla protezione dei dati personali. Tale diritto è previsto altresì all'art. 16, comma 1, TFUE. Cfr L. BYGRAVE, *Data Privacy Law*, cit., 58 e ss.; F. FABBRINI, *The EU Charter of Fundamental Rights and the Rights to Data Privacy: The EU Court of Justice as a Human Rights Court*, in *iCourts Working Paper Series*, No. 19. Tale impostazione risulta confermata nel nuovo *General Data Protection Regulation* (GDPR), che all'art. 1, comma 2, annovera il diritto alla protezione dei dati personali tra i diritti e le libertà fondamentali della persona.

²⁵ *Ex multis*, F.H. CATE, *Privacy in the Information Age*, Washington, 1997, 32-33; M. ROTENBERG, *Fair Information Practices and the Architecture of Privacy (What Larry Doesn't Get)*, in *Stan. Tech. L. Rev.* 1, 2001, § 28; A.L. NEWMAN, *Protectors of Privacy: Regulating Personal Data in the Global Economy*, Ithaca-London, 2008, 23 e ss.; L. BYGRAVE, *Data Privacy Law*, cit., 107 e ss.; P.M. SCHWARTZ, D.J. SOLOVE, *Reconciling personal information in the United States and European Union*, in *Cal. L. Rev.* 102, 2014, 877 (in particolare, 880-881); O. LYNKEY, *The Foundations of EU Data Protection Law*, Oxford, 2015, 15 e ss.

²⁶ L. BYGRAVE, *Data Privacy Law*, cit., 107.

lative discipline. Siffatto “telaio” su cui l’ordito normativo in materia di *privacy* si tende – e si è teso per più di quarant’anni – risulta fortemente compromesso dall’innovazione tecnologica, che ne evidenzia in maniera poco clemente tutti i tratti di obsolescenza.

3. Le definizioni di informazione di carattere personale

3.1. Il modello europeo

La Convenzione di Strasburgo del 1981 conosceva già il concetto di “dati a carattere personale”, per tali intendendo²⁷: «Ogni informazione concernente una persona fisica identificata o identificabile (“persona interessata”)».

Riprendendo quasi pedissequamente tale formulazione, la Direttiva 95/46/CE, ha immesso nel lessico giuridico il lemma “dati personali”, definendoli come²⁸:

qualsiasi informazione concernente una persona fisica identificata o identificabile (“persona interessata”); si considera identificabile la persona che può essere identificata, direttamente o indirettamente, in particolare mediante riferimento ad un numero di identificazione o ad uno o più elementi specifici caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, psichica, economica, culturale o sociale.

L’intenzione del Legislatore europeo è stata quella di predisporre una protezione ampia e generale, attraverso l’adozione di una definizione unica di dato personale, che include qualsiasi informazione che si possa riferire a una persona fisica che sia identificata o che lo possa essere indirettamente²⁹.

Questa impostazione è stata seguita anche nell’implementazione nazionale della Direttiva 95/46/CE. Il d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Co-

²⁷ Art. 2, comma 1, lett. a), Convenzione di Strasburgo.

²⁸ Art. 2, comma 1, lett. a), Direttiva 95/46/CE.

²⁹ Sul punto si rinvia alla dettagliata analisi condotta dal WP29 nel Parere 4/2007 sul concetto di dati personali, reperibile all’URL: <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_it.pdf>.

dice in materia di protezione dei dati personali, d'ora in avanti "Codice *privacy*")³⁰ prevede, infatti, che debba intendersi per dato personale³¹:

qualunque informazione relativa a persona fisica, identificata o identificabile, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale.

Siffatto approccio "generalista" e inclusivo risulta confermato anche nel Regolamento generale sulla protezione dei dati personali (GDPR), la riforma, a lungo attesa in materia di *privacy*, che ambisce ad unificare il quadro normativo dell'Unione, aggiornando l'armamentario giuridico della Direttiva 95/46/CE per renderlo efficace innanzi alle sfide dell'era digitale³². L'art. 4, n. 1, GDPR sembra seguire a livello declamatorio l'intento espansivo della definizione di dato personale, laddove stabilisce che si tratta di:

any information relating to an identified or identifiable natural person 'data subject'; an identifiable person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identifier such as a name, an identification number, location data, online identifier or to one or more factors specific to the physical, physiological, genetic, mental, economic, cultural or social identity of that person.

Il tratto comune che emerge dalla lettura comparata delle definizioni appena passate in rassegna è rappresentato da quattro elementi:

³⁰ D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, *Codice in materia di protezione dei dati personali*, in G.U. n. 174 del 29 luglio 2003 - Suppl. Ordinario n. 123.

³¹ Art. 4, comma 1, lett. b, *Codice privacy*.

³² Dopo una gestazione di quasi quattro anni, l'accordo sul testo finale del Regolamento è stato raggiunto nel dicembre 2015 e la sua entrata in vigore è attesa per la primavera del 2018. Il testo consolidato è disponibile all'URL: http://static.ow.ly/docs/Regulation_consolidated_text_EN_47uW.pdf. Alcune analisi preliminari alla proposta di Regolamento sono offerte in P. DE HERT, V. PAPA-KONSTANTINOU, *The proposed data protection Regulation replacing Directive 95/46/EC: A sound system for the protection of individuals*, in *Computer Law & Security Review*, 28.2, 2012, 130; F. GILBERT, *Proposed EU data protection regulation: the good, the bad, and the unknown*, in *J. INTERNET L.*, 15, 2012, 1; C. CUIJPERS, N. PURTOVA, E. KOSTA, *Data Protection Reform and the Internet: The Draft Data Protection Regulation*, in A. SAVIN, J. TRZASKOWSKI (eds.), *Research Handbook on EU Internet Law*, 2014, 543.

- a. la generalità. Il dato personale può consistere in qualsiasi tipologia di informazione, indipendentemente dalla sua natura, dal suo contenuto, dal suo formato;
- b. la riferibilità. Il dato deve concernere un soggetto (l'interessato) e la sua sfera giuridica;
- c. la "personalità". Il dato deve cioè appartenere ad una persona fisica³³;
- d. l'identificabilità. Perché il dato possa considerarsi personale deve essere relativo ad una persona che sia identificata ovvero che possa esserlo direttamente o indirettamente.

Con l'intento di fornire una nozione condivisa, il Gruppo di Lavoro Art. 29 per la protezione dei dati personali (d'ora in avanti "WP29") nell'*opinion* sul concetto di dati personali è entrato nel merito dei quattro elementi come sopra isolati, restituendoci una concezione di dato personale di ampio respiro – in linea con le pronunce della Corte europea dei diritti umani e della Corte di Giustizia – e, per l'effetto, un ambito di applicazione della disciplina a sua tutela molto esteso³⁴. La tecnologia ha inciso in misura diversa sui quattro elementi sopra divisati, ma è indubbiamente la nozione di identificabilità quella maggiormente sollecitata nel nuovo contesto di riferimento. Essa, infatti, dipende dall'"insieme dei mezzi che possono essere ragionevolmente utilizzati dal responsabile del trattamento o da altri" per identificare la persona (come previsto dal considerando 26 della Direttiva 95/46/CE e ribadito dal

³³ Il WP29 introduce, tuttavia, alcune eccezioni a questa regola generale. I dati dei defunti, dei nati o delle persone giuridiche possono in alcuni casi beneficiare indirettamente della protezione di cui alla direttiva 95/46/CE o direttamente qualora l'ordinamento nazionale riconosca a queste fattispecie una specifica tutela. Ad esempio, fino al d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214, l'ordinamento italiano riconosceva il diritto alla protezione dei dati personali anche alle persone giuridiche. Il riferimento è stato, però, abrogato "in corretta applicazione della normativa europea". Il punto è criticamente discusso in G. RESTA, *Privacy. La tutela dei dati personali dopo il «decreto sviluppo»*, in *Enciclopedia Treccani*, 2012, reperibile all'URL: http://www.treccani.it/enciclopedia/privacy-la-tutela-dei-dati-personali-dopo-il-decreto-sviluppo_%28Il_Libro_dell%27anno_del_Diritto%29/.

³⁴ WP29, Parere 4/2007 sul concetto di dati personali, 20 giugno 2007, rinvenibile all'URL: <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1607426>.

considerando 23 del GDPR). Un criterio, questo, necessariamente dinamico e correlato allo stato dell'arte delle misure tecniche ed organizzative implementabili per il trattamento.

L'identificabilità della persona costituisce un elemento qualificante per la definizione di dato personale e, di conseguenza, per l'applicabilità stessa della disciplina di cui alla Direttiva 95/46/CE e, nel caso italiano, del Codice *privacy*. Qualora, infatti, prendendo in considerazione l'insieme dei mezzi che possono essere ragionevolmente utilizzati dal titolare del trattamento o da terzi, le informazioni non consentano di identificare un soggetto ovvero non lo consentano più a seguito di un procedimento tecnico, queste rientreranno nella nozione di dati "anonimi" (considerando 26, Direttiva 95/46/CE; considerando 23, GDPR; art. 4, comma 1, lett. n, Codice *privacy*), e, come conseguenza non attrarranno la disciplina in materia di protezione dei dati personali. Per questi dati, dunque, non vigerà la stringente disciplina prevista in materia di informativa, consenso, obblighi ulteriori per il titolare che sia soggetto privato, valutazione del rischio d'impatto, controlli, responsabilità e sanzioni: la regola generale, salvo il rilievo di altre previsioni normative, sarà il loro libero utilizzo.

In questa previsione è possibile leggere il frutto di un abile bilanciamento tra la protezione dei dati personali e la libera circolazione degli stessi, che costituisce l'obiettivo di *policy* di tutte le normative che mirano a regolamentare il trattamento delle informazioni di carattere personale: se il dato è anonimo non è – o non è più – riferibile ad un individuo; se il soggetto "scompare" dall'operazione, non può esservi alcun rischio di danno alla persona e, pertanto, non si giustifica l'applicazione della disciplina sulla protezione dei dati personali.

In tale bilanciamento è stato rinvenuto l'equilibrio socialmente desiderabile per proteggere la persona nel trattamento automatizzato dei dati, ma al tempo stesso per non rinunciare ai vantaggi degli *open data*, del riuso dei dati per scopi di ricerca statistica, storica e scientifica e, in definitiva, della libera circolazione della conoscenza³⁵.

³⁵ P. OHM, *op. cit.*, 1735 e ss.

Questa soluzione era già stata oggetto di critiche in dottrina, alla luce della dimensione “sociale” e “relazionale” del diritto alla *privacy*³⁶. In particolare, si rilevava come anche il trattamento dei dati anonimi potesse risultare lesivo degli interessi dei singoli, in quanto membri di una comunità³⁷: come evidenziato da Rodotà, l'utilizzo e l'analisi di dati aggregati può comunque avere delle conseguenze lesive sulle persone cui quei dati si riferivano, potendo essere alla base di scelte inerenti un determinato gruppo etnico o linguistico o, ancora, potendo condizionare decisioni politiche ed economiche³⁸.

Tali critiche acquisiscono oggi una nuova *vis* e nuovi argomenti persuasivi di fronte ai progressi tecnologici, che stanno mettendo in crisi l'argine concettuale tra dato personale e dato anonimo.

3.2. *Il modello statunitense*

La legislazione statunitense relativa alla protezione della *privacy* ruota intorno alla nozione di “Personally Identifiable Information” (PII), che assolve alla medesima funzione che la definizione di dato personale svolge in ambito europeo³⁹.

Il panorama normativo statunitense è complesso, trovando la definizione di PII diverse epifanie concettuali ed applicative, soprattutto con riferimento alla nozione di identificabilità. Paul Schwartz e Daniel So-

³⁶ E. NAVARRETTA, *Commento all'art. 9*, in C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI, *Tutela della privacy*, Padova, 1999, 323; P. IAMICELI, *Liceità, correttezza, finalità nel trattamento dei dati personali*, in R. PARDOLESI, *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, Milano, 2003, 408; G. PINO, *L'identità personale*, in P. CENDON (a cura di), *Gli interessi protetti nella responsabilità civile*, Torino, 2005, 367.

³⁷ Sul punto, P.M. VECCHI, *Art. 4*, in C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI, *La protezione dei dati personali. Commentario al D. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (“Codice della privacy”)*, Padova, 2007, 53.

³⁸ S. RODOTÀ, *La privacy tra individuo e collettività*, 1974, in ID., *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, 29.

³⁹ Così, P.M. SCHWARTZ, D.J. SOLOVE, *Reconciling personal information in the United States and European Union*, cit., 879; si veda, inoltre, P.M. SCHWARTZ, D.J. SOLOVE, *The PII Problem*, cit., 1829 e ss.

love hanno offerto, in due loro recenti lavori⁴⁰, una visione sistematica del concetto di PII, rinvenendo i tre approcci predominanti che la legislazione statunitense utilizza per concettualizzare il dato personale:

- 1) approccio “tautologico”;
- 2) approccio “non-pubblico”;
- 3) approccio per “tipi-specifici”.

L’approccio tautologico caratterizza quelle leggi sulla *privacy* che si limitano a definire come personale l’informazione che identifica un soggetto. È il caso, ad esempio, della definizione contenuta nel *Video Privacy Protection Act* (VPPA)⁴¹, lo *statute* promulgato nel 1988 che proibisce al *videotape service provider* di diffondere informazioni di carattere personale (come i titoli del materiale acquistato o noleggiato) senza il consenso specifico del consumatore prestato per iscritto. In base al VPPA deve intendersi per PII quella “information which identifies a person as having requested or obtained specific video materials or services from a video tape service provider”⁴². Il processo ermeneutico su cosa debba intendersi per PII è in buona sostanza lasciato all’interprete, in assenza di utili indici ricavabili dalla normativa.

L’approccio “non-public” è, in un certo senso, l’opposto del tautologico poiché definisce la PII *a contrario*: si intende come tale quell’informazione che non sia di pubblico dominio ovvero che abbia natura statistica. Ad esempio, ai sensi del *Gramm-Leach-Bliley Act*⁴³ del 1999 la “personally identifiable financial information” è quella “non public personal information” fornita dal consumatore all’intermediario finanziario, risultante da una transazione o comunque ottenuta dalla banca, escludendo espressamente che possa ricomprendere le informazioni pubblicamente disponibili⁴⁴.

⁴⁰ Il riferimento è a P.M. SCHWARTZ, D.J. SOLOVE, *Reconciling personal information in the United States and European Union*, cit. e P.M. SCHWARTZ, D.J. SOLOVE, *The PII Problem*, cit.

⁴¹ Video Privacy Protection Act of 1988, 18 U.S.C. § 2710 (2006).

⁴² 18 U.S. Code § 2710 (a)(3).

⁴³ Gramm-Leach-Bliley Act of 1999, 15 U.S.C. § 6809(4)(A)(2006).

⁴⁴ 15 U.S. Code § 6809 (4)(A)(B).

All'interno di questa categoria Solove e Schwartz annoverano anche la definizione contenuta nel *Cable Communications Policy Act*⁴⁵, in base alla quale esulano dalla nozione di PII “i dati aggregati che non identificano persone determinate”⁴⁶. Anche in questo secondo approccio, lo *statute* è parco nel definire alcuni elementi fondamentali, quali la nozione di dati aggregati. Un punto tutt'altro che scontato: se è vero infatti che questi sono generalmente intesi come quell'insieme di informazioni di natura statistica che non permettono di risalire all'identità dell'individuo cui sono riferibili, differenti possono essere i criteri e le modalità per definirne il contenuto e il potenziale re-identificativo (il Legislatore italiano, ad esempio, ha stabilito nei due Codici deontologici per il trattamento dei dati personali a scopi di ricerca che, ai fini della valutazione del rischio di identificazione, si considerano dati aggregati le combinazioni di modalità alle quali è associata una frequenza non inferiore a una soglia prestabilita – il cui minimo è comunque pari a 3 –, ovvero un'intensità data dalla sintesi dei valori assunti da un numero di unità statistiche pari alla suddetta soglia)⁴⁷.

Tale modello, in definitiva, esclude dalla definizione di PII le informazioni di dominio pubblico e i dati statistici, ma finisce per fornire all'interprete pochi elementi circa l'effettivo contenuto della PII e, in particolare, non aiuta a determinare il potenziale identificabile o meno della “non-public information”.

Infine, il terzo modello descritto da Schwartz e Solove è costruito su cataloghi⁴⁸: PII è solo l'informazione elencata come tale nelle categorie enumerate dalla legislazione speciale. Esempi di questo approccio sono

⁴⁵ Cable Communications Policy Act of 1984, 47 U.S.C. § 551(a)(2)(A) (2006).

⁴⁶ 47 U.S. Code § 551(2)(a).

⁴⁷ Si tratta precisamente dell'Allegato A.3. al Codice *privacy*. Codice di deontologia e di buona condotta per i trattamenti di dati personali a scopi statistici e di ricerca scientifica effettuati nell'ambito del Sistema statistico nazionale, *Provvedimento del Garante n. 13 del 31 luglio 2002*, in G.U. 1 ottobre 2002, n. 230; Allegato A.4. al Codice *privacy*. Codice di deontologia e di buona condotta per i trattamenti di dati personali per scopi statistici e scientifici, *Provvedimento del Garante n. 2 del 16 giugno 2004*, in G.U. 14 agosto 2004, n. 190.

⁴⁸ Sulla valenza giuridica dei cataloghi il riferimento imprescindibile è al pionieristico lavoro di G. PARCHOMOVSKY, A. STEIN, *Catalogs*, in *Colum. L. Rev.*, 115, 2015, 165-209.

rappresentati dagli *statute* nazionali che disciplinano la *data breach notification* (ossia l'obbligo di notificare ai soggetti interessati l'avvenuta violazione o perdita dei dati personali) o dalla normativa federale del *Children's Online Privacy Protection Act (COPPA)*⁴⁹. A titolo esemplificativo si consideri che lo *statute* del Massachusetts sulla "breach notification" definisce come PII il nome e il cognome dell'interessato o l'iniziale e il cognome in combinazione alternativamente con almeno uno dei seguenti elementi: *social security number*, numero di patente, numero della carta d'identità, numero di conto corrente, numero di carta di credito o debito⁵⁰; lo Stato della California ricalca questa definizione, ma include tra gli elementi da prendere in considerazione ai fini della determinazione della PII anche i dati sanitari e le informazioni relative all'assicurazione sanitaria, qualora nome e cognome dell'interessato e gli elementi stessi non siano stati criptati⁵¹; il Texas considera PII, oltre al nome e al *social security number* del soggetto interessato, anche la data di nascita, i dati biometrici unici (impronte digitali, impronta vocale, scansione della retina o dell'iride), un numero di identificazione elettronica individuale e il dispositivo di accesso alle telecomunicazioni come descritto nella Sezione 32.51 del Codice penale dello Stato del Texas e, persino, il cognome da nubile della madre dell'interessato⁵².

Particolarmente dettagliato è anche il già menzionato *statute* federale COPPA, che disciplina l'offerta di servizi online diretta a minori. Quest'ultimo, così come emendato dalla *Federal Trade Commission*, definisce la PII come⁵³:

individually identifiable information about an individual collected online, including:

- (1) A first and last name;
- (2) A home or other physical address including street name and name of a city or town;

⁴⁹ Children's Online Privacy Protection Act of 1998, 15 U.S.C. §§ 6501-6506 (2006).

⁵⁰ Mass. Gen. Laws § 93H-1 (a).

⁵¹ Cal. Civ. Code §§ 1798.29 (2)(g).

⁵² Tex. Bus. & Com. Code §§ 521.002 (a)(1).

⁵³ 16 CFR § 312.2.

- (3) Online contact information as defined in this section;
- (4) A screen or user name where it functions in the same manner as online contact information, as defined in this section;
- (5) A telephone number;
- (6) A Social Security number;
- (7) A persistent identifier that can be used to recognize a user over time and across different Web sites or online services. Such persistent identifier includes, but is not limited to, a customer number held in a cookie, an Internet Protocol (IP) address, a processor or device serial number, or unique device identifier;
- (8) A photograph, video, or audio file where such file contains a child's image or voice;
- (9) Geolocation information sufficient to identify street name and name of a city or town; or
- (10) Information concerning the child or the parents of that child that the operator collects online from the child and combines with an identifier described in this definition.

Già a un primo confronto tra le normative appena riportate emerge come quest'ultimo sia, tra i tre esaminati, l'approccio normativo che tende ad una maggior precisione ed articolazione della definizione di PII. Tuttavia, anche questo modello presenta alcuni profili di criticità: nella medesima materia, quale quella della *data breach notification*, è possibile assistere ad una serie di variazioni sul tema particolarmente significative da Stato a Stato. Alcune nozioni, inoltre, appaiono fin troppo restrittive, specie alla luce del contesto *online* e delle potenzialità della scienza della re-identificazione.

Anche gli elenchi che sembrano decisamente più esaustivi, quale quello contenuto nel COPPA, presentano altresì le problematiche "tipiche" dell'iperspecificazione normativa, ossia il rischio della rapida obsolescenza: contenendo indicazioni così di dettaglio per integrare la sua definizione di PII, una normativa come il COPPA deve essere soggetta a continui aggiornamenti per non risultare "datata" e priva di efficacia. Nel gennaio del 2013, infatti, è intervenuta la *Federal Trade Commission* con l'intento di aggiornare il catalogo della COPPA Rule e a tale scopo ha inserito tra gli identificatori i dati di geolocalizzazione o i *persistent identifier*, quali gli indirizzi IP e gli identificativi univoci dei dispositivi.

3.3. Il “*definitional divide*”

In entrambi i sistemi giuridici solo ciò che rientra nella definizione di “dato personale” ovvero di “PII” è assoggettato a norme specifiche che regolano il suo uso, la sua divulgazione e diffusione nonché i diritti e gli obblighi delle parti coinvolte. Il concetto di informazione di carattere personale, pertanto, opera come un filtro che separa il giuridicamente rilevante dal mero fatto.

I due termini assolvono la medesima funzione negli ordinamenti considerati, delimitando l’ambito applicativo delle normative in materia di *privacy*, tuttavia essi non possono essere considerati da un punto di vista comparatistico come equivalenti funzionali, poiché il loro contenuto non è perfettamente sovrapponibile⁵⁴.

In primo luogo, perché, al contrario di quanto previsto nel sistema europeo, non ogni informazione di carattere personale è meritevole di tutela secondo l’ordinamento statunitense. Solo un *numerus clausus* di dati, espressamente tipizzato, costituisce l’oggetto di una *data privacy law*. Riprendendo la tripartizione effettuata da Schwartz e Solove può considerarsi PII solo: l’informazione che identifica un soggetto (approccio tautologico); l’informazione riservata che non è pubblicamente disponibile (approccio “non-public”); le informazioni che la legge enumera come personali (approccio per “tipi specifici”).

La latitudine della definizione statunitense può variare anche in base al contesto applicativo o al soggetto che procede al trattamento: la patologia diabetica di un soggetto rientra, ai sensi dell’HIPAA, nella nozione di PII se il dato è trattato da una struttura ospedaliera; la stessa informazione non è considerata di carattere personale se, però, è la mensa scolastica a dover trattare il dato per l’organizzazione del menù settimanale o se è la casa farmaceutica ad utilizzare quell’informazione per effettuare una campagna di *marketing* mirato; il test genetico effettuato nel corso di una terapia diagnostica è PII, ma non lo è più se a realizzarlo è una società privata quale “23&Me”⁵⁵.

⁵⁴ Sul punto, il riferimento è R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992, 106 e ss.

⁵⁵ Si tratta di una società statunitense che fornisce direttamente ai consumatori un kit per effettuare l’analisi del DNA: <https://www.23andme.com/>.

Il sistema europeo, al contrario, ha adottato un approccio onnicomprensivo e generale, con delle regole in materia di protezione dei dati personali dirette ad operare in contesti eterogenei e indipendentemente dalla natura – pubblica o privata – del soggetto che procede al trattamento. Nei due esempi di cui sopra, il modello europeo avrebbe ravvisato un dato sensibile nel primo caso e un dato genetico nel secondo.

Queste differenze di carattere teorico-concettuale, come vedremo a breve, hanno una ricaduta operativa assai pregnante per ciò che concerne l'ambito di applicabilità delle relative discipline a fronte della crisi conclamata dell'anonimizzazione.

Entrando nel merito della definizione, l'elemento di maggior dissonanza è costituito dalla nozione di identificabilità. Molto articolata è la costruzione europea che mira ad inglobare quei dati e quelle informazioni che anche indirettamente possono essere ricollegati ad un determinato soggetto, così identificandolo. La nozione di PII, invece, è più ristretta perché prende in considerazione soltanto il dato riconducibile ad un soggetto identificato e non anche potenzialmente identificabile.

Pertanto, mentre il sistema europeo mette al centro l'individuo, attraverso l'attrazione nell'ambito della normativa sulla protezione dei dati personali di tutta quell'informazione che possa riferirsi ad una persona identificata o identificabile (assicurando in quest'ultimo caso una copertura quasi totale contro le potenziali situazioni pregiudizievoli), il sistema statunitense mette in esponente la libertà di circolazione dell'informazione, dal momento che, adottando un approccio "riduzionista"⁵⁶, la legislazione statale o federale risulta applicabile di fatto solo se i dati identificano un soggetto.

4. *L'impatto (dirompente) della tecnologia sulla definizione giuridica*

La convergenza di fenomeni tecnologici e sociali che si è verificata nel torno degli ultimi anni induce a riconsiderare le definizioni fin qui analizzate. I progressi compiuti dalla scienza della re-identificazione, lo sviluppo dei *Big Data* e la tendenza a condividere spontaneamente on-

⁵⁶ P.M. SCHWARTZ, D.J. SOLOVE, *The PII Problem*, cit., 1817.

line sempre più informazioni di carattere personale, hanno reso più incerta la linea di demarcazione tra dato personale e dato anonimo.

Gli sviluppi informatici hanno cioè reso manifesto che quello che si credeva il pilastro fondamentale della difesa degli equilibri tra *privacy* e libere utilizzazioni si è dimostrato essere un colosso dai piedi d'argilla.

Una serie di recenti scandali, che hanno avuto come teatro gli USA, hanno mostrato la fragilità di un sistema basato sulla netta separazione tra ciò che è informazione di carattere personale (e come tale destinatario della relativa disciplina a sua protezione) e ciò che non lo è.

Il primo in ordine di tempo ha riguardato "America Online", multinazionale dei media statunitense e uno dei maggiori *internet service provider* a livello mondiale. Nel 2006 la società americana aveva rilasciato in pubblico dominio con finalità di ricerca le *search query* di più di 650.000 dei suoi utenti, avendo provveduto a sostituire alcuni identificatori – quali lo *username* e l'indirizzo IP degli utenti – con un numero identificativo⁵⁷. Tale misura di protezione si era, però, presto rivelata insufficiente posto che a distanza di cinque giorni dal rilascio del *database* un'inchiesta del New York Times aveva svelato come fosse abbastanza agevole identificare individui determinati a partire dall'analisi combinata delle loro *query* di ricerca.

Sempre nel 2006, un'altra società statunitense, Netflix, veniva travolta da un simile *data leak scandal*. Netflix è una piattaforma ad abbonamento che permette di vedere film e serie TV in *streaming* e fornisce suggerimenti personalizzati sulla base dei *rating*, ossia dei punteggi, dati dall'utente ai contenuti fruiti.

Con l'intenzione di perfezionare l'algoritmo utilizzato per prevedere i punteggi assegnati dagli abbonati – e quindi fornire loro suggerimenti sempre più profilati – Netflix lanciava un concorso aperto e, a tal fine, rilasciava *online* un *dataset* contenente 100 milioni di *movie rating* relativi a circa 480.000 abbonati. I dati in questione riguardavano: il numero identificativo univoco per l'utente, il titolo del film, l'anno di produzione, il punteggio assegnato dall'utente e la data del *rating*. Anche in questo caso, nel giro di qualche giorno veniva dimostrata l'inconsi-

⁵⁷ M. BARBARO, T. ZELLER, *A Face Is Exposed for AOL Searcher No. 4417749*, rinvenibile all'URL: http://www.nytime.com/2006/08/09/technology/09aol.html?pagewanted=all&_r=0.

stenza del sistema di anonimizzazione utilizzato da Netflix: combinando le informazioni rilasciate per il “Netflix Prize” con altri dati disponibili *online* (come quelli dell’“Internet Movie Database”)⁵⁸, due ricercatori dell’Università di Austin hanno dimostrato la possibilità di re-identificare quei dati⁵⁹. In particolare, è stato osservato come le informazioni relative ai punteggi dei film non solo fossero “semplici” dati personali, ma si trattasse di dati in grado di rivelare condizioni particolarmente intime: sulla base di questo assunto nel 2009 è stata incardinata una *class action* nella corte del Distretto Nord della California⁶⁰.

I ricorrenti sostenevano, infatti, che la condotta di Netflix integrasse la violazione delle *privacy policy* contenute nel sito e che il rilascio del *dataset* avesse creato uno stigmatizzante fattore “Brokeback Mountain”. In altre parole, la conoscibilità dei dati relativi ai gusti cinematografici era idonea a svelare preferenze politiche, religiose e, financo, sessuali.

Più di recente, la mobilità dei confini tra dato anonimo e dato personale è stata affermata anche nel delicato campo del trattamento dei dati genetici. Nel 2013 un gruppo di ricerca del MIT coordinato da Yaniv Erlich è riuscito a risalire all’identità di una cinquantina di partecipanti al progetto internazionale “1000 Genome”⁶¹, a partire dai campioni di DNA anonimizzati e resi disponibili *online* per fini di ricerca. Anche in questo caso, attraverso un algoritmo è stato possibile re-identificare i soggetti combinando i dati genetici che si ritenevano anonimi con altre informazioni contenute in banche dati liberamente accessibili (come Ysearch⁶² e SMGF⁶³) o con dati altrimenti reperibili *online*⁶⁴.

⁵⁸ <http://www.imdb.com>.

⁵⁹ A. NARAYANAN, V. SHMATIKOV, *How To Break Anonymity of the Netflix Prize Dataset*, 2006, rinvenibile all’URL: <http://arxiv.org/pdf/cs/0610105v2.pdf>.

⁶⁰ *Jane Doe et al. v. Netflix Inc.*, rinvenibile all’indirizzo: http://www.wired.com/images_blogs/threatlevel/2009/12/doe-v-netflix.pdf.

⁶¹ Il progetto “1000 Genome” (<http://www.1000genomes.org/>) persegue come obiettivo scientifico il sequenziamento massivo del genoma umano, al fine di offrire alla comunità scientifica uno strumento sulla variabilità genetica mettendo a disposizione una banca dati ad accesso aperto.

⁶² <http://www.ysearch.org/>.

⁶³ <http://www.smgf.org/>.

Il mutamento tecnologico di cui ci stiamo occupando, al di là delle conseguenze immediate e di breve periodo sulle singole vicende qui esaminate, ha in potenza un impatto molto più esteso e dirompente sia dal punto di vista etico che legale.

Limitandoci agli aspetti giuridici, possiamo osservare come la rottura della parete che separava il dato anonimo dal dato personale si ripercuote in maniera differente nei due sistemi considerati. Per un verso, il cambiamento tecnologico enfatizza la forza autoespansiva della definizione europea di dato personale, che attraverso il prisma del concetto di identificabilità si estende in maniera potenzialmente illimitata: persino la stringa di *bit* più insignificante nascosta nei meandri della Rete, purché indirettamente ricollegabile ad un individuo, deve essere considerata alla stregua di un dato personale e, pertanto, oggetto della relativa disciplina. Questa conclusione, che costituisce uno sviluppo consequenziale delle disposizioni della Direttiva 95/46/CE, finisce con l'impattare inevitabilmente sull'interesse alla circolazione dell'informazione nel mercato interno e dunque sul bilanciamento ricercato dalla normativa, ponendo un limite che, per ovvie ragioni, il legislatore del '95 non aveva potuto prefigurarsi⁶⁵.

All'opposto, negli Stati Uniti i medesimi accadimenti tecnologici rischiano di rendere la legislazione federale e nazionale in materia di *privacy* lettera morta: l'ordinamento nordamericano non ha, infatti, introiettato nel proprio tessuto normativo il concetto di identificabilità, bensì quello di identificazione; questa caratteristica crea delle lacune evidenti nella tutela delle situazioni disciplinate dalle *privacy rules* che hanno adottato l'approccio tautologico e "non-public". Tuttavia, l'evoluzione tecnologica ha un impatto ancor più dirompente sulle norme che hanno implementato l'approccio "per tipi-specifici": per identificare un individuo, la capacità di computazione e di aggregazione può fare a meno dell'informazione personale protetta dai cataloghi normativi e utilizzare informazioni diverse dalla PII, che, in quanto tali, rimangono escluse dall'applicazione del paradigma normativo di protezione della

⁶⁴ M. GYMREK, A.L. MCGUIRE, D. GOLAN, E. HALPERIN, Y. ERLICH, *Identifying personal genomes by surname inference*, in *Science*, 339.6117, 2013, 321.

⁶⁵ P. OHM, *op. cit.*, 1740-1741; E. GRATTON, *op. cit.*

*privacy*⁶⁶. Le enumerazioni di PII divise dai legislatori statunitensi rischiano, pertanto, di scontare un notevole grado di obsolescenza, di fatto lasciando scoperte le situazioni soggettive che gli stessi miravano a proteggere in maniera puntuale e circostanziata.

5. *Le soluzioni proposte dai privacy scholars nordamericani: di (in)definizioni, interpretazioni contestuali e versioni 2.0*

Non è un caso che la dottrina nordamericana sia stata quella ad aver dimostrato una maggior sensibilità verso le conseguenze giuridiche legate alla crisi della definizione di dato personale/PII. Già critici verso il proprio sistema di protezione della *privacy* considerato a maglie troppo larghe, alcuni autori hanno ravvisato nell’impatto della tecnologia sul perno delle legislazioni in materia di *data protection* un momento di rottura che imponeva di ripensare l’impianto di tutela. Né è casuale che quest’orientamento sia stato percorso da studiosi attenti al dato comparatistico e profondi conoscitori del sistema europeo: proprio dal confronto tra i due modelli giuridici – delle analogie e differenze degli ordinamenti considerati nonché dei rispettivi punti di forza e di debolezza – tali autori sono riusciti ad isolare tanto le problematiche condivise tra i due sistemi quanto quelle specifiche, fornendo delle soluzioni interpretative ed operative potenzialmente compatibili nei due ordinamenti.

A innescare il dibattito che qui ci occupa è stato Paul Ohm, con il suo ormai celeberrimo articolo “Broken promises of privacy”⁶⁷. In esso, l’autore effettua una lucida e corrosiva analisi contro la fiducia incondizionata che legislatori, giuristi e *policy makers* continuano a riporre nelle tecniche di anonimizzazione. La premessa della sua riflessione è che la crisi di queste ultime sia ormai conclamata e che il legislatore dovrebbe prenderne atto per ripensare in maniera critica la riforma delle attuali normative in materia di protezione dei dati personali.

Il cambio di paradigma tecnologico, secondo Ohm, annichilisce irrimediabilmente la tassonomia delle legislazioni in materia di *privacy*,

⁶⁶ P. OHM, *op. cit.*; P.M. SCHWARTZ, D.J. SOLOVE, *Reconciling personal information in the United States and European Union*, cit.

⁶⁷ P. OHM, *op. cit.*

le quali, sia nel sistema europeo che in quello statunitense, hanno fin dalle proprie origini adottato un approccio “datacentrico”, costruito cioè intorno alla nozione di dato personale/PII, al fine di superare gli angusti confini imposti dal *tort law* e dai suoi rimedi che permettevano di intervenire solo *ex post*, a danno avvenuto⁶⁸.

Per far fronte a questa nuova situazione, la soluzione proposta è *tranchant*: abbandonare le definizioni di dato personale/PII, in quanto “advances in reidentification expose how thoroughly these phrases miss the point”⁶⁹. In altri termini, occorre rinunciare a queste ultime perché non rispecchiano più la *ratio* e il bilanciamento di interessi che avevano ispirato i Legislatori. Per utilizzare una metafora linguistica è come se il referente non potesse più attribuire al significante un significato, rimanendo quest’ultimo un elemento grafico muto.

In alternativa alla definizione di dato personale/PII, Ohm suggerisce l’introduzione di un nuovo principio di natura organizzativa, in base al quale i *policy makers* provvedano a implementare nelle legislazioni in materia di *privacy* strategie di *risk-assessment* che prendano atto del fallimento dell’anonimizzazione e che considerino le reali possibilità di re-identificazione⁷⁰. Secondo l’autore, tale analisi del rischio dovrebbe muovere dall’identificazione delle situazioni in cui si può verificare un danno per l’individuo, per poi valutare se nel bilanciamento tra l’interesse dei soggetti cui i dati si riferiscono e quello alla libera circolazione dell’informazione, il primo debba prevalere sul secondo. Ove il danno sia maggiore dei benefici attesi, il diritto dovrebbe regolare tale fattispecie in maniera differente a seconda del contesto e del settore specifico.

La *privacy rule* immaginata da Ohm distingue a seconda del titolare e della tipologia di banca dati. Nella sua matrice di rischio, i soggetti maggiormente problematici sono costituiti dai c.d. “large entropy reducers”, ossia quelle organizzazioni che detengono un volume di dati notevole e che sono in grado di creare correlazioni tra i più disparati tipi di informazione. Si tratta dei grandi *big players* di Internet e del commercio elettronico: Google, Microsoft, Yahoo, LexisNexis, Amazon,

⁶⁸ *Ivi*, 1732 e ss.

⁶⁹ *Ivi*, 1704.

⁷⁰ *Ivi*, 1759.

ecc. Secondo Ohm, questi soggetti dovrebbero essere destinatari di regole specifiche, poiché su di essi incombe un particolare *duty of care*: per un verso, essi sono la porta di accesso per poter collegare un determinato dato a una specifica persona, e per altro verso, considerando il volume e l'ampiezza del *database*, il danno derivante da un'eventuale violazione delle loro misure di sicurezza o perdita dei dati è potenzialmente incalcolabile.

Fatta questa puntualizzazione, il cuore della proposta di Ohm consiste nello sviluppare una strategia integrata che combini un approccio normativo "generalistico" (assente negli USA), che definisca un nucleo minimo di principi condivisi per qualsiasi trattamento di dati, con un approccio "settoriale", che detti specifiche previsioni per determinati ambiti o soggetti, quali i *large entropy reducers*.

L'approccio generalistico ipotizzato da Ohm non intende essere pervasivo e omnicomprensivo come quello implementato dalla Direttiva 95/46/CE, ma nelle intenzioni dell'autore dovrebbe limitarsi a stabilire un *common core* di principi ispiratori che guidino le pratiche di gestione del flusso informativo in qualsiasi contesto.

Per quanto riguarda, invece, l'approccio settoriale, Ohm suggerisce cinque fattori da impiegare nel *privacy risk assessment*, snodo fondamentale sul quale deve basarsi la costruzione delle specifiche *privacy laws*. In questa direzione, la proposta dell'autore statunitense è quella di integrare l'approccio tradizionale sulla valutazione del rischio, focalizzato esclusivamente su aspetti matematici, tecnologici, e statistici. Essendo venuta meno la pretesa completezza e infallibilità che accompagnava questi ultimi, per Ohm dovrebbero fare ingresso nella valutazione del rischio *privacy* anche principi sociologici, psicologici e istituzionali, al fine di indagare le altre facce del fenomeno.

I cinque fattori da tenere in considerazione in questa teorizzazione sono pertanto:

1. *Le tecniche di trattamento dei dati*. Occorre in primo luogo valutare come le differenti modalità del trattamento possono condizionare il rischio di re-identificazione.
2. *Rilascio privato v. rilascio pubblico*. Il legislatore deve approntare un armamentario giuridico diverso a seconda che la diffusione del dato

sia generalizzata ovvero che lo scambio di informazioni avvenga tra soggetti “fidati”.

3. *Quantità*. L'attenzione dei *policy makers* dovrebbe concentrarsi non solo sulla qualità (natura, sensibilità e correlabilità) dell'informazione, ma anche sulla quantità e il volume dei dati. Come ci insegna il fenomeno dei *Big Data*, è proprio la massa di informazioni che può portare alla re-identificazione di un soggetto a partire da dati ritenuti *ex se* anonimi.
4. *Scopo*. Una variabile rilevante è rappresentata dai motivi che possono spingere un operatore a re-identificare: il rischio di danno può essere basso se, ad esempio, le informazioni (anche particolarmente sensibili) sono trattate da un centro di ricerca, che raramente può avere interesse a risalire all'identità di un soggetto. Tale valutazione sui motivi non può, però, essere agganciata a un'investigazione delle ragioni soggettive, ma dovrebbe essere ancorata a criteri oggettivi, che misurino, ad esempio, gli incentivi economici alla re-identificazione.
5. *Trust*. Un ultimo elemento, di natura sociologica e psicologica, è costituito dalla creazione di meccanismi che aumentino la fiducia generale nelle persone e nelle istituzioni: categorizzando i possibili amministratori di banche dati in base al “trust” che ingenerano, il Legislatore potrebbe trasporre tali conclusioni all'interno della normativa.

Secondo Ohm, applicando tali fattori si può giungere a una più precisa valutazione del rischio di re-identificazione, distinguendo a seconda dello specifico *provider* e del contesto in cui avviene il trattamento. Ciò quindi, per quanto qui interessa, a prescindere dalla definizione di dato personale/PII.

Muovendo dalle medesime premesse concettuali di Ohm, l'analisi della canadese Eloise Gratton propone un'interpretazione evolutiva della definizione di dato personale/PII⁷¹.

In particolare, secondo l'autrice, sarebbe l'interpretazione letterale del concetto di identificabilità a creare la situazione di incertezza giuridica, causa di inefficienze e soluzioni controintuitive, in quanto, per un

⁷¹ Qui sono sintetizzate le posizioni espresse in E. GRATTON, *op. cit.*

verso, espanderebbe eccessivamente la definizione di dato personale, frapponendo oneri e barriere sproporzionati nella circolazione dell'informazione, e, per altro verso, lascerebbe sprovviste di tutela situazioni giuridiche nuove (quali, ad esempio, i dati che si riferiscono ad un oggetto e non ad un individuo ovvero informazioni relative ad un soggetto la cui identità sia sconosciuta o non identificabile), che a stretto rigore, non rientrano nei termini della definizione⁷².

Nel solco del *contextual approach* di Gautrais e Trudel⁷³, in base al quale l'interpretazione giuridica deve guardare al contesto generale di una data disposizione, al suo scopo e all'intenzione del legislatore, Gratton elabora una teoria per ripensare la definizione di dato personale – e, in particolare, il requisito dell'identificabilità – in prospettiva dinamica. Ravvisata la *ratio* comune a tutte le legislazioni in materia di *privacy* in un principio precauzionale, ossia la protezione dell'individuo dalle conseguenze dannose derivanti dal trattamento illecito dei suoi dati, è proprio alla luce del concetto di rischio di danno che, secondo Gratton, deve essere letta ed interpretata la nozione di dato personale.

Per determinare il coefficiente di rischio ai fini dell'identificabilità, Gratton prende in primo luogo in considerazione la sensitività dell'informazione, che viene determinata in base a due fattori: la natura intima dell'informazione e il grado di disponibilità della stessa presso soggetti terzi.

Muovendo da queste premesse, l'autrice costruisce un albero di decisione per guidare l'interprete nella qualificazione di un determinato dato come personale in base al rischio di danno che il suo utilizzo comporta, distinguendo a seconda che il danno prodotto si sostanzia in con-

⁷² Per un parere parzialmente discordante su questo specifico punto, si veda l'*Opinion* 4/2007 del WP29.

Il caso di America Online ha dimostrato come sebbene le *search queries* non fossero riferibili ad un individuo, la massa critica di dati a disposizione e la loro aggregazione li aveva resi identificabili. Ci sono anche ipotesi in cui non è necessario identificare un individuo per poter interferire con la sua sfera giuridica: il caso paradigmatico è costituito dal *behavioural advertising* o dalla tecnica di *adaptive pricing* realizzata attraverso l'utilizzo di *cookies*: anche se l'identità rimane ignota, l'individuo può subire danni o discriminazioni da questo tipo di condotte. E. GRATTON, *op. cit.*, 13-14.

⁷³ V. GAUTRAIS, P. TRUDEL, *Circulation des renseignements personnels et web 2.0*, Montréal, 2010.

sequenze di natura oggettiva (come, ad esempio, il diniego di un servizio o una frode) ovvero soggettiva (quali, la sofferenza dovuta alla consapevolezza che una determinata informazione di natura intima e personale è conosciuta da soggetti terzi)⁷⁴, dei mezzi e dei costi utilizzati per l'identificazione e, infine, delle potenziali correlazioni tra dati⁷⁵.

Qualche esempio può essere utile per capire il funzionamento di questo *test*. Riprendendo la vicenda già esaminata di “America Online”, l'autrice canadese afferma come sebbene le informazioni rilasciate *online* non fossero riferibili direttamente a soggetti determinati, il volume dei dati, l'intimità di quelle informazioni e la loro non disponibilità presso il pubblico avrebbero dovuto indurre a concludere che il rischio di danno derivante dalla diffusione di quel *dataset* fosse elevato e che l'informazione in questione, di conseguenza, non potesse che essere considerata un dato personale.

Al contrario, ove i dati siano in grado di identificare una persona, ma non abbiano natura intima e siano tendenzialmente disponibili presso una generalità di soggetti, allora il rischio di danno sarà basso e l'informazione potrà non ritenersi personale. A questo proposito, Gratton fa criticamente riferimento al caso francese Note2Be⁷⁶, controversia che aveva portato alla parziale chiusura del sito *web* dedicato al *rating* dei propri insegnanti. La Corte d'Appello di Parigi aveva ritenuto che la pubblicazione *online* del nome e del luogo di lavoro dei professori e, contestualmente, del giudizio dato dallo studente-utente costituisse un

⁷⁴ E. GRATTON, 42. Sul punto, l'autrice canadese si rifà alle elaborazioni di E. DYSON, *Reflections On Privacy 2.0*, in *Scientific American*, 299.3, 2008, 50-55 e R. CALO, *The Boundaries of Privacy Harm*, in *Ind. L.J.*, 86, 2011, 1131. Il c.d. “danno oggettivo” può prodursi nella fase di vero e proprio processamento dell'informazione e tradursi in conseguenze negative di tipo economico (si pensi ai danni da furto di identità), di tipo discriminatorio (generate, ad esempio, dal *consumer profiling* e dalle tecniche di *adaptive pricing* o *dynamic pricing*), di tipo fisico (è il caso, secondo Gratton, dell'utilizzo di dati di geolocalizzazione impiegati da uno *stalker* per rintracciare e colpire la propria vittima); mentre, il “danno soggettivo” può derivare da due tipi di attività, ossia la raccolta o la diffusione dei dati: in queste ipotesi, il danno coincide con una sensazione di umiliazione ovvero di imbarazzo (E. GRATTON, *op. cit.*, 48 e ss.).

⁷⁵ E. GRATTON, *op. cit.*, 52 e ss.

⁷⁶ <http://www.note2be.com/>.

trattamento illecito di dati personali⁷⁷. Secondo l'autrice, nel caso di specie, data la disponibilità delle informazioni in questione e la loro agile conoscibilità, il rischio di danno soggettivo era da ritenersi pressoché nullo, così giustificando una disapplicazione della normativa *privacy* o, per lo meno, una mitigazione dell'obbligo di prestazione del consenso informato da parte dei professori interessati⁷⁸.

Alla luce di tale ricostruzione, Gratton arriva a concludere che il trattamento delle informazioni può essere una fonte di rischio di danno per l'interessato in occasione di due attività: la diffusione o l'uso dei dati.

Pertanto, nel momento in cui si deve decidere se procedere alla diffusione di un dato, l'interprete deve domandarsi se tale diffusione può comportare un rischio di danno soggettivo per l'individuo, tenuto conto della sensitività dell'informazione. Se il rischio di danno soggettivo è basso, allora il dato non sarà qualificato come personale e fuoriuscirà dalla normativa in materia di *privacy*.

Nel caso in cui l'informazione, invece, debba essere utilizzata, l'interprete dovrà verificare se tale attività possa avere un impatto sull'interessato. Se l'impatto è positivo o neutro, il dato potrà essere liberamente utilizzato; se l'impatto sull'individuo è negativo (danno oggettivo), l'informazione dovrà essere qualificata come dato personale, sempreché sia accurata e rilevante per la finalità dell'utilizzo.

Infine, deve darsi conto di una terza opinione dottrinarica che riconcettualizza il concetto di dato personale nella nuova foggia di "PII 2.0"⁷⁹. Paul Schwartz e Daniel Solove intervengono nel dibattito sulla definizione, proponendo una soluzione idonea a colmare le lacune dell'attuale approccio statunitense alla PII e che al contempo possa valere anche per l'ordinamento europeo, così da facilitare la circolazione transatlantica dei dati⁸⁰.

⁷⁷ Cour d'appel de Paris 14ème chambre, section A Arrêt du 25 juin 2008.

⁷⁸ E. GRATTON, *op. cit.*, 68.

⁷⁹ Il concetto è stato presentato per la prima volta nell'articolo P.M. SCHWARTZ, D.J. SOLOVE, *The PII Problem*, cit.

⁸⁰ Come spiegato in P.M. SCHWARTZ, D.J. SOLOVE, *Reconciling personal information in the United States and European Union*, cit.

La PII 2.0 è definita da Schwartz e Solove come uno standard, inteso come processo decisionale aperto, e viene collocata all'interno di un *continuum*, idealmente suddiviso in tre categorie a seconda che il dato riguardi una persona: 1) identificata; 2) identificabile; 3) non identificabile.

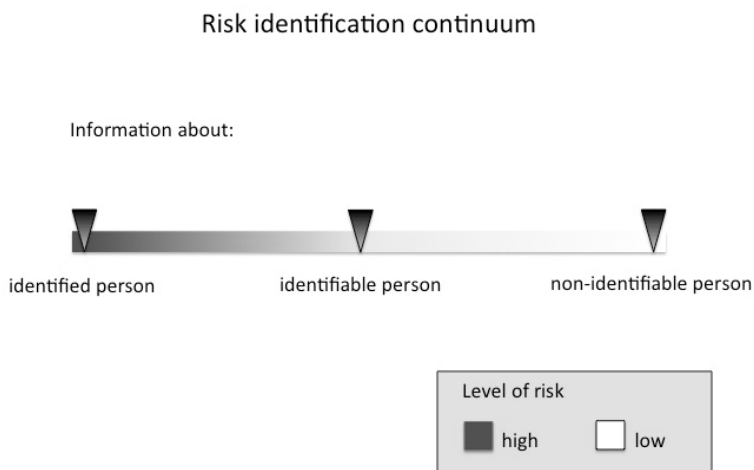


Fig. 1 Risk identification continuum⁸¹

Il dato si riferisce a una persona identificata se è possibile individuarla all'interno di un gruppo; la persona è identificabile se vi è una probabilità non remota che possa essere identificata in futuro; non è identificabile, infine, se è remoto il rischio che i dati possano essere riferiti alla persona, considerando tutti i mezzi ragionevolmente utilizzabili per l'identificazione.

Questa categorizzazione avrebbe il vantaggio, secondo i suoi fautori, di fornire la base per una protezione su misura calibrata sul rischio di identificazione, calcolabile in base alla durata del trattamento, ai possibili progressi tecnologici, agli incentivi delle parti a re-identificare un soggetto⁸².

⁸¹ La figura è una rappresentazione grafica personale utilizzata per esemplificare la PII 2.0 teorizzata da Schwartz e Solove.

⁸² P.M. SCHWARTZ, D.J. SOLOVE, *The PII Problem*, cit., 1878.

6. *Discussione critica e linee guida per un'indagine*

Le elaborazioni qui presentate cercano di innovare lo scenario giuridico a fronte di un cambiamento tecnologico di portata potenzialmente dirimpente. L'innovazione giuridica può svilupparsi seguendo diverse strategie e direttrici⁸³: dall'intervento normativo all'interpretazione del giudice, del dottrinario e dell'operatore giuridico più in generale.

La prima via è stata seguita da Ohm, con la sua strategia integrata di intervento legislativo sia su un piano più generale, di principi, che su un piano più specifico, di dettaglio. La seconda strada, invece, è stata preferita da Gratton, che ha cercato di fornire un'interpretazione evolutiva del concetto di dato personale, così lasciando in piedi l'impalcatura fondamentale delle *data privacy laws*. Una soluzione combinata è stata, infine, adottata da Schwartz e Solove.

Tutte e tre le teorie meritano attenzione perché individuano in maniera chiara e puntuale due elementi fondamentali che devono essere considerati in questa materia tanto dal giurista che dal *policy maker*, che, infine, dal tecnologo.

In primo luogo, questi autori dichiarano apertamente che c'è uno strappo nel cielo di carta: il definitivo svelamento della *fiction* dell'anonimizzazione è una realtà con cui il giurista deve ormai confrontarsi. La certezza tecnologica che aveva accompagnato questa misura di protezione – a lungo condizionante la bilancia del giuridicamente rilevante in materia di *privacy* – è venuta meno e non si può più prescindere da questa nuova dimensione fattuale.

L'altro elemento sul quale gli autori pongono la propria enfasi è costituito dalla *ratio* sottesa alle leggi in materia di *privacy* e, cioè, il concetto di prevenzione del rischio di danno. Questa considerazione viene, infatti, declinata, seppur in maniera differente, da tutti gli autori nelle rispettive costruzioni teoretiche.

Che il principio precauzionale ispiri le legislazioni in tema di protezione dei dati personali è una constatazione innegabile⁸⁴. In questo senso, l'esempio italiano costituisce una cartina di tornasole: il Codice *pri-*

⁸³ Come colto da G. PASCUZZI, *La creatività del giurista*, Bologna, 2013.

⁸⁴ Sul punto non può che rinviarsi alla precisa ricostruzione storica e comparata di E. GRATTON, *op. cit.* e L. BYGRAVE, *Data Privacy Law*, cit.

vacy è costruito su un delicato sistema di *checks and balances* – rimedi concessi all'interessato nel corso del trattamento per interagire con il titolare, controlli da parte di un'autorità amministrativa indipendente, ecc. – grazie ai quali si procedimentalizza il trattamento dei dati in ogni sua fase, proprio al fine di eliminare o ridurre il rischio che si produca un danno per l'individuo. Come “sigillo di garanzia”⁸⁵ del sistema permane il momento risarcitorio incardinato all'art. 15 del Codice *privacy*, che puntualmente richiama la disciplina di cui all'art. 2050 c.c. e, in particolare, il suo onere probatorio, che riecheggia espressamente i concetti di rischio e prevenzione del danno.

Si consideri, inoltre, che all'interno dello stesso GDPR vi sono alcuni indici dell'adozione di un approccio “risk-based” alla protezione dei dati, prevedendo una modulazione di obblighi e oneri in capo al titolare a seconda del livello di rischio che il trattamento comporta per i diritti e le libertà degli interessati⁸⁶.

I punti di partenza delle tre riflessioni dottrinali sono condivisibili, tuttavia – qui limitandoci al nodo gordiano della definizione – è la loro successiva implementazione a destare qualche perplessità.

In primo luogo, la costruzione di Ohm appare viziata da un'antinomia interna: per un verso, a livello declamatorio si afferma l'abbandono della definizione di dato personale, ma nella sostanza tale impostazione

⁸⁵ F. DI CIOMMO, *Il danno non patrimoniale da trattamento dei dati personali*, in G. PONZANELLI (a cura di), *Il nuovo danno non patrimoniale*, Padova, 2004, 255.

⁸⁶ Indicative in questo senso sono le previsioni relative ai trattamenti che comportano rischi elevati per l'individuo: il GDPR ha introdotto l'obbligatorietà dell'analisi del rischio e della valutazione sull'impatto della protezione dei dati affinché il titolare sia in grado di prevedere e porre in essere le idonee misure di protezione che permettano di neutralizzare il rischio così individuato o, eventualmente, di gestirlo (art. 33 GDPR), o, ancora, l'onere *ex art.* 34 GDPR di consultare la competente autorità per la protezione dei dati personali prima di intraprendere il trattamento o, infine, l'obbligo di comunicare la violazione dei dati (c.d. *data breach*) all'interessato secondo quanto previsto all'art. 32 GDPR. Il titolare del trattamento dovrà poi approntare misure adeguate al rischio nelle ipotesi divise, ad esempio, agli artt. 22, 23, 30 GDPR (G. MALDOFF, *The risk-based approach in the GDPR: Interpretation and Implications*, Iapp White Paper, 2016, disponibile all'URL: https://iapp.org/media/pdf/resource_center/GDPR_Study_Maldoff.pdf).

appare confermata. Per assurdo, la sua “(in)definizione” è una definizione potenziata.

Il fulcro della teoria di Ohm, infatti, affronta il tema della definizione di dato personale/PII *a contrario* per spiegare il fallimento della nozione di anonimizzazione: rimuovere l’informazione identificativa dai nostri *database* non basta per poter assicurare la tutela della *privacy*. Questo, però, non significa che il valore della definizione sia venuto meno del tutto. Il concetto statunitense di PII è decisamente insufficiente secondo Ohm perché, di fronte alla re-identificazione, esso ricomprende o delle situazioni troppo limitate o palesemente arbitrarie.

Tuttavia, nel momento in cui l’autore applica a casi concreti il suo *test* di valutazione del rischio di danno, ecco che lo stesso recupera i concetti di *sensitivity* e di *linkability* (propri del dato personale/PII!) come ulteriori indici che il legislatore dovrebbe utilizzare in aggiunta ai cinque fattori da lui già individuati. In altri termini, sembra che la critica di Ohm sia rivolta contro gli angusti limiti dell’attuale definizione di PII, alla quale tuttavia pare non poter rinunciare in termini sistematici: come l’araba fenice gli elementi costitutivi della definizione riemergono dalle proprie ceneri e vengono incasellati da Ohm all’interno della sua proposta *de iure condendo*.

La tesi di Gratton appare meno radicale, tuttavia, anche la sua interpretazione adattiva non convince fino in fondo. Encomiabile il tentativo di salvare l’architettura delle *data protection laws* e la sua chiave di volta – la definizione di dato personale/PII –, ma l’interpretazione permeata sul concetto di prevenzione del danno ingenera una confusione di piani per cui si inverte la causa con l’effetto. L’impressione è, infatti, che il tentativo di interpretazione estensiva mascheri in realtà una forzatura del dato normativo stesso, a causa di un’equazione forse troppo semplicistica tra rischio di danno e tutela della *privacy*.

Gratton, di fatto, sovverte la relazione causale tra definizione, *sub specie* del requisito “identificabilità”, e danno: se c’è la possibilità che il trattamento provochi conseguenze negative per l’interessato, allora l’informazione può essere qualificata come personale e deve applicarsi la relativa disciplina, in termini di consenso, informativa, esercizio dei diritti, *data breach notification*, ecc.

Soluzione di utilità pratica che, però, va oltre l'interpretazione teleologica: se consideriamo il sistema europeo, il legislatore ha inteso condensare nella – ampia – definizione di dato personale una situazione giuridica soggettiva meritevole di tutela, perché considerata potenzialmente foriera di conseguenze dannose. La valutazione del rischio di danno è stata, cioè, già sussunta nella scelta legislativa. Gratton, invece, sembra suggerire di ri-verificare la bontà di tale scelta, demandando in buona sostanza tale compito al *data administrator* e inserendo nel giudizio di prevedibilità del rischio di danno un elemento di discrezionalità, che, nonostante gli sforzi descrittivi, risulta disancorato da precisi riferimenti oggettivi.

Come si fa a valutare esattamente se un determinato utilizzo può creare un impatto negativo, positivo o neutro sul soggetto cui quell'informazione è riferita? La comunicazione commerciale che mi fa avere uno sconto su una vacanza a Madonna di Campiglio è un utilizzo del mio indirizzo *e-mail* con un impatto positivo sulla mia sfera giuridica perché mi dà la possibilità di risparmiare? O negativo, perché a me risulta un fastidioso *spamming*, visto che non mi piace la montagna? Ci si affida all'*id quom plerumque accidit*? In questa impostazione, la valutazione è rimessa in buona sostanza a colui che gestisce il trattamento.

Volendo comunque portare avanti le conseguenze di questo ragionamento, si noterà come il tentativo di interpretare in maniera evolutiva il concetto di dato personale sfoci in realtà in una vera e propria “indefinita”: se il parametro di riferimento per l'applicabilità della normativa *privacy* è dato dal rischio di danno per un individuo, allora non ha più senso passare per la qualificazione del dato come personale. La definizione diventa un'inutile superfetazione, che nell'impostazione di Gratton rimane come il guardiano di Kafka davanti ad un portone che nessuno varcherà.

Più convincenti appaiono le considerazioni di Schwartz e Solove: il loro modello di PII 2.0 evidenzia l'importanza della definizione come bussola irrinunciabile per (ri)conoscere i confini della disciplina in materia di *privacy*; inoltre, la proposta di modulare un regime differente a seconda del grado di identificabilità appare una soluzione promettente, se non fosse che poi non si dirime la questione di quale sia il contenuto

della disciplina applicabile nelle tre categorie di dati e quale sia il soggetto chiamato a decidere in merito.

In conclusione, si ritiene che l'entusiasmo attorno al rischio di danno e alla costruzione di un nuovo sistema della *privacy* attorno a esso introduca nel giudizio prognostico un elemento di discrezionalità, che in definitiva finisce per delegare – al soggetto o all'ente che si trova a dover trattare i dati – la scelta di applicare o meno la relativa disciplina in materia di protezione dei dati personali. Se questa può sembrare una soluzione preferibile nel sistema statunitense, per cominciare a far fronte alle lacune dell'ordinamento in tema di *privacy*, nell'ordinamento europeo l'opzione appare meno soddisfacente.

Abbiamo già avuto modo di sottolineare come il fulcro del problema nel sistema europeo sia, infatti, costituito dall'emersione di sempre nuove fattispecie tutelabili attraverso la clausola aperta dell'identificabilità (che dipende a sua volta dai mezzi "ragionevoli" che possono essere impiegati in un dato momento storico per giungere a re-identificare un individuo) così producendo un'estensione della definizione di dato personale e del raggio di applicazione della normativa *privacy*.

Questo contributo vuole essere un primo spunto per porre le basi di un'indagine che, a parere di chi scrive, dovrà necessariamente essere ispirata a tre linee direttrici:

1. *L'anonimizzazione è sepolta, ma ci governa ancora dalla tomba*⁸⁷. Il primo passo da compiere è maturare la consapevolezza che lo strumento tecnologico che permetteva la netta separazione tra dato personale e dato anonimo non è più utilizzabile. Anche il WP29 ha concluso che l'anonimizzazione non è più una panacea: essa ha dei limiti oggettivi e può solo rappresentare una strategia per cercare di minimizzare i rischi per l'individuo, ma non per cancellarli⁸⁸. Tuttavia, al di là di alcuni contributi puntuali, nella dottrina europea non è ancora matura una riflessione sistematica sul punto⁸⁹.

⁸⁷ Disturbando Maitland.

⁸⁸ WP29, Parere 5/2014 sulle tecniche di anonimizzazione, 10 aprile 2014.

⁸⁹ Devono segnalarsi alcune analisi dettagliate e spunti significativi nei lavori di W. KUAN HON, C. MILLARD, I. WALDEN, *The Problem of 'Personal Data' in Cloud Computing - What information is Regulated?*, in *Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 75/2011*, disponibile all'URL: <http://ssrn.com/abstract=1783577>; F. ALD-

La dicotomia dato personale/dato anonimo non è più idonea a garantire quel bilanciamento tra libera circolazione delle informazioni e tutela della persona. Si tratta di un *continuum* che merita di essere esplorato⁹⁰.

2. *L'incubo del Millennium Bug?* Al tempo stesso, l'interprete non deve farsi cogliere dall'ansia millenaristica che gli impianti normativi della *privacy* stiano per collassare su loro stessi. Il sistema europeo non è un universo in espansione, in quanto se guardiamo alle implementazioni nazionali⁹¹ e al GDPR⁹² vi sono delle eccezioni ovvero dei meccanismi che circoscrivono l'ambito di applicazione e l'operatività di alcune previsioni in aggiunta al filtro operato dalla definizione di dato personale.
3. *Interrogarsi su una nuova dicotomia.* Se il fallimento dell'anonimizzazione comporta la rinuncia nel nostro bagaglio concettuale al dato anonimo, occorre adesso ragionare in termini di dato identificato e dato identificabile, direttamente o indirettamente. Esplorare la distinzione tra queste sfumature del dato personale, verificarne la tenuta e studiarne i contenuti in relazione alle nuove possibilità tecno-

HOUSE, *Anonymisation of personal data – A missed opportunity for the European Commission*, in *Computer Law & Security Review*, 30, 4, 2014, 403; A. MANTELERO, *Data protection, e-ticketing, and intelligent systems for public transport*, in *International Data Privacy Law*, 2015, 5, 4, 309; G. ÁCS, C. CASTELLUCCIA, D. LE MÉTAYER, *Anonymous versus personal data: from a binary view to a rigorous risk-based approach*, Contribution to the European Parliament High-level conference co-organised by the LIBE Committee, 2015, disponibile all'URL: http://www.europarl.europa.eu/stoa/webdav/site/cms/shared/2_events/workshops/2015/20151208/Anonymous%20versus%20personal%20data%20from%20a%20binary.pdf.

⁹⁰ Come prefigurato da W. KUAN HON, C. MILLARD, I. WALDEN, *op. cit.*; P.M. SCHWARTZ, D.J. SOLOVE, *The PII Problem*, cit.

⁹¹ La legislazione austriaca – *Datenschutzgesetz 2000* – prevede, ad esempio, una regolamentazione meno stringente per gli “indirectly personal data”, così come la Svezia – *Personuppgiftslag (1998:204)* – per i c.d. “unstructured materials” (pagine web, email, documenti di testo). Questi dati sono generalmente esentati dalle restrizioni previste in materia di trasferimento verso Paesi terzi (come colto da W. KUAN HON, C. MILLARD, I. WALDEN, *op. cit.*, 18 e 40).

⁹² Nel testo consolidato del GDPR si rinvengono infatti alcune esenzioni qualora risulti poco probabile che il trattamento possa importare un rischio per i diritti e le libertà dell'individuo. Per un'analisi puntuale, si rinvia a G. MALDOFF, *op. cit.*

logiche e all'emergente dimensione dei *Big Data*, costituisce probabilmente la prospettiva più promettente per riuscire a cercare di rimodulare l'attuale definizione e il suo portato teorico ed operativo.

AUTORIA E COMPLICITÀ: UN PROBLEMA DI DE-FINIZIONE

Ilaria Campagna

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* 2. *Breve storia del concorso di persone.* 3. *Il modello (unitario) italiano.* 4. *Il modello (differenziato) tedesco.* 5. *Rilievi conclusivi.*

1. Introduzione

Il diritto penale è costantemente messo di fronte alla sfida della determinatezza, e di conseguenza della definizione. In particolare, la disciplina dell'attribuzione della responsabilità penale nel fenomeno concorsuale è ben descrivibile come un problema di «de-finizione», intesa come delimitazione di confini: su tutte, la distinzione tra contributo punibile e non, e la differenza tra autoria e complicità¹.

Nel corso del presente lavoro, ci si soffermerà più specificamente su questa seconda questione, tutta interna alla disciplina del concorso.

L'obiettivo, rispetto a tale ambito tematico, sarà quello di fornire alcuni spunti di riflessione relativamente all'*opportunità* di procedere a una definizione di tali modi di partecipazione a livello generale e tipico, ed eventualmente con quali modalità.

A tal fine, preliminarmente, sarà necessario svolgere delle precisazioni riguardanti la reale portata della distinzione, essenzialmente sotto i due profili del piano tipico e della commisurazione della pena.

¹ Com'è stato opportunamente sottolineato, le norme sul concorso rappresentano uno snodo centrale e imprescindibile per la ricostruzione del sistema sulla base del rispetto del principio di legalità: le contrapposte esigenze di difesa sociale emergono, infatti, con particolare forza nella repressione del crimine collettivo, proprio a causa dell'allarme da questo destato. Su tutti, v. F. BRICOLA, *Commento all'art. 25, comma 2 e 3*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1981, 263.

In seguito, attraverso una breve analisi storica, si passerà ad osservare dinamicamente le varie tendenze che, combinandosi, hanno portato all'adozione dei c.d. modelli unitario o differenziato di concorso, ovvero alla scelta di operare o meno, e in che modo, una distinzione tra autoria e complicità.

Inoltre, per meglio comprendere la portata concreta delle riflessioni proposte, si analizzeranno sinteticamente due opzioni assolutamente antitetiche di tecnica normativa: quella del codice Rocco, raro esempio di soluzione unitaria in tema di partecipazione, e quella dello *Strafgesetzbuch* tedesco, archetipo del c.d. modello differenziato.

Si vuol dire che la disciplina della compartecipazione criminosa possa seguire tendenzialmente due macro-modelli tipici, di cui si richiameranno le caratteristiche fondamentali.

Al cosiddetto modello unitario di concorso viene tradizionalmente ricondotta la mancata tipizzazione delle varie figure di partecipi, e più specificamente la rinuncia alla determinazione delle condotte punibili².

Al contrario, si sottolinea, il modello differenziato poggia proprio sulla distinzione, già sul piano tipico, tra i vari titoli della responsabilità concorsuale; pertanto, generalmente, gli ordinamenti che si ispirano a questo secondo schema di disciplina tendono a definire sul piano tipico autoria e complicità, partecipazione primaria e secondaria, spesso prevedendo anche figure concorsuali delineate più specificamente, come ad esempio l'istigatore, il determinatore o l'agevolatore, in base, si vuol dire, a una maggiore sensibilità alle istanze di tassatività della fattispecie³.

Tuttavia, non sembra sufficiente riferirsi al solo criterio della definizione dei tipi concorsuali per stabilire se un ordinamento accolga un modello unitario o differenziato come regola generale di imputazione nel concorso: in tal senso, è necessario distinguere ciò che attiene alla

² Così, diffusamente, nella manualistica. V. anche S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987.

³ Cfr. ad esempio F. ALBEGGIANI, *Imputazione dell'evento e struttura obiettiva della partecipazione criminosa*, in *Ind. pen.*, 1977, 406.

valutazione del fatto tipico da ciò che riguarda l'individualizzazione giudiziale della pena⁴.

Un ruolo fondamentale e insostituibile nei sistemi differenziati «puri» è giocato dalla previsione di una mitigazione di pena per colui che viene punito a titolo di complicità; generalmente, al contrario, si suole affermare che in base all'*Einheitstätermodell* si tende necessariamente a spostare la valutazione del peso del contributo concorsuale interamente sul piano della commisurazione della pena⁵.

Questo passaggio appare centrale, e merita approfondimento: ai fini della presente indagine, infatti, occorre distinguere chiaramente tra modelli di concorso e sistemi di responsabilità concorsuale⁶. L'elencazione e la definizione tipica delle figure concorsuali non necessariamente conduce ad affermare che l'ordinamento in questione aderisca ad un *Beteiligungssystem*, essendo a tal fine imprescindibile che dalla qualificazione del concorrente come complice derivino precise conseguenze sul piano sanzionatorio, e segnatamente un trattamento più mite previsto *già sul piano tipico*, e non derivante dall'applicazione di circostanze attenuanti o di indici favorevoli di commisurazione della pena⁷.

⁴ In tal senso, cfr. L. MONACO, *La riforma dell'art. 110 del codice penale italiano. Spunti introduttivi*, in G. VASSALLI (a cura di), *Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma*, Milano, 1982, 128.

⁵ Per un'originale indagine sulla reale portata di questa dinamica, con uno sguardo al diritto comparato e internazionale, si rimanda a J. STEWART, *The End of «Modes of Liability» for International Crimes*, in *Leiden Journal of International Law*, 2012, 165-219 (208 e ss.).

⁶ Non a caso, si cerca qui di fare riferimento a «modelli» unitari e differenziati, senza chiamare in gioco la nozione di sistema, che implicherebbe un'analisi più vasta di quella auspicabile in questa sede. In merito, ci si richiama alla distinzione tra *Gesetzesmodell*, *Haftungsmodell* e *Unrechtsmodell* operata da K. HAMDORF, *Beteiligungsmodelle im Strafrecht. Ein Vergleich von Teilnahme- und Einheitstäterssystemen in Skandinavien, Österreich und Deutschland*, Freiburg im Breisgau, 2002, 27 ss.

⁷ La distinzione è stata proposta, in particolare, a proposito della comparazione tra il modello tedesco e il c.d. *funktionales Einheitstäterssystem* di matrice austriaca. V. D. KIENAPFEL, *Der Einheitstäter im Strafrecht*, Frankfurt am Main, 1971, 25 e ss. Il trattamento sanzionatorio dei partecipi non è l'unico indice da tenere a mente: altri elementi possono, infatti, giocare un ruolo essenziale per la connotazione di un sistema, tra cui la punibilità del tentativo di concorso (esclusa nel nostro ordinamento, ma prevista, ad esempio, al § 30 StGB).

Non solo vale la pena sottolineare, com'è ovvio, che i modelli possono presentarsi in forma ibrida, ma anche che l'operazione di classificare un'opzione di tecnica normativa può rivelarsi più ardua del previsto, poiché l'occhio del giurista è senza dubbio viziato dalla sua prospettiva di partenza. Naturalmente, questo può creare notevoli fraintendimenti; è proprio per aggirare alcuni degli equivoci più comuni che si è scelto di dedicare una parte del presente lavoro ad un rapido percorso storico-dogmatico.

Inoltre, l'indagine sul modello non può mai prescindere dall'analisi della sua applicazione nei casi concreti: per questo è opportuno ridurre lo spettro di ricerca esclusivamente alla comparazione di due esempi piuttosto paradigmatici delle opzioni di tecnica legislativa sin qui accennate.

I due modelli che si prenderanno in considerazione, peraltro, sono stati oggetto di attento confronto e affilato scontro, specialmente dagli anni '60 agli anni '80 del secolo scorso: la flessibilità della disciplina italiana, apprezzata in particolar modo dalla giurisprudenza, non sembra offrire, secondo la miglior dottrina, quelle garanzie di tassatività e determinatezza della fattispecie che sembrano a prima vista caratterizzare il più dettagliato modello tedesco⁸.

Prima di soffermarci sull'analisi di tali modelli in prospettiva comparata, sembra interessante fare un passo indietro e volgere lo sguardo alla genesi delle categorie trattate. In special modo, si cercherà di dare sinteticamente conto dell'emersione del problema della definizione dei modi di partecipazione, e della confinante questione della differenziazione del trattamento dei concorrenti; un tale modo di procedere, quando affrontato con la dovuta cautela, può effettivamente rivelarsi utile al fine di sgombrare il campo da alcuni equivoci che sembrano tuttora permanere nel dibattito odierno.

⁸ In tal senso, ad esempio, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007, 497.

2. Breve storia del concorso di persone

Negli studi penalistici si concede spesso notevole spazio all'indagine storica. Quando ciò accade, tuttavia, ci si limita perlopiù a risalire fino all'Illuminismo e all'epoca delle codificazioni.

È evidente che non sarebbe metodologicamente corretto applicare acriticamente le categorie concettuali contemporanee a sistemi concepiti in maniera radicalmente diversa; per questo si eviterà – per quanto possibile – di utilizzare locuzioni mutuata dal linguaggio penalistico contemporaneo, e in particolar modo riferimenti ai modelli unitario e differenziato. Si cercherà piuttosto, nei limiti della brevità della presente esposizione e senza alcuna pretesa di completezza, di esporre qualche riflessione in merito alla questione del fenomeno concorsuale nel diritto romano e negli sviluppi successivi⁹.

Com'è ampiamente noto, il metodo della giurisprudenza romana classica era topico e non assiomatico, rifuggiva quindi la cristallizzazione dei principii in formulazioni astratte¹⁰; dunque, naturalmente, nella trattazione non si potrà far ricorso alle generali categorie di autoria e complicità, ma solo alle previsioni per i singoli crimini o delitti¹¹.

L'indagine dovrebbe, dunque, essere dilatata il più possibile per ricomprendere i dati ricavabili, ad esempio, attraverso le discipline dei vari *delicta* (utili all'analisi potrebbero essere, tra gli altri, i delitti di danneggiamento, *iniuria* e rapina)¹². Tuttavia, i passi cui la dottrina

⁹ Può capitare di leggere che il diritto romano conoscesse un modello unitario-funzionale di partecipazione, poiché i vari contributi, pur essendo tipizzati terminologicamente, non erano distinti sul piano del trattamento sanzionatorio; allo stesso modo, si è parlato di «epoca romana come culla “involontaria” del sistema differenziato» (v. M. HELFER, *Il concorso di più persone nel reato. Problemi aperti del sistema unitario italiano*, Torino, 2013, 18 e ss.). Come verrà esposto in seguito, si ritiene che queste categorizzazioni possano risultare estremamente fuorvianti.

¹⁰ *Ex multis*, T. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, München, 1974, 46 e ss.

¹¹ W. REIN, *Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinianus. Ein Hilfsbuch zur Erklärung der Classiker und der Rechtsquellen für Philologen und Juristen*, Leipzig, 1844, 185.

¹² La materia del diritto penale privato è quella privilegiata per l'indagine, che si concentrerà primariamente sulle azioni concesse contro autori e partecipi; in materia di

maggioritaria – penalistica e romanistica – fa riferimento sono relativi al delitto di furto, che costituisce certamente la base più sicura e completa della ricerca¹³.

Le prime indicazioni relative al delitto di furto sono reperibili nella normazione delle XII Tavole¹⁴; qui troviamo una prima fondamentale distinzione: quella tra *furtum manifestum* e *furtum nec manifestum*.

Ciò che qui interessa, è che le XII Tavole designavano una serie di condotte molto varie riconducibili alla nozione di *furtum nec manifestum*, che dunque veniva a connotarsi come categoria residuale rispetto alle due diverse figure del *furtum manifestum* e del *furtum conceptum*: si trattava di casi assai eterogenei, accomunati dalla circostanza che chi esperiva l'azione avesse perso un bene di sua proprietà a seguito della condotta del reo, tutti tutelati mediante l'*actio furti*¹⁵. Un ambito di applicazione, dunque, ben più ampio di quello del nostro delitto di furto.

crimina, sia quando repressi dalle leggi, sia quando *extra ordinem*, la questione assume caratteri del tutto difforni, poiché le sanzioni erano pubbliche. In questi casi le pene pecuniarie non erano in alcun modo legate all'aspetto della riparazione: le somme venivano devolute al popolo o al fisco. Così, U. BRASIELLO, v. *Concorso di persone nel reato (diritto romano)*, in *ED VIII*, 1961, 562.

È da sottolineare altresì il carattere peculiare dell'*iniuria* in questa prospettiva. Si ritiene che il punto di partenza per la dottrina dell'*unum factum* possa reperirsi nell'editto del pretore «Si familia furtum fecisse dicatur» (D. 47, 6), poi esteso analogicamente dai giuristi romani ad altri delitti privati. Nell'*iniuria*, tuttavia, non potrebbe concepirsi l'unitarietà del fatto, poiché ognuno agirebbe per sé (il riferimento è a un passo di Gaio, Dig. 47. 10. 34: «Tot iniuriae sunt, quot et personae facentium»). Cfr. C. FERRINI, *Diritto penale romano*, Roma, 1976, 109 e ss.

¹³ Non si vuole certamente negare l'importanza dell'indagine relativa anche ad altre manifestazioni del fenomeno concorsuale in diritto romano: anche dell'*iniuria*, come testimoniato da D. 47, 10, 11, pr. e §§ 3, 4, 5, 6 (a questo riguardo, si rimanda a G. LONGO, *La complicità nel diritto penale romano*, in *BIDR XX*, 1956, 630). Tuttavia, la scelta di limitare l'indagine al delitto di furto appare opportuna soprattutto alla luce della necessaria sinteticità dell'esposizione.

Imprescindibile, in tema di *furtum*, il contributo di M. PAMPALONI, *La complicità nel delitto di furto (furtum ope consilio)*, in *Studi sopra il delitto di furto*, Torino, 1900, 3 e ss.

¹⁴ M.A. FENOCCHIO, *Sulle tracce del delitto di furtum: genesi, sviluppi, vicende*, Torino, 2008, 6 e ss.

¹⁵ Si rinvia a G. MACCORMACK, *Ope consilio furtum factum*, in *TR 51*, 1983, 271.

Si può certamente constatare che qui non venisse operata alcuna distinzione tra autoria e complicità; tuttavia, questa affermazione non può che essere messa in connessione con una più ampia considerazione, di rilevanza assolutamente centrale, relativa alla fisionomia del *furtum nec manifestum*, quantomeno fino alla fine dell'età repubblicana o alle prime fasi dell'età imperiale. Apparentemente, infatti, fino ad allora la nozione di furto non si appuntava né su un particolare atteggiamento subiettivo (*animus furandi* o *lucri faciendi*), né su una specifica condotta (*contrectatio*)¹⁶.

In altri termini, finché il delitto di furto non assunse dei caratteri – per così dire – «tipici» sufficientemente definiti, e in particolar modo finché la *contrectatio* non venne riconosciuta come elemento essenziale per la configurabilità del *furtum*, non esisteva alcun modo possibile per distinguere l'autore dal complice (né, per la verità, si poteva porre la questione)¹⁷.

Passando rapidamente a trattare più nello specifico la teoria della complicità, notiamo che la sua emersione, tradizionalmente, viene fatta risalire a una nota *sententia* labeoniana, citata dal giurista Paolo¹⁸.

La discussione ruota intorno al modo d'intendere la locuzione «ope consilio», presente nella formula editale dell'*actio furti*¹⁹. Il giurista

¹⁶ Così, tra gli altri, J.A.C. THOMAS, *Contrectatio, Complicity and Furtum*, in *Iura* 13, 1962, 69 e ss., e a G. LONGO, *op. cit.*, 618.

¹⁷ Il punto d'arrivo del processo di precisazione e restringimento della nozione di furto si ravvisa in una nota definizione di Paolo (D. 47, 2, 1, 3): «Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius»: L. VACCA, *Delitti privati e azioni penali nel principato*, in *ANRW*, 1982, 697. La centralità della *contrectatio* per lo sviluppo della teoria della complicità è limpidamente sottolineata da G. MACCORMACK, *op. cit.*, 272.

¹⁸ Il passo è in D. 50, 16, 53, 2 (Paul. 59 *ad edict.*): «Item dubitatum, illa verba 'ope consilio' quemadmodum accipienda sunt, sententiae coniungentium aut separantium. Sed verius est, quod et Labeo ait, separatim accipienda, quia aliud factum est eius qui ope, aliud eius qui consilio furtum facit: sic enim alii condici potest, alii non potest. Sane post veterum auctoritatem eo perventum est, ut nemo ope videatur fecisse, nisi et consilium malignum habuerit, nec consilium habuisse noceat, nisi et factum secutum fuerit».

¹⁹ O. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig, 1927, 324. M. CONRAT (COHN), *Über das ope consilium der actio furti*, in *Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts*, II, Berlin, 1880, 9, sottolinea che

severiano asserisce che l'opinione più corretta sarebbe quella che formulò Labeone, secondo il quale le due parole andrebbero interpretate separatamente: diversa, infatti, è la posizione di chi compie il furto *ope* e di chi lo compie *consilio*, in quanto solo contro il primo si può agire tramite *condictio*.

È proprio in questo contesto che si inserisce un primo, embrionale tentativo di affrontare la questione della responsabilità concorsuale.

Una possibile ricostruzione implicherebbe che secondo il giurista augusteo, *ops* indicherebbe la condotta tipica, mentre *consilium* ricomprenderebbe tutte le condotte «atipiche» di partecipazione; fu poi Paolo, posteriormente, conformemente all'opinione dominante in età classica avanzata, ad attribuire a *ops* il significato di complicità materiale, e a considerare ricomprese nel *consilium* le condotte che oggi classificheremmo come contributi morali²⁰. La circostanza che la distinzione si intenderebbe intercorrere tra la condotta tipica, di autoria (*ops*) e quella atipica, di concorso (*consilium*) spiegherebbe, peraltro, perché in base alla seconda parte del passo si ammetterebbe l'esperibilità della *condictio* solo nei confronti di colui che commette il furto *ope*, ma non di chi lo compie *consilio*²¹.

l'espressione dev'essere piuttosto risalente, probabilmente precedente all'epoca delle *legis actiones*.

²⁰ Si aderisce qui a quanto esposto in P. FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, Milano, 2005, 43 e ss. Vale la pena richiamare la fortunatissima ricostruzione di P. HUVELIN, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain*, Roma, 1968 (rist. an. ed. Lyon-Paris, 1915), 397 e ss., in base alla quale già Labeone avrebbe distinto la complicità materiale da quella morale, col suggerire di interpretare la locuzione *separatim*.

È stato altresì sostenuto che la teoria della complicità sarebbe legata indissolubilmente allo sviluppo del concetto di elemento intenzionale: in quest'ottica, il termine *ope* conterrebbe in embrione la nozione stessa di *contractatio*, mentre il *consilium* esprimerebbe ciò che dal II secolo sarebbe stato indicato come *animus furandi*. In tal senso v. A. LEBIGRE, *Quelques aspects de la responsabilité pénale en droit romain classique*, Paris, 1967, 65, e specificamente in riferimento al passo di Paolo qui citato, L. WINKEL, «*Sciens dolo malo*» et «*ope consiliove*»: ancêtres des conceptions modernes?, in *Mélanges Felix Wubbe*, 1993, 580. Infine, sul medesimo tema (*ope consilio dolo malo* come espressione più compiuta della teoria della complicità in epoca classica), anche M. PAMPALONI, *op. cit.*, 29.

²¹ P. FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, *op. cit.*, 66 e ss. Una ricostruzione molto attenta, sebbene molto più schematica, è consultabile anche in ID., *Alle*

Le premesse effettuate sono necessarie a comprendere il fulcro del discorso che si vuole qui proporre: la distinzione tra autoria e complicità, lungi dall'appuntarsi su definizioni, o su una pretesa necessità di graduazione della responsabilità, era in principio concepita essenzialmente per questioni eminentemente pratiche, relative alle azioni esperibili.

In base a vari passi contenuti nel Digesto, tra cui un passo di Ulpiano, infatti, può sostenersi che chi avesse commesso il furto *ope consilio* potesse essere convenuto con l'*actio furti*, ma non con la *condictio ex causa furtiva*²². Il significato di ciò è di immediata evidenza e di importanza centrale. La tipicità del *furtum* è colorata dalla *contrectatio*, dunque – per così dire – dalla condotta di sottrazione (concetto che evidenzia il contatto materiale tra l'agente e la cosa). Complice, in quest'ottica, è colui che *non* pone in essere l'azione tipica, e non si è pertanto appropriato del bene: pertanto, il proprietario del bene sottratto non potrà far valere la sua pretesa reipersecutoria contro questi, ma esclusivamente contro l'autore.

Emerge limpidamente quanto già detto: la distinzione tra autoria e complicità non transita sul piano della definizione, ma rimane solamente sul piano dei rimedi: pertanto, si aggancia necessariamente all'esecuzione della condotta tipica²³.

radici di un diritto penale europeo: da Gaio [D. 47, 2, 55 (54), 4] al Corpus Juris. Alcune considerazioni in materia di complicità, in *Ann. Univ. Ferrara – Sc. Giur. Vol. XV*, 2001, 108 e ss.

²² D. 13, 1, 6 (Ulp. 38 *ad edict.*): «Proinde etsi ope consilio alicuius furtum factum sit, condictio non tenebitur, etsi furti tenetur».

Accedendo alla ricostruzione appena proposta, Ulpiano, evidentemente, usa *ope consilio* alla maniera di Paolo, intendendovi ricompresa la complicità materiale e morale. Per una chiara e approfondita analisi sul carattere penale e/o reipersecutorio delle azioni nell'evoluzione del diritto romano, si rimanda a L. VACCA, *op. cit.*, 686 e ss.

²³ Per questo motivo, in questo specifico angolo visuale, sembra piuttosto equivoco riferirsi alla variegata terminologia utilizzata dai giuristi romani di epoche diverse per designare i partecipi nel reato. Certamente, non è raro trovare espressioni quali *minister*, *socius*, *particeps*, *consciis*; tuttavia, i termini non si specificano in nessuna definizione, né appaiono funzionali ad una graduazione della responsabilità nel senso in cui potremmo intenderlo oggi, se non a partire dalla cognizione straordinaria. Tuttavia, per una ricostruzione storicamente accuratissima e completa del fenomeno concor-

Nell'ambito del diritto penale privato non può neppure parlarsi di una graduazione della responsabilità dei partecipi nel senso moderno del termine: l'atto illecito, infatti, genera un'obbligazione *ex delicto*, e l'azione pecuniaria che da qui sorge vede i convenuti accomunati da una solidarietà di tipo cumulativo, per cui tutti vengono perseguiti e puniti in egual misura²⁴.

Il principio di pari responsabilità dei partecipi, fino all'età classica, dunque, discende chiaramente da una precisa ragione processuale, che sta nella centralità del danno in tema di azioni penali private: danno cui la pena pecuniaria andava senz'altro raggugliata²⁵.

È con la *cognitio extra ordinem* che si afferma la possibilità di punire con pene diverse gli autori e i vari partecipi al delitto, essendo le pene graduabili dall'organo giudicante sulla base di direttive imperiali²⁶; per quanto riguarda il furto, pare che all'illecito privato si affiancò presto un *crimen extraordinarium*. Dato il carattere meramente penale della *condemnatio* formulare (come già visto, l'*actio furti* concorreva con la *condictio ex causa furtiva*, strettamente reipersecutoria), si ritenne che le due azioni potessero essere esperite alternativamente²⁷.

Questa discrezionalità giudiziale non comportò necessariamente che al complice venisse inflitta una pena più mite di quella comminata al-

suale nel diritto romano in base alle moderne categorie dogmatiche – in particolare sul tema dell'*ope consilio furtum factum* – si rimanda a D. BOCK, *Römischrechtliche Ausgangspunkte der strafrechtlichen Beteiligungslehre. Täterschaft und Teilnahme im römischen Strafrecht*, Berlin, 2006, 51 e ss.

²⁴ Cfr. L. VACCA, *op. cit.*, 684 e ss.: gli elementi menzionati deriverebbero dall'origine storica della pena pecuniaria come composizione della vendetta.

²⁵ Si è optato per non trattare il tema in questa sede, ma va rilevato che anche per la pari responsabilità nei *crimina* può ben rinvenirsi un motivo di ordine processuale: nel procedimento ordinario per *quaestiones*, infatti, la pena era determinata dalle leggi, e non graduabile.

²⁶ G. PUGLIESE, *Linee generali dell'evoluzione del diritto penale pubblico durante il principato*, in *ANRW*, 1982, 759.

²⁷ Il giudice criminale, anche qui, godeva di una certa discrezionalità: poteva infatti reintegrare il patrimonio dell'offeso in misura equivalente a quella conseguibile mediante azione privata. L. VACCA, *op. cit.*, 698.

l'autore²⁸; tuttavia, si ritiene che la previsione della pari responsabilità di autori e complici costituisse una speciale *lex severitatis* a scopo intimidatorio e deterrente²⁹.

I requisiti indicati dalla duplice espressione *ops* e *consilium* per indicare la complicità transitarono, attraverso il diritto giustiniano, nel diritto intermedio, ricorrendo nelle opere di glossatori e commentatori³⁰.

La distinzione tra *reus principalis* e *auxiliator* conobbe una sistematizzazione concettuale, che tuttavia non si ripercuoteva normalmente sul piano delle sanzioni. Il trattamento più favorevole, secondo un'opinione piuttosto diffusa, doveva riguardare esclusivamente il partecipe *quod causam delicto non dedit*: la causalità, dunque, più che porsi come discrimine definitorio tra categorie di partecipi, tracciava il confine tra le condotte punibili a titolo di autoria e condotte ausiliarie, meritevoli di trattamento mitigato³¹.

Un passo decisivo verso l'individualizzazione del trattamento del partecipe può dirsi compiuto alle soglie della modernità, in maniera complementare all'emersione del concetto di *causa libera*, mediante il quale si esalta il soggetto nella sua centralità: rispetto alla categoria naturalistica della mera efficienza causale, la condotta inizia così ad essere interpretata alla luce dello scopo della pena, e la pena ad essere più

²⁸ Ad esempio, il complice qualificato come *fur manifestus* era punito con pena più grave dell'autore *fur nec manifestus*: U. BRASIELLO, *op. cit.*, 563.

²⁹ *Ibidem*: a questo proposito viene citata una costituzione di Valentiniano e Marciano sulle pene per chi celebra sacrifici proibiti (C. 1, 11, 7, 2).

³⁰ V. P. FERRETTI, *Alle radici di un diritto penale europeo*, *op. cit.*, 119. È importante ricordare che, in particolare nella prima fase dello *ius commune*, le riflessioni dei giuristi raramente avevano carattere generale, ma più spesso si appuntavano su specifiche fattispecie delittuose.

³¹ La distinzione tra *auxilium quod causam dedit delicto* e *auxilium quod causam non dedit delicto* è ricorrente; una delle opere più richiamate a proposito è il *Tractatus de Maleficiis* di Alberto Gandino, in particolare la rubrica *De Homicidariis*: tra gli altri, M. MAIWALD, *Historische und Dogmatische Aspekte der Einheitstäterlösung*, in A. KAUFMANN et al. (a cura di), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, München, 1979, 345.

strettamente collegata all'individuo, inteso come soggetto che si determina in piena libertà³².

La teoria dell'imputazione di Pufendorf, qua assai sinteticamente accennata, e spesso indicata come snodo fondamentale per lo sviluppo della teorica della complicità, continua a ravvisare nella causalità il criterio scriminante tra forme di partecipazione; tuttavia, ha sicuramente il merito di collegare esplicitamente per la prima volta il grado della partecipazione alla pena³³.

Il problema moderno della «de-finizione» tra autoria e complicità si pone in termini più familiari durante il XIX secolo, con l'emersione della questione post-illuministica della codificazione, dunque con quelle esigenze di chiarezza, distinzione e completezza che tuttora stanno alla base degli ordinamenti contemporanei, quantomeno nell'esperienza continentale.

Istanze definitorie, dunque, come espressione della tensione alla certezza del diritto e fiducia nel potenziale regolatore della legge scritta; l'afflato – in questo senso – garantista pareva spingere la maggior parte degli ordinamenti verso un modello differenziato di partecipazione³⁴.

D'altra parte, non trascurabili erano le forze operanti in senso contrario.

Da un lato, operava l'idea di un monismo naturalistico di fondo: la distinzione definitoria tra autoria e complicità – basata sulla vecchia equivalenza tra *Täterschaft* e *Ursache*, autoria e causa – non poteva funzionare, proprio poiché reggeva su un presupposto errato, ovvero che l'autore solo si ponesse come causa del delitto, a differenza del mero partecipe³⁵.

³² S. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium: libri octo*, lib. I, cap. V, § 1, Frankfurt-Leipzig, 1759. Cfr. anche M. MAIWALD, *op. cit.*, 346.

³³ M. MAIWALD, *op. cit.*, 347.

³⁴ Come si vedrà a brevissimo, anche nell'Italia pre- e post-unitaria si optò prevalentemente per una disciplina aderente al modello differenziato.

³⁵ Uno dei più noti sostenitori di questa visione fu senz'altro von Liszt; per l'Autore, un esempio lampante è costituito dall'istigazione, comunemente annoverata tra le forme di partecipazione, ma evidentemente assimilabile all'autoria mediata, sotto la prospettiva dell'influsso causale della condotta: F. VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, 1900, 195 e ss.

Inoltre, tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo si assistette a una forte presa di posizione di autorevole dottrina a favore del modello unitario: in seno alla *Internationale Kriminalistische Vereinigung*, infatti, si sostenne a più voci che l'equiparazione dei concorrenti sul piano tipico fosse l'unico modo per risolvere le enormi difficoltà applicative derivanti dalla previsione di una definizione per le singole figure di partecipi, e di un trattamento conseguentemente distinto³⁶.

Effettivamente, l'argomento dell'economia processuale e dell'agilità applicativa è quello che sembra militare in maniera più convincente a favore del modello unitario; è, inoltre, storicamente, la principale *ratio* sottesa all'attuale disciplina della compartecipazione nel nostro codice penale.

3. Il modello (unitario) italiano

La chiave di volta del nostro odierno sistema, l'art. 110, fu la spada che dissolse l'intricato nodo gordiano della complessa disciplina contenuta nel codice Zanardelli agli artt. 63 e 64³⁷.

³⁶ Piuttosto celebre è l'affermazione di von Liszt: «Die ganze Unterscheidung zwischen Täterschaft, Beihilfe und Anstiftung kann, muß wegfallen»: cfr. F. VON LISZT, in *Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung*, V, Berlin, 1896, 515. Tra i sostenitori del modello unitario si suole ricordare anche Bernhard Getz, il quale diede poi un contributo fondamentale alla redazione del codice penale norvegese, ispirato al modello unitario. V. F. KITZINGER, *Die Internationale Kriminalistische Vereinigung. Betrachtungen über ihr Wesen und ihre bisherige Wirksamkeit*, München, 1905, 25.

³⁷ Si riporta il testo dei due articoli citati:

Art. 63: «Quando più persone concorrono nella esecuzione di un reato, ciascuno degli esecutori e dei cooperatori immediati soggiace alla pena stabilita per il reato commesso. Alla stessa pena soggiace colui che ha determinato altri a commettere il reato; ma all'ergastolo è sostituita la reclusione da venticinque a trenta anni, e le altre pene sono diminuite di un sesto, se l'esecutore del reato lo abbia commesso anche per motivi propri».

Art. 64: «È punito con la reclusione per un tempo non minore dei dodici anni, ove la pena stabilita per il reato commesso sia l'ergastolo, e negli altri casi con la pena stabilita per il reato medesimo diminuita della metà, colui che è concorso nel reato 1. con l'eccitare o rafforzare la risoluzione di commetterlo, o col promettere assistenza od

Il codice del 1889 non si limitava a definire l'autore come colui che esegue la condotta tipica, ma estendeva la qualifica a quei contributi ritenuti meritevoli di un'equiparazione *quoad poenam*: in particolar modo, al cooperatore immediato.

La vaghezza della locuzione «cooperatore immediato», in alcun modo specificata all'art. 63, rinviava necessariamente alla discrezionalità dell'interprete: proprio nella cooperazione immediata, dunque, confluiva una serie indeterminata di casi di correttezza³⁸.

La disciplina del 1889 si poneva su una scia di semplificazione rispetto alle previsioni estremamente particolareggiate del Codice sardo del 1859 – che trovava applicazione nell'intero territorio dell'Italia post-unitaria, fatta eccezione per la Toscana – e di quello del Granducato di Toscana del 1853.

I due codici, pur seguendo nomenclature parzialmente differenti, contenevano elencazioni assai determinate dei possibili modi di partecipazione, prevedendo le figure della società, del mandato, dell'istigazione e dell'aiuto, e fornendo precise descrizioni delle condotte concorsuali³⁹.

Pertanto, i redattori del Codice Zanardelli mirarono a sistematizzare la materia, riassumendo in norme più sintetiche e ordinate le disposizioni in oggetto, proprio a seguito delle difficoltà applicative destinate dalle locuzioni adoperate e dalle varie definizioni date ai differenti tipi di partecipazione criminosa⁴⁰.

È curioso notare che fu proprio la stessa esigenza di semplificazione e di soluzione delle notevoli difficoltà applicative a giustificare la radicale riforma della disciplina del concorso di persone nel codice del

aiuto da prestarsi dopo il reato; 2. col dare istruzioni o col somministrare mezzi per eseguirlo; 3. col facilitarne l'esecuzione, prestando assistenza od aiuto prima o durante il fatto. La diminuzione di pena per il colpevole di alcuno dei fatti preveduti nel presente articolo non è applicata, se il reato senza il suo concorso non si sarebbe commesso».

³⁸ Per una delle più complete disamine relative alla disciplina vigente fino al 1930 si rinvia a S. SEMINARA, *op. cit.*, 29 e ss.

³⁹ A loro volta, naturalmente, tali disposizioni riflettevano la complessa disciplina degli *iura propria*, dunque dell'assai varia realtà statutaria: si rimanda a P. FERRETTI, *Alle radici di un diritto penale europeo*, *op. cit.*, 120 e ss.

⁴⁰ Così commentava G. CRIVELLARI, *Il codice penale per il Regno d'Italia*, Torino, 1889, 36.

1930. Nei Lavori Preparatori sono ampiamente trattati gli aspetti tecnici della disciplina del concorso, e la relazione di Arturo Rocco è esplicita e tranciante nel riconoscere l'inafferrabilità della distinzione e l'inevitabile mancanza di un possibile criterio «de-finitorio»⁴¹.

Com'è noto, nella attuale disciplina italiana è delineato un modello di attribuzione della responsabilità basato sulla c.d. tipicizzazione causale dei contributi⁴².

La disposizione centrale è naturalmente la norma incriminatrice di cui all'art. 110 c.p., rubricata «Pena per coloro che concorrono nel reato», che stabilisce testualmente: «Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti».

Il principio che sta alla base, dunque, è quello della pari responsabilità dei concorrenti.

Sotto il profilo della tipicità, com'è evidente, non è rinvenibile alcuno sforzo definitorio; a livello dogmatico, il principio della pari responsabilità sembra derivare direttamente dalla disciplina che il codice Rocco appresta per regolare il concorso di cause nella produzione dell'evento, in forza della quale tutte le condizioni che concorrono a produrre l'evento sono cause di esso⁴³.

Così, se la punibilità dell'atto concorsuale si fonda sulla sua efficienza causale, e se tutte le condizioni necessarie al verificarsi di un evento sono tra loro equivalenti, come espresso all'art. 41 c.p., ne deriva che le azioni di coloro che partecipano a un medesimo fatto di reato non possono essere distinte e definite sul piano tipico, ma appartengono

⁴¹ Cfr. *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, V, Roma, 1929, 165 e ss.

⁴² Tra gli altri, F. ALBEGGIANI, *op. cit.*, 406.

⁴³ Quanto richiamato discende dalla nota *Äquivalenztheorie* di Von Buri, il quale, infatti, riteneva che tra i compartecipi fosse possibile esclusivamente una distinzione sul piano soggettivo, e mai causale-oggettivo: M. VON BURI, *Zur Lehre von der Theilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung*, Gießen, 1860, 4 e ss. Per una sintesi, v. anche M. ROMANO, G. GRASSO, *Commentario sistematico al codice penale. Pre-Art. 110*, Milano, 2012, 140.

tutte indistintamente alla categoria causale delle condizioni necessarie al verificarsi dell'evento⁴⁴.

È piuttosto diffusa l'affermazione secondo cui da un tale assunto dogmatico discenderebbe necessariamente l'adozione di un concetto estensivo di autore (in base al quale è ritenuto autore della fattispecie di parte speciale chiunque abbia fornito un qualsiasi contributo alla sua realizzazione); secondo questa prospettiva sarebbe quasi automatica l'equivalenza tra adozione di un modello unitario di concorso e adesione alla concezione estensiva in parola⁴⁵.

La critica, piuttosto comune nella dottrina di lingua tedesca, si appunta su una teoria alquanto risalente che ha invero riscosso scarso successo in Italia, secondo la quale le norme sul concorso avrebbero la funzione di limitare normativamente la nozione tecnico-giuridica di reità («Urheberschaft», autoria intesa come causazione di un determinato evento criminoso)⁴⁶.

Tuttavia, oggi può dirsi pacifico che le disposizioni sulla compartecipazione costituiscano, al contrario, una estensione della punibilità, consentendo la persecuzione penale di condotte che, ai sensi delle fattispecie di parte speciale, si porrebbero senz'altro come atipiche⁴⁷.

La vera peculiarità della disciplina italiana, tuttavia, sta nell'ampia previsione di dettagliate circostanze aggravanti e attenuanti, che consentono di colorare di tipicità il contenuto omnicomprensivo dell'art.

⁴⁴ Cfr. A.R. LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, Napoli, 1964, 36 e ss.

⁴⁵ Cfr. P. CRAMER, in *Vorbem. §§ 25 ff.*, in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER (a cura di), *Strafgesetzbuch: Kommentar*, München, 1997, 397. In tal senso, anche W. GALLAS, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, Berlin, 1968, 82, che sottolinea criticamente: «Begehen einer Tat ist nicht gleich Bewirken des Taterfolgs, Handeln etwas anderes als bloßes Verursachen».

⁴⁶ Tra gli altri, A.R. LATAGLIATA, *op. cit.*, 36.

⁴⁷ Così afferma chiaramente M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957, 12 e ss. Cfr. anche R. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, 1956, 78.

110, fornendo preziose linee guida all'interprete nell'individualizzazione della sanzione per ciascun concorrente⁴⁸.

In particolar modo, giova qui ricordare la previsione delle circostanze aggravanti di cui all'art. 112 c.p., per il determinatore, il promotore e l'organizzatore. Tali previsioni consentono agilmente di punire più gravemente, ad esempio, quel soggetto che nel diritto tedesco verrebbe designato come *Hintermann*: figura che in Germania ha impegnato gli sforzi di dottrina e giurisprudenza – tanto da portare alla creazione di una teoria che ha riscosso un incredibile successo anche a livello internazionale – fino allo snaturamento di quelle stesse definizioni che si cerca strenuamente di difendere in nome del principio di determinatezza⁴⁹.

Ancora più evidente è il ruolo giocato dalla circostanza attenuante di cui all'art. 114 c.p. Qui, similmente a quanto può desumersi dall'art. 112, non è contenuto alcun tentativo di definizione della complicità, bensì solo una facoltativa diminuzione di pena per chi presta un contributo di minima importanza⁵⁰.

Purtroppo, la disposizione ha subito una costante disapplicazione da parte della prassi giurisprudenziale, la quale intende, da un lato, l'espressione «minima importanza» nel senso di «minima efficienza causale dell'opera prestata»⁵¹; dall'altro, escludendo la possibilità di configura-

⁴⁸ Si veda, a tal proposito, l'interessantissimo contributo di L. VIGNALE, *Ai confini della tipicità: l'identificazione della condotta concorsuale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983, 1358 e ss.

⁴⁹ Ci si riferisce, chiaramente, alla declinazione roxiniana della dottrina del dominio sul fatto. Come si vedrà, nel 1975 al § 25 StGB è stato introdotto un esplicito riferimento all'autoria mediata; tuttavia, questo non ha risolto i problemi relativi alla punibilità dell'*Hintermann* nei casi di esecutore materiale che agisce con dolo, ad esempio nel contesto di strutture organizzate gerarchicamente. Si rimanda, su tutti, a C. ROXIN, *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, in *GA*, 1963, 200; ID., *Täterschaft und Tatherrschaft*, Hamburg, 2001, 242 e ss.

⁵⁰ La più approfondita disamina sull'attenuante di cui all'art. 114 c.p. è senz'altro in R. GUERRINI, *Il contributo concorsuale di minima importanza*, Milano, 1997, *passim*.

⁵¹ In senso critico, L. VIGNALE, *op. cit.*, 1387.

re una partecipazione che sia allo stesso tempo condizionale e trascurabile nell'economia generale del reato concorsuale⁵².

Dunque, il modello italiano potrebbe dirsi caratterizzato da una rinuncia alla definizione: il baricentro è totalmente spostato dal momento tipico dell'incriminazione – assai scarno – a quello, dettagliatissimo, della disciplina⁵³. Non altrettanto può dirsi – almeno, apparentemente – di quello tedesco.

4. Il modello (differenziato) tedesco

Il legislatore tedesco sembra aver approntato un modello interamente dogmatico-categoriale⁵⁴; peraltro, nel dibattito tra sistema unitario e differenziato, la quasi totalità della dottrina è stata incline a difendere l'opzione di tecnica normativa in oggetto con convinzione, e non senza un certo orgoglio⁵⁵.

Tuttavia, come già accennato, nella dottrina tedesca non sono mancate voci a sostegno della soluzione unitaria, preferibile principalmente per questioni di economia processuale e di maggiore facilità applicativa. In quest'ottica, non pare un caso, peraltro, che la materia delle *Ordnungswidrigkeiten*, necessariamente ispirata a principi di agilità e speditezza, si regga tuttora su un concetto unitario di partecipazione⁵⁶.

⁵² Così, la pur rara applicazione della norma pare avvenire in quelle situazioni in cui la partecipazione concorsuale potrebbe essere *tout court* esclusa: v. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, 512.

⁵³ Sulla funzione incriminatrice e la funzione di disciplina svolta dal capo relativo al concorso di persone nel reato, v. M. ROMANO, G. GRASSO, *op. cit.*, 149.

⁵⁴ Cfr. D. KIENAPFEL, *Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft*, cit., 25.

⁵⁵ Per citare solo un esempio, K. VOLK, *Tendenzen zur Einheitstäterschaft – Die verborgene Macht des Einheitstäterbegriffs*, in *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin, 2001, 563: «Wir sind auf dem sonnigen Gipfel der Dogmatik angelangt und brauchen auf den nebligen Sumpf der Einheitstäterschaft nur einen kurzen Abschiedsblick zu werfen».

⁵⁶ La dottrina tedesca non ha mai sollevato gravi obiezioni verso un tale modello di disciplina: è evidente che in questo caso la «semplificazione» adottata sembra accettabile: si tratta, infatti, di illeciti di natura contravvenzionale, dunque tendenzialmente

Il codice tedesco regola la disciplina del concorso secondo una struttura bipartita in cui *Täterschaft* e *Teilnahme* sono *alternative Beteiligungsformen*; la disposizione di apertura, il § 25, è incentrato sulla figura dell'autore.

Al primo comma trova spazio la definizione di *unmittelbare Täterschaft*: «Als Täter wird derjenige bestraft, der die Tat selbst [...] begeht» (è punito come autore chi commette personalmente il fatto).

Recependo consolidata dottrina, la riforma del 1975⁵⁷ aggiunse al § 25, primo comma, la condotta di chi commette il fatto tipico servendosi dell'opera di un altro soggetto. *Mittelbarer Täter*, o autore mediato, è, precisamente, chi commette il fatto mediante un altro soggetto («derjenige, der die Tat [...] durch einen anderen begeht»).

La terza forma di autoria, rinvenibile al secondo comma del § 25, è la *Mittäterschaft* (coautoria): «Begehen mehrere die Straftat gemeinschaftlich, so wird jeder als Täter bestraft» (quando più persone commettono assieme il reato, ognuno è punito come autore)⁵⁸.

Il § 26 e il § 27 prevedono i due casi tipici di partecipazione, rispettivamente l'istigazione e la complicità⁵⁹. Tuttavia, solo nel secondo ca-

coperti da garanzie meno stringenti, soprattutto poiché soggetti generalmente a sanzioni meno afflittive.

⁵⁷ Ci si riferisce qui alla *Zweites Gesetz zur Reform des Strafrechts* (2. StrRG), entrata in vigore il 1° luglio 1975.

⁵⁸ La norma si riferisce qui ai casi in cui più soggetti agiscono in concorso essendo legati da una decisione comune di realizzare l'illecito. La precisazione riguardante l'elemento soggettivo è fondamentale per comprendere la distinzione con la *bloße Nebentäterschaft*, che non rientra tra le forme di autoria legislativamente previste ed è perlopiù definita in negativo; in questo caso più autori individuali agiscono indipendentemente l'uno dall'altro, e la struttura concorsuale si delinea in modo «casuale». Per questo motivo, la *Nebentäterschaft* riguarda principalmente i casi di cooperazione colposa.

⁵⁹ § 26 StGB «Anstiftung»: «Als Anstifter wird gleich einem Täter bestraft, wer vorsätzlich einen anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat bestimmt hat» (È punito come istigatore, con la stessa pena prevista per l'autore, chi dolosamente ha determinato un soggetto alla commissione di un fatto antigiuridico doloso).

§ 27 StGB «Beihilfe»: «(1) Als Gehilfe wird bestraft, wer vorsätzlich einem anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat Hilfe geleistet hat. (2) Die Strafe für den Gehilfen richtet sich nach der Strafdrohung für den Täter. Sie ist nach § 49 Abs. 1 zu mildern». (È punito come complice chi ha prestato dolosamente aiuto a un

so il partecipe gode di un'attenuazione obbligatoria di pena: mitigazione già prevista a livello tipico, al secondo comma della disposizione citata.

In particolare, la disposizione di cui al § 27, relativa al *Gehilfe*, è incentrata sul concetto di *Hilfeleistung* (prestazione di aiuto): l'interpretazione della nozione è fondamentale per la delimitazione del perimetro dell'area del penalmente rilevante, dunque per determinare la soglia di rilevanza del contributo punibile. L'interprete tedesco, esattamente come quello italiano, si è dovuto appoggiare a una peculiare declinazione del nesso eziologico tra condotta ed evento – la causalità agevolatrice o *Förderungstheorie*⁶⁰ – segno che neppure avendo riguardo alla «definizione» esterna del concorso la scelta tipizzatoria ha condotto a un reale recupero in termini di tassatività⁶¹.

5. Rilievi conclusivi

La dottrina tedesca sembra guardare con preoccupazione alla soluzione unitaria. Lo svilimento della distinzione tra il concetto di reità e quello di partecipazione sul piano della tipicità porterebbe a negare valenza strutturale e assiologica alle diverse figure, che perderebbero i loro contorni limitandosi così a costituire semplicemente dei criteri di commisurazione della pena⁶².

soggetto, per la commissione di un fatto anti giuridico doloso. La pena per i complici si determina in base alla sanzione per l'autore. Dev'essere attenuata ai sensi del § 49 Abs. 1).

⁶⁰ Così J. WESSELS, W. BEULKE, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, Heidelberg, 2000, 185: al § 27 si sottopone a pena semplicemente l'*Hilfeleistung*, non sarebbe pertanto richiesta la stretta condizionalità del contributo, ma una mera efficacia agevolatrice. *Contra*, G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, 499: gli Autori evidenziano come la *Förderungstheorie* in nulla si distingua dalla teoria della *condicio sine qua non*, in base a giudizi correttamente effettuati *ex post* e in concreto.

⁶¹ Cfr. F. MANTOVANI, *op. cit.*, 498.

⁶² Cfr. L. RISICATO, *Tentativo e compartecipazione criminosa nella più recente dottrina di lingua tedesca. Una lettura sistematica dei saggi contenuti nella Festschrift für Claus Roxin*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, 290.

Inoltre, come già tratteggiato, in base a questa visione l'*Einheitstäterbegriff* sarebbe fondato sull'inaccettabile principio dell'equivalenza causale, e ciò pregiudicherebbe gravemente la funzione garantista delle fattispecie incriminatrici di parte speciale. In particolare, porre l'accento sul nesso causale significherebbe accantonare il principio di tassatività e determinatezza in favore di un diritto penale dell'autore⁶³.

Non da ultimo, il modello tedesco sembra affondare in parte le sue radici in una visione che pretende di ricondurre la distinzione a una sorta di struttura ontologica preesistente al diritto, per cui la stessa «definizione» delle figure concorsuali, e il principio di accessorietà della partecipazione ad essa in qualche modo connaturato, sarebbe da spiegarsi alla luce di una presunta *Natur der Sache*⁶⁴.

Qui torna utile l'analisi storica, che dimostra inconfutabilmente come non esistano strutture logiche immanenti, specialmente in tema di concorso di persone: l'unico argomento che vale la pena considerare è quello dell'effettiva e concreta praticabilità ed efficacia del modello.

L'interprete tedesco ha a disposizione un modello che è al tempo stesso rigidamente incardinato in categorie dogmatiche nella sua struttura, e vacuo nel suo contenuto. Non potrebbe essere altrimenti: «l'inesauribile ricchezza del reale» si manifesta con particolare evidenza in tema di compartecipazione criminosa, e l'obiettivo di definire puntualmente le figure sul piano tipico in una disposizione di parte generale appare quantomeno utopistica⁶⁵.

Non è un caso, in effetti, che il legislatore tedesco non si spinga davvero fino in fondo nello sforzo definitorio: i §§ 25, 26 e 27 non esprimono, a rigor di logica, la definizione dei tipi concorsuali, ma sta-

⁶³ In tal senso G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993, 422.

⁶⁴ L'idea è piuttosto risalente, ma non ha mai smesso di esercitare una certa influenza, specialmente nel pensiero giuridico di lingua tedesca: cfr. ad esempio G. STRATENWERTH, *Das rechtstheoretische Problem der «Natur der Sache»*, Tübingen, 1957, 15 e ss. e C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., 366. *Contra*, P. CRAMER, *op. cit.*, 396.

⁶⁵ V. C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952, 111 e ss.

biliscono – in termini piuttosto aperti – chi deve essere *punito come autore*, e chi *come complice*⁶⁶.

In conclusione, è la nozione di *esecuzione* a sembrare irrinunciabile per qualsiasi tentativo di tipizzazione e *de-finizione* del contributo concorsuale, poiché è attorno a questa che è costruita essenzialmente la figura di autore: l'esecuzione individua l'autore immediato, il coautore e dunque, in via residuale, il complice.

Pertanto, le figure concorsuali, dove tipizzate, sono formalmente legate alla materialità della condotta. Tuttavia, in moltissimi casi ciò non appare soddisfacente⁶⁷: l'interprete è spesso costretto a operare una lettura estensiva dell'*actus reus*⁶⁸, utile a punire più gravemente i soggetti più responsabili, classificandoli come autori sul piano tipico: il principio del *fair labeling* è così apparentemente rispettato; in realtà, si produce un'inversione del giudizio, che giustifica esiti già determinati *a posteriori* sulla base di esigenze di dosimetria sanzionatoria⁶⁹.

⁶⁶ Gli *incipit* delle tre disposizioni mostrano il punto con evidenza (*Als Täter/Anstifter/Gehilfe wird bestraft [...]*). Sul punto, v. S. POLITOFF LIFSCHITZ, «Cometer» y «hacer cometer»: desarrollo y significación actual de la noción de autoría mediata. El «autor detrás del autor». De la autoría funcional a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, in *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, Cuenca, 2001, 1233.

⁶⁷ Ci si riferisce qui specialmente ai casi in cui le tradizionali norme sul concorso non sembrano consentire un'appropriata ripartizione della responsabilità in capo ai partecipi a causa dell'accentuata de-personalizzazione delle condotte: in particolare, il concorso nei reati commessi all'interno di organizzazioni (lecite o illecite) strutturate gerarchicamente: su tutti, C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., *passim*.

⁶⁸ A questo proposito, sarebbe utile osservare non solo il percorso della giurisprudenza e della dottrina tedesca, ma anche l'interessante esperienza olandese. Per una comparazione sul tema in oggetto, H. VAN DER WILT, *On Functional Perpetration in Dutch Criminal Law. Some Reflections sparked off by the Case against the former Peruvian president Alberto Fujimori*, in *ZIS*, 2009, 615 e ss.

⁶⁹ G. FORNASARI, *op. cit.*, 425. Si rimanda qui a una critica di Jescheck alle c.d. teorie soggettive, ma l'argomentazione sembrerebbe essere calzante, a maggior ragione, per la indebita estensione del concetto normativo di autoria operata di recente dalla giurisprudenza tedesca, in particolare nel caso, già nominato, della ripartizione di responsabilità tra *Hintermann* e *Vordermann*. La pronuncia a tal proposito storicamente più significativa è senz'altro BGHSt 40, 218 («Mauerschützen-Urteil»), costantemente richiamata dalla giurisprudenza successiva.

L'analisi storica mostra che la distinzione tra autoria e complicità, lungi dal rappresentare una necessità logica, nasce principalmente per una questione processuale, e ciò contribuisce a spiegare la centralità dell'esecuzione nel procedimento definitorio.

D'altra parte, l'analisi comparata può offrire interessanti spunti tesi a relativizzare l'idea garantista sottesa all'adozione di un modello differenziato, proprio per l'inevitabile vacuità della definizione, e a rivalutare corrispondentemente il ruolo tipizzante (e *lato sensu*, definitorio) delle norme di disciplina, che possono consentire una reale individuazione della sanzione penale.

FELICI INSICUREZZE CIRCA LE DEFINIZIONI LEGISLATIVE

I NESSI DELLA TECNICA DEFINITORIA CON ECCEZIONE, EQUITÀ, BILANCIAMENTO E RIMPROVERABILITÀ PERSONALE*

Sergio Bonini

SOMMARIO: 1. *Mitologie, felici incertezze e persone di cultura*. 2. *Definizioni ed eccezione*. 3. *Definizioni ed equità*. 4. *Definizioni e bilanciamento*. 5. *Definizioni e rimproverabilità personale*. 6. *Iniziative seminariali in dialogo*.

1. Mitologie, felici incertezze e persone di cultura

Viviamo in un «contesto di disillusione» rispetto a una pervicace schiera di miti e in particolare, per quanto qui direttamente interessa, rispetto a una *mitologia della definizione legislativa*¹. Presentando un importante appuntamento trentino (*rectius*: trentino-bolzanino), dedicato allo stesso tema delle definizioni legali dibattuto *inter iuvenes* nel seminario odierno, scriveva Alberto Cadoppi in un passo che per la pla-

Ricordando il magistero del professor Massimo Nobili, e in specie (*Storie d'una illustre formula: il "libero convincimento" negli ultimi trent'anni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 79) il suo «caldeggiare precisione», sforzandosi anche di riconoscere fra le disposizioni – e le definizioni – dai più considerate «di facciata» quelle «forse forse provvidenziali» (*La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna, 1989, 375).

¹ Sulla «definizione della definizione», e per un'ampia classificazione delle definizioni legislative, A.A. MARTINO, *Le definizioni legislative*, Torino, 1975, 21-26, 41-84; A. BELVEDERE, M. JORI, L. LANTELLA, *Definizioni giuridiche e ideologie*, Milano, 1979; nella recente manualistica, M. JORI, A. PINTORE, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Torino, 2014, 19-24.

sticità introduttiva (e non solo dunque come “tributo ai pionieri”) vorrei riportare per esteso:

Il penalista moderno [ma, mutatis mutandis, il richiamo potrebbe essere al giurista moderno] si trova al cospetto di un background filosofico-giuridico che non gli dà più né certezze, né utopie: non la certezza del dogma legalitario illuministico, da cui derivava l’utopia di un giudice bocca della legge ove tutto trovava “pre-definito”; non la certezza delle verità assolute giusnaturalistiche, da cui derivava l’utopia di una scienza penale capace di elaborare perfetti “enti giuridici”, contro la cui ineluttabilità ontologica nulla avrebbe potuto una qualsiasi definizione; non la certezza giuspositivistica del penalista tecnico-giuridico, da cui derivava l’utopia di una legge tecnicamente perfetta, capace di imbrigliare il giudice nelle maglie di definizioni impeccabili².

Disincanto, questo, che non equivale necessariamente a *radicale scetticismo*; scetticismo che, in effetti, conosce notevoli gradazioni, considerato che per «i più scettici fra gli scettici» – rilevava Mario Jori sempre nel volume Bolzano/Trento *Omnis definitio in iure periculosa?* – la costitutiva vaghezza del linguaggio giuridico renderebbe illusoria o ideologica la pretesa legislativa di vincolare l’ermeneutica attraverso definizioni (quando non già attraverso previsioni generalissime come quella contenuta nell’art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile)³.

² A. CADOPPI, *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale. Presentazione*, in ID. (coordinamento di), *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Padova, 1996, 17-18. Una simile disillusione prevale da ult. anche nel saggio di P. SÁNCHEZ-OSTIZ, *Die Bedeutung von Legaldefinitionen für die Anwendung des Strafrechts*, in H. KUDLICH, J.P. MONTIEL, J.C. SCHUHR (a cura di), *Gesetzlichkeit und Strafrecht*, Berlin, 2012, 69-86, per il quale, se è «illusorio» vedere nelle definizioni lo strumento-principe per una legislazione conforme ai principi dello Stato di diritto, sarebbe comunque «sciocco» negarne in radice una fruibilità ermeneutica.

³ M. JORI, *Definizioni legislative e pragmatica giuridica*, in *Omnis definitio in iure periculosa?*, cit., 59. Che la vaghezza, essendo a differenza dell’equivocità «proprietà oggettiva del linguaggio», non possa essere cancellata ma solo eventualmente «ridotta» mediante il ricorso a definizioni è evidenziato da R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, 52-56. Per un recente studio monografico sulla vaghezza/a partire

Al di là di scetticismi estremi, se per studiosi maturi la disillusione è nei nostri tempi comunque l'inclinazione dominante, ci si aspetterebbe forse nel ragionamento di giovani e meno scafati cultori della materia un persistente e convinto ottimismo circa l'*utilità selettiva e garantistica* di definizioni legislative; invece, ascoltando e rileggendo gli interventi relativi alla sessione di queste giornate seminariali intitolata alle «(In)definizioni», è osservabile anche in loro⁴ un atteggiamento *felicamente insicuro* su benefici e svantaggi di tale tecnica: le definizioni possono rivelarsi molto proficue, ma senza universalismi o taumaturgie di sorta.

Con questo, noterei *per incidens*, i partecipanti alla sessione si iscrivono di diritto alla classe dell'«uomo di cultura», anziché dell'«intellettuale»: «Dominato dal dubbio il primo, da mutevoli certezze il secondo» (così, in un formidabile *Compendio di stupidologia*, Ferrando Mantovani)⁵.

2. Definizioni ed eccezione

Se è lecito reintitolarla, come farò per i successivi contributi con cui sono chiamato a confrontarmi, la riflessione del costituzionalista Francesco Campodonico è dedicata a *Definizioni ed eccezione*⁶; o almeno così mi piace intenderla, per via di un *trait d'union* con il precedente seminario dell'associazione *Alumni SGCE* su *L'eccezione nel diritto*. Nel ragionare intorno ai primordi della «necessità politica» – le «ordinanze sullo stato d'assedio» antesignane degli odierni decreti-legge – è del resto lo stesso Campodonico a suggerire questo collegamento: citandosi Giorgio Agamben, «[n]on soltanto la legittimità di una tale teoria [la teoria dello stato di eccezione] viene negata da quegli autori che

dalla vaghezza F. PUPPO, *Dalla vaghezza del linguaggio alla retorica forense. Saggio di logica giuridica*, Padova, 2012.

⁴ Seppure, s'intende, da differenti punti di vista e con diversi metodi di analisi.

⁵ F. MANTOVANI, *Stupidi si nasce o si diventa? Compendio di stupidologia*, Pisa, 2015, 264-269, spec. 265.

⁶ V., in questi atti, F. CAMPODONICO, «Necessità», «stato di necessità» e «crisi economica»: *l'indefinitezza come pratica di governo*.

[...] affermano che lo stato di necessità, su cui l'eccezione si fonda, non può avere forma giuridica, ma la definizione stessa del termine è resa difficile dal suo situarsi al limite fra la politica e il diritto»⁷. Collocarsi al limite che però non impedisce di porre un interrogativo, che Lucia Busatta, Ilaria Marchi e io abbiamo provato a riassumere nella premessa del volume sull'eccezione nel diritto: «lo studio collettivo di un tema all'apparenza tanto indeterminato mira a verificare anche se l'impiego e l'applicazione dell'eccezione costituisca uno strumento per preservare le categorie giuridiche tradizionali (pur nella necessità di un loro adattamento rispetto all'evoluzione della società e dei rapporti giuridici), oppure se questo rappresenti il segnale di un momento di transizione, che prelude al superamento delle categorie giuridiche tradizionali e all'emersione di un nuovo modo di intendere il diritto» (interrogativo che in quel libro collettaneo è stato declinato *anche* assai diversamente a seconda degli ambiti disciplinari)⁸.

Il primo corno dell'alternativa sembra prescelto nello scritto di Campodonico, il cui *Leitmotiv* sta nella sottolineatura liberal-individuale dei profili critici generati dalla logica della necessità/eccezione.

La necessità, infatti, che pur è apparsa «condizione di cose» *a priori* indefinibile (Santi Romano), merita di essere circondata da *idonee condizioni tipicizzatrici*: come penalista, posso pensare alla soluzione – diffusa nel panorama comparatistico – della previsione di *due* figure di stato di necessità, rispettivamente giustificante e scusante, legate a distinti e puntuali presupposti (sulla base delle rispettive *rationes* date da bilanciamento di interessi e da inesigibilità della condotta conforme al precetto)⁹.

Può d'altra parte la logica della «conservazione sociale» o della «conservazione dello Stato» incentivare l'implementazione del «a mali estremi, estremi rimedi»? La domanda è posta da Campodonico in termini, pare, *quasi retorici*. E d'altra parte a chi si occupa di diritto pena-

⁷ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione. Homo sacer, II, 1*, Torino, 2003, 9.

⁸ S. BONINI, L. BUSATTA, I. MARCHI, *Premessa*, in IID. (a cura di), *L'eccezione nel diritto. Atti della giornata di studio (Trento, 31 ottobre 2013)*, Napoli, 2015, 4.

⁹ Sulla questione del fondamento dello stato di necessità per tutti, nella letteratura penalistica, F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000, 31-146.

le – quante analogie si rinnovano sempre fra sensibilità costituzionalistica e sensibilità penalistica! – sovengono le concezioni (marcatamente) censoree dell'ordine pubblico quale *Rumpelkammer*, ripostiglio ove sono affastellate figure-*omnibus* pronte a trasformarsi in «comodo arnese di persecuzione politica» (come si è scritto espressamente per l'art. 434 del codice Zanardelli¹⁰, predecessore dell'odierna inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità ex art. 650 c.p.).

Se il decreto legge diviene lo strumento *standard* di intervento, fuoriuscendosi da una cauta concezione «restrittiva» di necessità, si arriva d'altro canto – argomenta Campodonico – a una vera e propria elevazione dell'indefinitezza a pratica di governo.

Come osserva l'autore, sembra divenire indefinita la necessità, e divenire indefinita la crisi che pretenderebbe di sorreggerla: si parla tanto di crisi economica, di crisi sistemica, ma non vi è ancora chi si sia premurato di fornirne una attendibile definizione giuridica...

La stessa giurisprudenza costituzionale, quando si riferisce alla (sola) sindacabilità della «evidente mancanza» dei requisiti di straordinaria necessità e urgenza, contribuisce a mantenere nel controllo di costituzionalità, se non più una «zona franca», quantomeno una «zona d'ombra». La Consulta, insomma, al pari dell'esecutivo, «gioca» sull'assenza di definizioni (di necessità, di urgenza, di casi straordinari) così da ampliare o restringere le maglie del suo giudizio, «volta per volta, caso per caso».

Campodonico non lesina critiche: la necessità, moderna riedizione del *salus rei publicae suprema lex*, «apre un vero e proprio “squarcio” nel tessuto dell'ordinamento positivo, scardinandone il principio di legalità».

Le matrici storiche di questo processo (conseguenze della grande guerra, immobilismo parlamentare, avvertita esigenza di poteri “efficienti”) sono del resto egregiamente analizzate nel saggio dell'autore; dietro l'angolo, c'è una «silenziosa transizione dalla indefinitezza come “pratica di governo” all'indefinitezza come “pratica di giudizio”».

¹⁰ La locuzione è ricordata in G. CARBONI, *L'inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità. Lineamenti dogmatici e storico-costituzionali dell'articolo 650 del codice penale*, Milano, 1970, 55.

Quanto è spiccata in questo giovane studioso l'attitudine all'esercizio di *contropotere critico*¹¹ come compito connaturale alla dottrina!

Peraltro, e mi limito ad accennarlo – quel che segue potrebbe essere condiviso da Campodonico? – pur in un'ottica di *strettissima sussidiarietà* parrebbero pertinenti quelle prospettive, percorse da studiosi sia del diritto costituzionale comparato sia del diritto penale, volte a tipizzare in Costituzione gli *elementi strutturali* di quella speciale situazione di necessità che è data dall'emergenza costituzionale e poi gli *strumenti tecnici* per una modulazione delle ordinarie garanzie: i primi essendo dati dal fatto emergenziale o straordinario, dal giudizio di inidoneità dei mezzi ordinari e di idoneità di quelli eccezionali a fronteggiare la situazione, dall'atto finale che instaura l'eccezione e infine dalla regolamentazione derogatoria di taluni ordinari diritti; i secondi dalla previsione di maggioranze qualificate (magari crescenti) e di puntuali limiti temporali, nonché eventualmente da aspetti come l'istituzione di una commissione speciale di garanzia presieduta dall'opposizione, la configurazione di specifiche fattispecie incriminatrici per chi abusa del potere e la regolamentazione di obblighi di risarcire i danni a chi ha subito ingiustizie¹².

Elementi e strumenti, questi, idonei a *razionalizzare* (di meglio, forse, non si può fare) l'indefinitezza come pratica di governo e come pratica di giudizio, per usare il lessico di Campodonico?

¹¹ Per questo concetto M. DONINI, *Scienza penale e potere politico*, in M. DONINI, L. STORTONI (a cura di), *Il diritto penale fra scienza e politica. Nel ricordo di Franco Bricola vent'anni dopo*, Bologna, 2015, 84; D. PULITANÒ, 'Dommatica' e giurisprudenza, in *Cass. pen.*, 2015, 4290. Ad atteggiamento critico e atteggiamento dialogico della dottrina mi sono dedicato in S. BONINI, *Riflettendo intorno al sistema penale come impresa collettiva*, in www.archiviopenale.it, 2/2015, 1-13.

¹² G. DE VERGOTTINI, *Guerra e costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, 2004, 262-280; R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008, 172-192. Sintetizzava C. PICIOCCHI, *Alcune considerazioni a margine. Tra eccezioni, dissonanze ed armonia*, in S. BONINI, L. BUSATTA, I. MARCHI (a cura di), *op. cit.*, 255 come l'obiettivo di Costituzioni e Corti costituzionali sia in ogni caso quello di «garantire le condizioni che consentano il ritorno alla regola, mantenendo l'eccezione entro i confini di tale categoria».

3. Definizioni ed equità

Lo scritto della amministrativista Antonella Mirabile è incentrato su *Definizioni ed equità*¹³, equità che a sua volta può ben essere intesa quale «sintesi verbale di ciò che è giusto». Del resto, come giuristi e prima ancora come persone, non avremmo ragione di reprimere l'anelito verso soluzioni soddisfacenti in termini di giustizia (di giustizia del caso singolo, secondo il richiamo che la Mirabile opera già nel titolo): «la giustizia, anche se non riusciamo a definirla, è più forte del conflitto delle interpretazioni, perché sempre risorge dalle ceneri del suo dissolvimento nel fuoco dei ragionamenti contrapposti»¹⁴. Certo, se argomento nella mia *prospettiva angusta* di penalista viene visibilmente prima la legalità della più vaga ed emotiva giustizia. Ed è corretto che sia così, considerato con von Liszt che la sanzione penale è (affilatissima) «arma a doppio taglio: tutela di beni giuridici attuata mediante lesione degli stessi» sino, in caso di esagerati impieghi, all'«annientamento dell'esistenza fisica, etica, economica di un cittadino»¹⁵. Icastica la doppia metafora di Fletcher: la giustizia corrisponde al pranzo in un *fast food*, la legalità a un banchetto con otto portate; la giustizia è come un'appassionata ma inconcludente storia d'amore, la legalità assicura le gioie di un solido matrimonio¹⁶. E tuttavia la giustizia, persino nello *ius terribile*, diritto legalitario per antonomasia, non può essere concettualmente

¹³ Cfr. A. MIRABILE, *L' indefinito come giustizia del caso singolo. L'equità nel diritto amministrativo*, in questo volume, 117 ss.

¹⁴ C.M. MARTINI, *La giustizia della croce*, in C.M. MARTINI, G. ZAGREBELSKY, *La domanda di giustizia*, Torino, 2003, 55, richiamato già da G. FORTI, *La letteratura e il "buongoverno" dell'immaginazione giuridica*, in *Criminalia*, 2013, 40. Non desti scandalo la citazione tratta dalla giustizia della croce (e comunque di un passo del grande biblista riferito alla giustizia umana) in un contesto giuridico e dunque laico: laicità (principio che nella sua valenza ermeneutica e categoriale ho cercato di valorizzare in S. BONINI, *Doping e diritto penale*, Padova, 2006, 156-174) non dovrebbe significare «fondamentalismo laicista» – nella migliore delle ipotesi «boria di una tolleranza da coscienza di una superiorità culturale e morale» – su cui F. MANTOVANI, *op. cit.*, 265-266; ma a riguardo potremmo dibattere in un intero, nuovo seminario.

¹⁵ F. VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale* (1905), Milano, 1962, 46.

¹⁶ G.P. FLETCHER, *Grammatica del diritto penale* (1998), Bologna, 2004, 323.

(e operativamente) soppressa: si pensi al sistema del codice penale tedesco (parliamo dunque di un *luogo normativo*, non di uno spazio metafisico o ideale), codice minuziosamente imperniato sul *Keine Strafe ohne Gesetz*, ove quell'*insoffocabile istanza* affiora – ma sono solo alcune fra le molte possibili segnalazioni – nel momento di rinunciare a pene fisse e prevedere un adeguato *Strafrahmen*, nel momento di introdurre cosiddetti casi particolarmente gravi e casi meno gravi, quando si procede a delimitare l'eccessiva estensione di alcuni tipi legislativi attraverso la teoria dell'adeguatezza sociale, quando si opta nell'interpretazione del reato omissivo proprio non per la capacità generale di agire ma per quella individuale, quando si tratta di applicare criteri di imputazione oggettiva dell'evento per ovviare alle iniquità causate dall'assenza di un omologo dell'art. 41, co. 2, c.p. italiano sulle concause. *A fortiori*, dunque, esigenze di giustizia/personalizzazione – e non faccio perciò fatica a seguire la Mirabile – possono trovare sede nel *meno terribile* diritto amministrativo.

Oggi poi l'equità è entrata nell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea quale perno, insieme all'imparzialità, del diritto a una buona amministrazione. E di qui l'autrice trae lo spunto per intraprendere un opportuno «percorso storico dell'equità», che risale ad Aristotele e alla distinzione tra un'equità semplicemente correttiva (integrativa) e un'equità suppletiva o sostitutiva; nonché all'assunto, sempre dello stagirita, circa il comportarsi equamente come «essere indulgenti verso i casi umani». Piace la scelta della citazione: l'*ubi consistam* della diuturna attività di ogni giurista sta proprio, credo, nella *messa al centro dell'Uomo* (più ancora che delle norme e degli stessi astratti principi); se penso alla mia materia, nel porre al centro la Persona dell'Accusato e la Persona della Vittima¹⁷. Sempre la storia (in specie, del diritto romano e del diritto inglese) ci ammaestra – osserva la Mirabile – su altre valide ragioni del ricorso all'equità: segnatamente, il contrasto della sclerotizzazione e della rigidità dell'ordinamento;

¹⁷ Volendo, S. BONINI, *Lotta alla criminalità organizzata e terroristica, garanzia dell'individuo, garanzia della collettività: riflessioni schematiche*, in *Cass. pen.*, 2009, 2216-2231. Ritrovo un'analoga “duplice preoccupazione” da ult. in I. MARCHI, *Esigenze di sicurezza e diritti umani nel contrasto al terrorismo. Una prospettiva de iure condendo*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2015, 259-277.

l'equità dunque come «“ponte” di collegamento tra la norma astratta, il caso concreto e il sistema di principi e valori vigenti».

In filigrana, quelle visuali *à la* Merusi che individuano nel giudice amministrativo un giudice («di equità» e anzi «creatore»), che fa appello a principi generali di giustizia per rinvenire la norma risolutiva del caso concreto¹⁸. Finanche se riferite al giudice penale queste affermazioni, che a prima vista suscitano imbarazzo legalitario e turbamento garantistico, potrebbero oggi (dopo Gadamer, Esser, Hassemer, l'idea della giurisprudenza-fonte) essere più facilmente accettate.

Qualche *caveat* ritengo però si imponga, e allora non mi sentirei di condividere – in realtà la discordia è più negli accenti che nella sostanza – l'insistere dell'autrice sugli «usi smodati» della tecnica definitoria, ovvero sul frequente originarsi, a causa della (inevitabilmente incompleta) definizione, di una chiusura in se stesso dell'ordinamento giuridico se non di un «conflitto tra norma e realtà». Si trascura invero, con queste accentuazioni, il duplice fine sotteso alle definizioni, e che merita di essere di volta in volta soppesato in rapporto ai relativi inconvenienti: mi riferisco allo scopo di certezza, conseguente alla natura concettualmente chiarificatrice della definizione¹⁹; e allo scopo politico-istituzionale di determinazione di equilibri (o semplicemente di «divisione del lavoro») fra i vari attori del sistema giuridico²⁰.

E in ogni caso si deve conclusivamente ribadire – in armonia con l'istruttivo contributo della Mirabile – come quello di equità resti giudizio *di tipo giuridico*, consistente (non già dunque in una deviazione dal-

¹⁸ Questa impostazione è verificata dalla Mirabile alla luce di un interessantissimo caso in materia di concorsi.

¹⁹ Definizione che realizza quindi «una sorta di “interpretazione autentica”», con la quale «l'imprecisione di taluni concetti di portata generale viene circoscritta o, quanto meno, attenuata»: L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, 2004, 93-94 e 351.

²⁰ A riguardo, in ambito penalistico, D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, 236-239, 290-297; F. BRICOLA, *Le definizioni normative nell'esperienza dei codici penali contemporanei e nel progetto di legge delega italiano*, in A. CADOPPI (coordinamento di), *op. cit.*, 175-189; F. PALAZZO, *Sulle funzioni delle norme definitorie*, *ivi*, 381-390. In prospettiva filosofica A. PERUZZI, *Definizioni. La cartografia dei concetti*, Milano, 1983, 112-129 sugli scopi del definire; ID., *Definizione*, Firenze, 1997.

la regola scritta, e neanche in un suo surrogato etico, ispirato dalla sola benevolenza se non dal lassismo del giudice bensì) nell'emissione di una pronuncia umanisticamente adatta all'ipotesi concreta²¹.

4. Definizioni e bilanciamento

Il *paper* della civilista Rossana Ducato si occupa, nella mia chiave di lettura, di *Definizioni e bilanciamento*²². Infatti: assistiamo oggi alla «quarta rivoluzione», quella dell'informazione²³; e con il diritto all'informazione il diritto alla protezione dei dati personali entra in conflitto o, come l'autrice preferisce riportare, in bilanciamento: termine che, a mio giudizio, non suona ingenuamente irenico ma che richiama l'idea di un possibile, effettivo appagamento di entrambe le esigenze, con qualche rinuncia anche dolorosa s'intende e peraltro – *non esistendo diritti tiranni*²⁴ – senza soppressione del nucleo essenziale di quei due diritti. Vi sono anzi casi, scrive efficacemente la Ducato, in cui si possono «ammirare» gli esiti di un «abile bilanciamento».

Colpisce innanzitutto il *cuore interdisciplinare* che pulsa in questo saggio: per studiare il rapporto fra diritto e tecnologia, occorrendo in prima battuta entrare «dentro a le segrete cose» dell'evoluzione tecno-

²¹ Così G. CARUSO, *La discrezionalità penale. Tra «tipicità classificatoria» e «tipologia ordinale»*, Padova, 2009, 180-193, spec. 184, cui si rimanda anche per l'ampia bibliografia.

²² Cfr., in questo libro, R. DUCATO, *La crisi della definizione di dato personale nell'era del web 3.0. Una lettura civilistica in chiave comparata*.

²³ Che segue, nella tematizzazione di Luciano Floridi citato dalla Ducato, a quelle copernicana, darwiniana e freudiana.

²⁴ Corte cost., 6 maggio (9 maggio) 2013, n. 85, in *Giur. cost.*, 2013, 1424-1493, spec. 1478-1479 sull'inammissibilità dell'«illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona». La sentenza è commentata da V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente*, 1494-1498; D. PULITANÒ, *Giudici tarantini e Corte costituzionale davanti alla prima legge ILVA*, 1498-1505; R. BIN, *Giurisdizione e amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali? Nota alla sentenza “Ilva”*, 1505-1511.

logica (e di altri ambiti di conoscenza: matematica, statistica, sociologia, psicologia). Rischi, in questo genere di metodica, indubbiamente si possono presentare, e segnatamente quello del giurista che si traveste da informatico, fino a perdere la sua specificità culturale, sfiorando il diletantismo se non la contrazione di un'esiziale «sindrome di Leonardo da Vinci»²⁵. Ma il gioco vale la candela, se si vuole prendere sul serio l'aspirazione a uno studio del diritto saldamente ancorato al «principio di realtà», ossia a problemi di tutela che non è il legislatore a creare – come Minerva dalla testa di Giove – ma dai quali, al contrario, viene *preceduto* e speranzosamente interpellato. L'autrice riesce in ogni caso a evitare queste scivolate, analizzando la tecnologia ma non sovraesponendola rispetto al diritto.

La Ducato non smarrisce infatti il prezioso *fil rouge* della definizione, sottoponendo a critica le proposte dottrinali circa una (in)definizione o comunque una rimodulazione più agile della nozione di dato personale. Non si può negare, né l'autrice nega, che lo sviluppo informatico palesi spesso in modo inclemente l'obsolescenza di una definizione, intitolando anzi la Ducato un paragrafo all'«impatto (dirompente) della tecnologia sulla definizione giuridica»²⁶. Eppure, anche come penalista, mi sembra interessante rimarcare un profilo, che porta a un'*insospettabile convergenza* fra civile e penale. Vi sono ordinamenti refrattari a emanare definizioni, e un prototipo è dato dal già citato codice penale tedesco, da sempre e ancora oggi contrario a prendere posizione su istituti dogmatici centrali come, fra gli altri, causalità, imputazione oggettiva, dolo, colpa, colpa grave: e questo per evitare un eccessivo perfezionismo legislativo, con il conseguente pericolo di una cristallizzazione di opinioni contingenti; si precisa talvolta che «non sarebbe compito del legislatore esplicitare a guisa di manuale i concetti fondamentali del

²⁵ Autorevolmente diagnosticata da A. FIORI, *Il medico legale e la Sindrome di Leonardo da Vinci*, in *Riv. it. med. leg.*, 1987, 369-381 e definita «il desiderio, tradotto in opere, di occuparsi, in sede scientifica e professionale, dei più svariati argomenti, anche assai diversi tra loro per contenuti e metodi, senza porsi dei limiti, nella convinzione di poter comunque – non importa come – fornire una prestazione accettabile».

²⁶ A livello monografico, un'interessante riflessione sugli impieghi delle definizioni nella legislazione civilistica «complementare» in M. DELLACASA, *Sulle definizioni legislative nel diritto privato. Fra codice e nuove leggi civili*, Torino, 2004.

diritto penale»²⁷. Va aggiunto che questo tradizionalissimo atteggiamento ha trovato delle “deroghe” con la per molteplici aspetti fondamentale novella del 1975, che nel § 11 *StGB* ha introdotto definizioni di «concetti relativi a persone e cose», e anche alcune rilevanti nozioni di *Allgemeiner Teil* come quelle sull’omissione impropria (§ 13) e sull’errore sul precetto (§ 17). Ma – ed è questo il punto che davvero ci interessa – l’inveterata antipatia del codificatore penale tedesco verso le definizioni incontra un più deciso superamento in relazione a una serie di moderni reati, nell’ambito dei quali concetti nuovi o relativamente nuovi, sovente *molto tecnici*, distanti in ogni caso dal c.d. senso comune²⁸, sono sembrati e sembrano al legislatore bisognosi di definizione, perché altrimenti i confini tra condotta punibile e comportamento penalmente irrilevante minaccerebbero di confondersi: si pensi alle nozioni di «dati» nello spionaggio di dati (§ 202a *StGB*), di «sovvenzione» e di «rilevante ai fini della concessione di una sovvenzione» nella truffa nelle sovvenzioni (§ 264 *StGB*), o a una più vasta platea di fiamminghe definizioni operanti nell’area dei reati contro l’ambiente (§ 330d *StGB*)²⁹. Si comprende quindi come nei confronti di requisiti tecnico-specialistici – sia nel penale sia nel civile – sul pericolo di un precoce avvizzimento della definizione possa ragionevolmente fare aggio la scelta del legislatore di *guidare* il giudice, cui corrispondono vantaggi in termini di certezza e di uguaglianza/uniformità applicativa.

Poi, occorre che la definizione esca felicemente dalla ideale penna del legislatore pena la produzione *in concreto*, al di là dei pregi teorici, di guasti superiori ai benefici: ma di questo torneremo a dire in conclusione, nel riferire di una non immaginaria «galleria degli orrori» definitori.

A ogni buon conto, merita di essere subito segnalata l’esigenza di astenersi da ossessive forme di *iperspecificazione definitoria*: sul punto si sofferma la Ducato e nella prospettiva penalistica non posso darle

²⁷ Cfr. W. FRISCH, *Le definizioni legali nel diritto penale tedesco*, in A. CADOPPI (coordinamento di), *op. cit.*, 192-193, citando testualmente Welzel.

²⁸ Ovvero, concetti carenti di «popolarità» e «immediatezza criminal-psicologica»: F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Padova, 1979, 346, con richiamo a Klug.

²⁹ Ancora W. FRISCH, *op. cit.*, 202-204.

torto, se è vero che anche nel mio settore la tecnica casistica (o analitica, o di dettaglio), in contrapposizione alla tecnica sintetica (o normativa), può rappresentare un'autentica trappola³⁰, vanificando esigenze da un lato di economia legislativa – economia fruttuosa in termini general-preventivi (negativi e positivi), ovvero di forza del precetto deterrente e motivante – e dall'altro di osmosi fra più settori giuridici e sociali; vale ancora, pur anche qui fra mille *caveat*, l'idea degli elementi normativi³¹ come preziosi organi respiratori o valvole di sfogo della fattispecie penale.

In piena sintonia con l'aguzzamento delle armi comparatistiche che – con una punta di orgoglio possiamo dirlo – è nel DNA del dottorato trentino in «Studi Giuridici Comparati ed Europei», la Ducato prosegue saggiando le diverse nozioni di dato personale nel quadro europeo e nel quadro statunitense: per ragioni di sintesi non possiamo discuterne, ma è questa una parte qualificante del lavoro prodotto dalla nostra dottoressa di ricerca.

Quasi concludendo, la Ducato evoca anche potenzialità e rischi che presenta *in subiecta materia* l'accoglimento di un principio precauzionale ossia, puntualizza l'autrice, la protezione dinamica ed “estensiva” dell'individuo dalle conseguenze del trattamento illecito dei suoi dati personali. È interessante il confronto fra aree giuridiche, e il penalista ha molto da imparare da altri settori, dove la precauzione si è fatta e farà strada; anche se poi, nello *ius criminale*, principi come offensività ed *extrema ratio* non possono che frenare rispetto a entusiastici accoglimenti di quella logica³².

³⁰ *Giocosamente ma non troppo* scrive delle «specificazioni» come «trappola» o «“gioco”/giuogo» G. LOSAPPIO, *Depenalizzazione, tranquillità personale e inquinamento acustico. L'art. 659 e la delega per la depenalizzazione delle contravvenzioni del c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 7.

³¹ Ovvero, con K. ENGISCH, *Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht*, in K. ENGISCH, R. MAURACH (a cura di), *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag 15.10.1953*, München, Berlin, 1954, 147, «elementi i quali si richiamano a dati, che possono essere rappresentati e pensati esclusivamente attraverso la presupposizione logica di una norma».

³² L'argomento è oggetto dell'attenzione di varie recenti o recentissime monografie penalistiche: basti citare qui D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma, 2012, aperturista ma

Beninteso, le definizioni possono essere utili ma non risolvono magicamente ogni problema: è questa davvero la *koinè* della presente sessione seminariale, e la Ducato chiarisce come una definizione che aspiri a essere (tendenziale) bussola per il cittadino e per l'interprete dovrà prima di tutto astenersi da *fictiones* (come quella dell'anonimizzazione dei dati), e da superfetazioni³³.

(saggiamente) non troppo; nonché, da ult., A. ORSINA, *Rischio da incertezza scientifica e modelli di tutela penale. Il Tusi come laboratorio di soluzioni al problema dell'esposizione professionale ad agenti patogeni*, Torino, 2015. Nella letteratura civilistica, *inter alios*, U. IZZO, *La precauzione nella responsabilità civile. Analisi di un concetto sul tema del danno da contagio per via trasfusione*, Padova, 2004.

³³ Per la posizione che *in generale* vede nelle definizioni legislative un'intrusione nel campo della scienza giuridica v. già, autorevolmente, C. GRASSETTI, *Le definizioni legali e la riforma dei codici*, in *Studi in onore di Giovanni Pacchioni*, Milano, 1939, 299-314: «la costruzione, almeno in linea di principio, viene *dopo* la legge, e però non appartiene alla competenza materiale legislativa, ma alla dottrina» [306-307, a proposito di definizioni (non «nominali» ma) «reali», incalzando (313): «l'attività dogmatica rappresenta certo, a non dir altro, la parte più caduca della legislazione, come è fatale che avvenga se la scienza ha da esser progresso, ha da essere in costante divenire»]; questa prospettiva è ripresa, di recente, da M.C. PARLATO, *Le definizioni legislative nel sistema penale tributario*, Bari, 2012, 36-37. Criticamente A. BELVEDERE, *Definizioni*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, V, Torino, 1989, 154 e nt. 36, che rimarca la prescrittività riconoscibile nella stessa «sintesi» di una data disciplina effettuata dal legislatore; e F. ANGIONI, *Le norme definitorie e il progetto di legge delega per un nuovo codice penale*, in S. CANESTRARI (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna, 18-20 maggio 1995)*, Torino, 1998, 189, argomentando che se il legislatore, con il limite della conformità ai principi costituzionali, ha il potere discrezionale di elevare o non elevare a reato determinati comportamenti, «a maggior ragione» potrà valutare se sia opportuno delimitare ciò che prevede come illecito. Una linea di unione fra le diverse segnalazioni in G. FIANDACA, «Intervento» *sul problema delle definizioni nella parte generale del codice penale*, in A.M. STILE (a cura di), *Metodologia e problemi fondamentali della riforma del codice penale*, Napoli, 1981, 218-219 sul «consenso dottrinale» come presupposto di interventi definitori nel corpo della parte generale.

5. Definizioni e rimproverabilità personale

La penalista Ilaria Campagna si dedica infine – è l'ultima arbitrarie-
tà nel dare nuovi titoli – a *Definizioni e rimproverabilità personale*³⁴.
Ben si presta l'istituto del concorso di persone a essere dibattuto nel
nostro seminario, giacché esso – rileva subito l'autrice – pone un inten-
so problema di de-finizione, nel senso etimologico di determinazione di
confini³⁵; cui fa da sfondo una questione penal-costituzionale di deter-
minatezza.

Si distinguono – è noto ai penalisti – due fondamentali modelli di ti-
pizzazione dell'illecito plurisoggettivo: un modello unitario e un mo-
dello differenziato³⁶. Ma la riconducibilità di un ordinamento al secon-
do paradigma, avverte la Campagna, non discende semplicemente dal-
l'elencazione e dalla definizione di autonome figure soggettive, poten-
dosi parlare di autentico modello differenziato esclusivamente laddove
innanzitutto nei confronti del complice – la figura da sempre più pro-
blematica, nella distinzione rispetto all'autore – una pena più mite sia
individuata già *nel* fatto tipico, e non solo in virtù di circostanze atte-
nuanti o di indici favorevoli di commisurazione della pena³⁷.

Aiuta – per un migliore approccio, per la de-finizione del tema –
l'indagine storica. Osserverei di sfuggita che l'interesse per questo ge-
nere di studi rappresenta una cifra comune ai relatori della attuale ses-
sione, ed è anche grazie alla *virtuosità relativizzante* della storia – e
della comparazione – che, mi ripeto, questi quattro giovani studiosi

³⁴ V., nei presenti Atti, I. CAMPAGNA, *Autoria e complicità: un problema di de-
finizione. Amplius* ora EAD., *Autoria e complicità nel reato collettivo. Studio storico e
comparato su un'integrazione tra modelli di concorso*, tesi di dottorato, Università di
Trento, XXVIII ciclo.

³⁵ Per un'analisi interdisciplinare del «confine», S. PULIATTI, U. AGNATI (a cura di),
*Limes: spazio di divisione e di contatto. Profili dell'epoca tardoantica. Atti AST (Par-
ma, marzo 2015)*, in *Cultura giuridica e diritto vivente. Rivista on line del Dipartimen-
to di Giurisprudenza Università di Urbino Carlo Bo*, 2016, 1-87.

³⁶ In proposito, resta basilare S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di
persone nel reato*, Milano, 1987, 1-140, 255-442.

³⁷ Relativamente al nodo del trattamento sanzionatorio dei concorrenti nel reato,
P. SEMERARO, *Concorso di persone nel reato e commisurazione della pena*, Padova,
1986; S. SEMINARA, *op. cit.*, 141-254.

possono ritenersi a buon diritto persone di cultura *fecondate dal dubbio* e non intellettuali appiattiti su certezze pigramente rassicuranti derivanti dall'accoglimento di postulati assiomatici.

Pertinente, a riguardo, è l'indicazione rammentata dall'autrice, a premessa in specie dell'esame storico-romanistico: «non sarebbe metodologicamente corretto applicare acriticamente le categorie concettuali contemporanee a sistemi concepiti in maniera radicalmente diversa»; così, ci si impone – e nelle pagine successive si rispetta la consegna – di evitare retrodatazioni dei modelli unitario e differenziato³⁸.

Viceversa – e il punto è di particolare significato nell'ottica di quella centralità della persona (accusato e vittima) che, anche qui come si diceva sopra, dovrebbe connotare un *prudente accostamento* al penale³⁹ – si annota come esattamente alle soglie della modernità venga compiuto un passo dirimente verso l'individualizzazione del trattamento del partecipe: «rispetto alla categoria naturalistica della mera efficienza causale, la condotta inizia così ad essere interpretata alla luce dello scopo della pena, e la pena ad essere più strettamente collegata all'individuo, inteso come soggetto che si determina in piena libertà».

Con le codificazioni post-illuministiche emergerà poi con speciale nettezza quella che in materia di illecito plurisoggettivo sembra la *perenne posta in gioco*: chiarezza e fiducia nel potenziale regolatore della legge scritta come punti di forza dei sistemi differenziati, economia processuale e agilità applicativa come argomenti miliari a favore del sistema unitario.

³⁸ La Campagna cita la recente monografia di una studiosa più esperta (M. HELFER, *Il concorso di più persone nel reato. Problemi aperti del sistema unitario italiano*, Torino, 2013), ritenendo fuorvianti concetti del tipo «epoca romana come culla “involontaria” del sistema differenziato» (p. 18 del libro della Helfer).

³⁹ Sui «lati caldi (umani ed esistenziali)», intrecciati al fenomeno punitivo, come protagonisti di un'opera *genialmente archivistica* del Maestro cui è dedicato questo scritto (M. NOBILI, *L'immoralità necessaria. Citazioni e percorsi nei mondi della giustizia*, Bologna, 2009), R. ORLANDI, *Ricordo di Massimo Nobili*, 8 del dattiloscritto in corso di stampa in *Riv. it. dir. proc. pen.* Sempre sui lati caldi, di recente, le ispirate riflessioni di F. BACCO, *Visioni 'a occhi chiusi': sguardi sul problema penale tra immaginazione, emozioni e senso di realtà*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 2/2015, 1-29.

Per l'approfondimento della dicotomia modello differenziato/modello unitario l'autrice si rifà essenzialmente a due stelle dei Re Magi: da un lato l'idea della determinatezza come problema «di sistema», dall'altro il concetto di rimproverabilità «individualizzante», o «personale»; sono proprio questi due fari che consentono di diagnosticare eventuali «frodi delle etichette» insite nell'*accoglimento nominale* dell'uno o dell'altro modello.

Sul versante della *determinatezza di sistema*, il tentativo tedesco di scolpire precise figure e responsabilità soggettive inizia a vacillare allorché si impiega, in affiancamento alla (meglio: in sostituzione della) *condicio sine qua non*, il canone *specificatamente concorsuale* della più estensiva e incerta causalità agevolatrice, o di rinforzo, o *Förderungstheorie*; cui si uniscono, “nel vivo” della *Differenzierungstheorie*, le ricostruzioni (sensibilmente) alternative della nozione di autore, fra tesi oggettiva, tesi soggettiva e tesi del dominio sul fatto. Insomma: anche il *tassativissimo* modello differenziato finisce per rivelarsi, guardando a ogni tratto del volto assumibile dal concorso di persone, una *coperta forse un poco corta*⁴⁰.

Sul versante della *rimproverabilità personale*, il dato di partenza è che, nella loro operatività sinergica, a mo' di tenaglia, gli artt. 40, co. 1, 41 e 110 c.p. esprimono in Italia il dogma dell'equivalenza delle condizioni, a livello mono- e plurisoggettivo. Eppure, una personalizzazione viene anche quivi recuperata e precisamente mediante un dettagliato insieme di circostanze aggravanti e attenuanti che, pur fra oscillazioni applicative, consente – scrive la Campagna – di «colorare di tipicità il contenuto onnicomprensivo dell'art. 110».

Ecco allora che i confini – le de-finizioni – dei due modelli diventano più sfumati: di base, il modello tedesco resta differenziato e quello italiano unitario, ma (riconvertito in un diverso linguaggio la riflessione dell'autrice) avremo nei fatti una *differenziazione con elementi di indeterminatezza* nel primo ordinamento e una *unitarietà aperta all'individualizzazione* nell'altro.

⁴⁰ Sul piano della «determinatezza sociale» dovendosi poi osservare, con C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952, 110-120, spec. 111, come le «classiche» figure dei compartecipi si risolvano a meglio vedere in «astrazioni aprioristiche, ove, per necessità logica, la realtà vien depauperata dei suoi tratti più singolari».

Nel *paper* della Campagna fuori quadro per ovvi limiti editoriali (ma presente nella tesi dottorale *supra* citata) è la correlata prospettiva *de lege ferenda*: ogni riforma ha bisogno di salde linee guide e, accanto ai concetti di determinatezza di sistema e di rimproverabilità personale dei quali abbiamo discusso, fertile potrà tornare ancora una volta la dia-de disvalore di condotta/disvalore di evento (alla quale coppia si ispirano le due proposte riformistiche degli artt. 110-119 del codice penale italiano, rispettivamente più compendiatrice dell'uno e dell'altro disvalore e più nostranamente imperniata sul *Erfolgsunwert*, indicate da ultimo nel libro di Margareth Helfer)⁴¹.

6. Iniziative seminariali in dialogo

Vorrei concludere ponendo ancora in relazione (questa sessione del)l'odierno seminario e le precedenti iniziative convegnistiche trentine sopra richiamate.

Rispetto agli appuntamenti sull'*Omnis definitio in iure periculosa?*, sintetizzava Cadoppi come la doverosità del ricorso a definizioni si dovesse in ultima analisi *plausibilmente presumere, fino a prova contraria*: ciò con particolare riguardo al diritto penale, dove dominano le istanze della determinatezza e della *congenitamente rinunciataria* frammentarietà; ma, chioserei, l'assunto appare estensibile a tutti quegli ambiti ove l'esigenza di certezza risulti prevalente su possibili ragioni di flessibilizzazione dell'intervento normativo. Quindi, «definire tutto e sempre, tranne che nelle ipotesi "proibite"»: ipotesi vietate peraltro non marginali, tanto da essersi formata una ricca *galleria degli orrori definatori*, comprendente definizioni «inutili», verbosamente «scientifico-dottrinali», «contraddittorie», «prive di consenso dottrinale», «incompatibili con prassi applicative consolidate», «lontane da sostostanti fenomenologie empirico-criminologiche», «teleologicamente inintelligibili», «troppo generali», «importate acriticamente», etc.⁴²...

⁴¹ M. HELFER, *op. cit.*, 249-261.

⁴² A. CADOPPI, *op. cit.*, 19-27.

Collegandosi invece ai temi de *L'eccezione nel diritto*, e a un interrogativo ivi posto su *normalità e patologia* dell'eccezione⁴³, potremmo chiederci se – stanti i vizi storicamente evidenziati da tante, troppe definizioni legislative – l'uso della tecnica definitoria debba comunque restare la *regola aurea* (in questo senso la non-definizione sarebbe eccezione patologica) o se invece il silenzio del legislatore possa essere visto come *eccezione vitale*, migliorativa o persino possa essere auspicato come... nuova regola! *Indagare i contesti*: questa la risposta che, globalmente, proviene dai quattro relatori della sessione sulle «(In)definizioni», unitamente a una griglia di più puntuali osservazioni orientate a una *teoria razionale sull'impiego delle definizioni legali*.

⁴³ Ovvero su eccezioni «buone», ragionevoli e coerenti con i principi costituzionali, ed eccezioni «cattive», trasfiguranti l'ordinamento in dis-ordinamento: C. CASONATO, *Eccezione e regola: definizioni, fisiologie e patologie, responsabilità*, in S. BONINI, L. BUSSATTA, I. MARCHI (a cura di), *op. cit.*, 423-432, spec. 425. Anche quest'ultima dicotomia potrebbe essere aggiornata nei confronti delle definizioni legali.

SEZIONE IV

DEFINIZIONI GIURIDICHE
E CONCETTI TECNICO-SCIENTIFICI

LE SCATOLE CINESI: IL “PAREGGIO DI BILANCIO” TRA DEFINIZIONI ECONOMICHE, COSTITUZIONE ITALIANA E REGOLE EUROPEE

Chiara Bergonzini

*Quello che chiedo è la consapevolezza.
Consapevolezza circa la convenienza di mantenere
certi termini come valvola di sfogo alla rigidità,
malgrado il rischio di trasferire una parte
del potere politico agli operatori.
Consapevolezza che in molti altri casi è possibile fornire
una definizione (certe volte parziale, incompleta)
che serva a ridurre l'ambito di incertezza*

A.A. Martino¹

SOMMARIO: 1. Introduzione: la delimitazione del campo di indagine. 2. I principi costituzionali: “pareggio” o “equilibrio” di bilancio? 3. (segue) Equilibrio di bilancio e sostenibilità del debito pubblico. 4. (segue) Il rinvio all’ordinamento dell’Unione europea. 5. La legge n. 243 del 2012: la trasformazione di variabili economiche programmatiche in regole giuridiche. 6. La fase redazionale: i lavori parlamentari sulla riforma. 7. Conclusioni.

1. Introduzione: la delimitazione del campo di indagine

Con la riforma costituzionale del 2012² è stata innestata nell’ordinamento italiano, al vertice del sistema delle fonti, una serie di nozioni di natura squisitamente economica: «pareggio» (nel titolo) o «equilibrio» (nel testo) di bilancio, «ciclo economico», «indebitamento», «sostenibilità del debito» compaiono direttamente nelle disposizioni costituzionali (artt. 81 e 97); mentre la legge rinforzata gioca sul rinvio mobile all’or-

¹ A.A. MARTINO, *Le definizioni legislative*, Torino, 1975, 107.

² Legge cost. 20 aprile 2012, n. 1 e legge (rinforzata) di attuazione 24 dicembre 2012, n. 243, in www.normattiva.it.

dinamento UE al fine di individuare addirittura, nella maggior parte dei casi, l'oggetto della propria disciplina.

Dal punto di vista della tecnica redazionale, è agevole quindi osservare che il legislatore italiano, costituzionale e ordinario, ha mutuato senza filtri né riformulazioni definizioni di altre discipline, di area *lato sensu* economica, che vanno dalla macroeconomia (ad es. il ciclo economico) alla contabilità in senso stretto (ad es. l'indebitamento netto). Con il risultato di scaricare sull'attività interpretativa, e sulla Corte costituzionale *in primis*, il non semplice compito di integrare nell'ordinamento giuridico nozioni (almeno parzialmente) estranee alla sua tradizione.

Nelle pagine che seguono mi propongo innanzitutto di riordinare ed esplicitare i riferimenti indiretti contenuti negli enunciati normativi, verificando se le nozioni economiche siano utilizzabili in senso tecnico, e, soprattutto, con quali limiti; in secondo luogo, guardando alla fase genetica, di chiarire le modalità con cui i decisori politici italiani hanno affrontato una vicenda tanto complessa quanto cruciale per l'ordinamento democratico; da ultimo, di offrire alla riflessione interdisciplinare dei giuristi e degli economisti un'ipotesi interpretativa e operativa delle nuove disposizioni, con particolare riferimento ai suoi cardini, cioè l'equilibrio di bilancio e il divieto di indebitamento.

La vastità del tema rende poi indispensabili alcune avvertenze preliminari, innanzitutto riguardo l'oggetto di indagine. La revisione costituzionale registra infatti, com'è noto, la risalente evidenza per cui la gestione del bilancio non dipende più solo dallo Stato centrale. Per questo essa ha coinvolto, oltre alla disposizione sul complesso delle pubbliche amministrazioni (art. 97, di cui si darà *infra*), anche quelle relative all'autonomia finanziaria degli enti territoriali (art. 119 Cost.) e al riparto di competenze legislative Stato/Regioni (art. 117 Cost.). Le ricadute sugli enti decentrati rappresentano uno degli aspetti tecnicamente più delicati della nuova disciplina, data la stretta connessione con almeno due temi di primario rilievo e di complessità assimilabile: da un lato, l'attuazione del c.d. federalismo (impostato con la l. n. 42 del 2009); dall'altro lato, il problema, al contempo teorico ed estremamente concreto, della garanzia dei diritti fondamentali la cui tutela effettiva è affidata agli enti territoriali, a partire dalle Regioni. Già da tali minime

considerazioni emerge l'impossibilità di affrontare l'argomento in questa sede³: il campo di indagine deve essere quindi limitato alle disposizioni relative al complesso delle p.a. e al bilancio dello Stato, che del resto contengono i principi cardine della nuova disciplina.

La seconda precisazione riguarda la prospettiva dalla quale prenderò in esame il quadro normativo europeo ed in particolare i vincoli numerici, che di recente sono divenuti oggetto di numerose critiche. Pur condividendo la necessità di una revisione critica non solo dei parametri, ma delle stesse dottrine che hanno orientato la reazione internazionale alla crisi economica⁴, anch'essi saranno esclusi dalle riflessioni che seguono. In sostanza, quindi, i vincoli europei saranno presi in considerazione “allo stato dell'arte”, in quanto oggetto di rinvio da parte della normativa interna, senza che ciò implichi un'acritica adesione né – tantomeno – un giudizio favorevole sui fondamenti teorici.

All'interno dei confini appena delineati, il problema delle definizioni si colloca nei primi due commi dell'art. 81 Cost.:

Lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico.

Il ricorso all'indebitamento è consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e, previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, al verificarsi di eventi eccezionali

e nel primo comma dell'art. 97 Cost.:

³ Sul tema rinvio a F. GUELLA, *Sovranità e autonomia finanziaria negli ordinamenti composti*, Napoli, 2014 e in edizione digitale nell'archivio *Open Access Unitn-eprints Research*, www.eprints.biblio.unitn.it.

⁴ Cfr. ad es. P. DE IOANNA, *La nuova cornice costituzionale: economia, istituzioni e dinamica delle forze politiche*, in *Il Filangieri - Quaderno 2011, Costituzione e pareggio di bilancio*, 2012, 46 ss.; L. LANDI, «Pareggio di bilancio» oppure «equilibrio di bilancio» nella Costituzione italiana? Il riferimento all'ordinamento europeo, in *Il Filangieri - Quaderno 2014, Unione europea e principi democratici*, 2015, 152. Per una riflessione critica incentrata sulle nozioni di «stabilità» e «sostenibilità» dalla prospettiva giuridica, v. C. BUZZACCHI, *Bilancio e stabilità. Oltre l'equilibrio finanziario*, Milano, 2015.

Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico.

Se si analizza il testo tentando di enuclearne i principi costituzionali, si possono intanto formulare alcune osservazioni.

2. I principi costituzionali: “pareggio” o “equilibrio” di bilancio?

La prima osservazione consente di sgombrare il campo da un equivoco tutt'ora ricorrente nel dibattito pubblico: il principio del “pareggio” di bilancio, pur presente nel titolo della legge costituzionale⁵, in realtà non compare *mai* nel testo e viene sostituito da quello dell'«equilibrio tra le entrate e le spese» (con le specificazioni che si vedranno tra poco).

La differenza è cruciale, perché il *mero pareggio* (spese interamente coperte dalle entrate fiscali) rappresenta una «ottusa regola contabile»⁶, che, oltre a non essere mai stata indicata tra gli obiettivi europei nemmeno nelle più ardite dichiarazioni al culmine della crisi⁷, dal punto di vista tecnico avrebbe impedito *qualsiasi* forma di indebitamento, escludendo ogni ipotesi di deroga. Al contrario, il nuovo secondo comma

⁵ *Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale.*

⁶ E. NUZZO, *Audizione* nel corso dell'indagine conoscitiva svolta all'inizio dell'iter parlamentare della riforma presso la Camera dei deputati (Commissioni I e V riunite) il 17/10/2011, 18 res. sten. Il giudizio di assoluta inadeguatezza di una regola di mero pareggio per la gestione dei bilanci pubblici è del resto unanime nella dottrina economica e giuridica.

⁷ Quantomeno in modo esplicito: secondo un'autorevole lettura, fermo restando che «parlare di pareggio senza alcuna precisazione signific[a] ben poco», «resta il fatto che una intitolazione del genere è fortemente evocativa dell'opzione a favore di una certa politica di finanza pubblica in luogo di altre, in particolare, di una politica di riduzione della spesa pubblica e/o di aumento della spesa»: A. BRANCASI, *Bilancio (equilibrio di)*, in *Enciclopedia del Diritto - Annali VII*, 2012, 178. Concorde sul punto G. PESCE, *La sostenibilità del debito pubblico della pubblica amministrazione nella nuova Costituzione finanziaria dello Stato*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, 2015, 2, 554. Sulle «forze centrifughe e forze centripete nella crisi dell'idea europea» v. P. DE IOANNA, *La nuova cornice costituzionale*, cit., spec. 46.

dell'art. 81 Cost. consente il ricorso all'emissione di debito⁸ in due ipotesi: per «considerare gli effetti del ciclo economico» (e in questo caso la deroga al divieto di indebitamento subentra in maniera automatica, in presenza di congiunture sfavorevoli)⁹, oppure al verificarsi di «eventi eccezionali» (in questo caso però previa autorizzazione da parte delle Camere, a maggioranza assoluta)¹⁰.

L'incongruenza tra il titolo e il testo è quindi innegabile, e non è certamente frutto di una svista in sede redazionale¹¹. Una spiegazione plausibile della sua permanenza anche nella versione definitiva della legge si può rivenire nell'intento del Governo italiano di giovarsi del c.d. “effetto annuncio” nei confronti dei partner europei e degli investitori internazionali, per recuperare credibilità in un momento di estrema debolezza sui mercati finanziari. In questa prospettiva, la legge costituzionale in esame si collocherebbe, peraltro, nell'ambito di un fenomeno

⁸ L'interpretazione del divieto di indebitamento è questione tutt'altro che semplice e la genericità del riferimento è stata subito segnalata in dottrina. Per un'accurata esposizione delle possibilità interpretative dell'espressione “ricorso all'indebitamento” v. D. DE GRAZIA, *L'introduzione del pareggio di bilancio in Costituzione (tra vincoli europei e zelo del Legislatore)*, in *Giur. Cost.*, 2012, 3, 2490-2491.

⁹ Merita sottolineare che in questo caso la deviazione dalla regola è sostanzialmente reinserita nella gestione ordinaria, perché l'entità dell'indebitamento consentito «viene decisa nella fase di programmazione di medio periodo della politica fiscale, ambito nel quale – sulla base della posizione ciclica dell'economia – vengono fissati i saldi obiettivo per il periodo di riferimento»: SENATO - SERVIZIO DEL BILANCIO, *Dossier n. 55. Elementi di documentazione A.S. 3047 “Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale”*, 2011, 2. Sul punto cfr. L. DONATELLI, *I nuovi vincoli di contabilità pubblica nella nuova governance europea: regole numeriche e procedure di enforcement tra livello unionale e livello interno*, in *www.amministrazioneincammino.it*, 28/10/2013, 14.

¹⁰ La definizione degli «eventi eccezionali» è all'art. 6 della l. n. 243 del 2012, che impone la contestuale presentazione da parte del Governo (e quindi approvazione da parte delle Camere) di un piano di rientro.

¹¹ La contraddizione era ben nota durante i lavori preparatori, ed ha rappresentato addirittura una delle motivazioni del voto contrario, da parte di un gruppo di opposizione (la Lega), in sede di approvazione finale della legge: cfr. Senato, Assemblea, res. sten. sed. 17/04/2012 pom. (Vaccari). Sulle modalità di approvazione sia della legge costituzionale sia della legge di attuazione v. *infra*, par. 5.

ben radicato nel nostro ordinamento: quello dei titoli «ad effetto mediatico»¹².

In ogni caso, resta che il primo punto fermo sul piano del diritto positivo è l'introduzione, nel testo costituzionale, di un principio flessibile¹³ e privo di limiti quantitativi, cioè quello dell'«equilibrio».

3. (segue) *Equilibrio di bilancio e sostenibilità del debito pubblico*

La seconda osservazione riguarda il rapporto tra i principi di equilibrio e di sostenibilità del debito pubblico¹⁴.

Per comprendere la reale portata della riforma costituzionale del 2012 è infatti necessario prendere le mosse dalla sua «architrave»¹⁵, che non è, come potrebbe apparire, l'art. 81, ma il nuovo co. 1 dell'art. 97: per la prima volta, la Costituzione disciplina espressamente il debito pubblico e impone al complesso delle pubbliche amministrazioni di garantire che esso sia sostenibile.

Il concetto di sostenibilità fa riferimento, intuitivamente, ad una prospettiva futura: basta pensare al settore in cui più spesso viene utilizzato, quello ecologico-ambientale, nel quale da tempo si ragiona di «energie sostenibili», «sviluppo sostenibile», ecc. Anche nell'ambito in esa-

¹² L'espressione è di G. RIVOCSECHI, *A quarant'anni dal 1971: dai (presunti) riflessi della stagione consociativa al (presumibile) declino del Parlamento*, in A. MANZELLA (a cura di) *I regolamenti parlamentari a quarant'anni dal 1971*, Bologna, 2012, 155-198. L'uso di un titolo fuorviante rispetto al reale contenuto dell'atto normativo potrebbe essere forse collocato, con una minima forzatura, all'interno della categoria delle c.d. definizioni persuasive di C.L. Stevenson, su cui v. in prospettiva critica A. BELVEDERE, *Aspetti ideologici delle definizioni nel linguaggio del legislatore e dei giuristi*, in AA.VV., *Definizioni giuridiche e ideologie*, Milano, 1979, 422 ss.

¹³ Come peraltro suggerito, sin dalla presentazione dei primi d.l., dalla dottrina pressoché unanime: v. per tutti C. GORETTI, L. RIZZUTO, *La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio. Prime riflessioni*, in www.econpubblica.bocconi.it - Short Notes, 23/08/2011, 3-4.

¹⁴ Su cui v., da ultimo e per tutti, G. PESCE, *op. cit.*

¹⁵ Cfr. D. CABRAS, *Il pareggio di bilancio in Costituzione: una regola importante per la stabilizzazione della finanza pubblica*, in www.forumcostituzionale.it, 27/01/2012, 3; D. DE GRAZIA, *op. cit.*, 2490.

me la sostenibilità ha il medesimo significato: il debito pubblico contratto da uno Stato in un determinato periodo storico dovrà essere restituito dalle generazioni future, sulle quali, nel frattempo, grava anche la spesa per gli interessi¹⁶. Impegnarsi a rendere sostenibile il debito equivale perciò a riconoscere una responsabilità intergenerazionale.

Se si passa dal piano descrittivo a quello prescrittivo, però, il discorso si fa enormemente più complicato. Innanzitutto si tratta di stabilire una misura oltre la quale l'ammontare (*stock*) del debito diventa insostenibile, e deve quindi essere ridotto. In secondo luogo, bisogna capire come evitare di superare la soglia individuata e/o procedere ad un'eventuale riduzione del debito in eccedenza. Il terzo passaggio consiste nel tradurre in norme e procedure i risultati così ottenuti. A questi problemi la letteratura economica e l'esperienza storica offrono, ovviamente, numerose ipotesi di soluzione, spesso opposte tra loro¹⁷.

Ai limitati fini di queste riflessioni, ciò che importa è che è l'Italia, entrando a far parte della c.d. Eurozona (1992), ha scelto di aderire ad un sistema di regole e procedure che sin dall'inizio ha fatto perno sulla necessità di tenere sotto controllo i *deficit* (o disavanzi) di ciascuno Stato al fine di evitare eccessi di debito. Cercando di sfrondare il più possibile il discorso dai tecnicismi economico-contabili, si può tentare di riassumere in pochi passaggi la logica di fondo, partendo dalle due grandezze di riferimento.

In breve, per debito pubblico si intende la «risultante cumulativa dei prestiti (al netto dei rimborsi) che lo stato e gli altri enti che appartengono al settore pubblico contraggono periodicamente per far fronte ai saldi negativi di bilancio (*deficit*)»¹⁸. A sua volta, il *deficit* è la «differenza fra le entrate (imposte, tasse e altre entrate) e le uscite dello stato relative ad un dato esercizio finanziario (solitamente con riferimento al-

¹⁶ Per dare una dimensione concreta, l'attuale debito pubblico italiano, il cui ammontare supera i 2 mila miliardi di euro, costa *ogni anno* più di 80 miliardi di euro di interessi. Un inquietante contatore in tempo reale si trova sulla *home page* dell'Istituto Bruno Leoni: www.ibl.it.

¹⁷ Nella dottrina economica, l'esempio più noto è quello dell'opposizione tra la scuola neoclassica e quella keynesiana.

¹⁸ *Enciclopedia dell'Economia*, Milano, 2007.

l'anno solare)»¹⁹. Entrambe le grandezze, nel linguaggio economico-contabile, vengono espresse in termini di “saldi”, quindi di rapporto tra entrate e spese²⁰. In sostanza: il *deficit* è il saldo negativo dei conti pubblici, per ogni anno; il debito è la somma complessiva di tali disavanzi.

In un sistema monetario unico come quello europeo, l'esposizione di uno o più Stati membri nei confronti dei mercati finanziari (cioè un debito eccessivo) rappresenta un rischio per l'intero sistema; e dato che, come si è appena visto, lo *stock* di debito dipende dall'andamento del *deficit*, le regole europee hanno posto sin dalle origini²¹ i due famosi parametri, il cui rispetto dovrebbe garantire la conservazione (nel caso dell'Italia, il raggiungimento) di finanze pubbliche “sane”.

4. (segue) *Il rinvio all'ordinamento dell'Unione europea*

L'espressione «in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea» di cui all'art. 97, co. 1 Cost. apre quindi il riferimento non solo alle regole, ma all'intera evoluzione del quadro sovranazionale, che è necessario riassumere almeno a grandi linee.

Il punto di partenza è, come già accennato, il Trattato di Maastricht del 1992, nel quale sono stati fissati i noti limiti, tutt'ora vincolanti, ai rapporti di *deficit* e debito rispetto al Prodotto interno lordo (rispettivamente al 3 e al 60 per cento) e le relative misure di sorveglianza e di sanzione per gli Stati che non li avessero rispettati²². Tale quadro normativo è rimasto stabile per oltre un decennio, in un periodo di relativa quiete economico-finanziaria: tra il 1997 (anno in cui è stato sottoscritto il Patto di stabilità e crescita, d'ora in poi PSC)²³ e il 2010, l'unica

¹⁹ *Ibidem.*

²⁰ Per un'analitica spiegazione della composizione dei vari tipi di saldo, v. A. BRANCASI, *op. cit.*, 168 ss.

²¹ Cfr. C. COGLIANDRO, *Finanza sana e buona gestione finanziaria: una introduzione sui principi comunitari del buon governo*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, 1997, 6, 1183 ss.

²² TFUE, *Protocollo (n. 12) sulla procedura per i disavanzi eccessivi*.

²³ Cfr. BCE, *I dieci anni del Patto di stabilità e crescita*, in www.bancaditalia.it (pubblicazioni BCE - Bollettino mensile ottobre 2008), 57 ss.

novità risale infatti al 2005, con l’approvazione dei due regolamenti nn. 1055 e 1056 del Consiglio²⁴, che non a caso andavano senso di un allentamento dei vincoli²⁵.

Con l’esplosione della crisi economica²⁶ si è invece avviata una vertiginosa accelerazione. Tra il 2010 e il 2013, si sono susseguite con rapidità «impressionante»²⁷ una serie di misure indirizzate al progressivo irrigidimento sia della parte preventiva che di quella correttiva del PSC, con il perfezionamento di meccanismi di sorveglianza sempre più stringenti e culminati nell’obbligo, per gli Stati dell’Eurozona, di sottoporre alla Commissione europea, entro il 15 ottobre di ogni anno, i propri progetti di bilancio (*Two Pack*)²⁸.

²⁴ Reg. (CE) n. 1055/2005 del Consiglio, che modifica il reg. n. 1466/97; reg. (CE) n. 1056/2005 del Consiglio, che modifica il reg. n. 1467/97. In proposito v. BCE, *I dieci anni del Patto di stabilità e crescita*, cit.; G. RIVOSECCHI, *L’Europa oltre i parametri, tra vincoli all’indirizzo finanziario degli Stati e (difficile) costruzione di un modello sociale*, in G.G. CARBONI (a cura di), *La funzione finanziaria del Parlamento. Un confronto fra Italia e Gran Bretagna*, Torino, 2009, 99 ss.

²⁵ «Un’attenuazione della rigidità del meccanismo c’è stata dopo la riforma del patto di stabilità e crescita del 20 marzo 2005, introdotta dopo che, già nel 2002 il Portogallo, la Francia, la Germania e la Grecia avevano violato la soglia del 3%, seguiti l’anno successivo dall’Italia»: G. PITRUZZELLA, *Chi governa la finanza pubblica in Europa?*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, 1, 18.

²⁶ *Rectius*, con l’evidenziarsi degli effetti della crisi, esplosa nel 2008, sulla tenuta dei conti pubblici degli Stati membri dell’UE. Sulla «incapacità della maggioranza degli economisti di prevedere l’arrivo e la serietà dell’attuale crisi», illuminante il dibattito G. DOSI, P. REICHLIN, *Discutono di crisi economica*, in *Il Mulino*, 2013, 1, 824 ss., 824. Sempre dalla prospettiva della scienza economica, v. anche L. FANTACCI, A. PAPETTI, *Il debito dell’Europa con se stessa. Analisi e riforma della governance europea di fronte alla crisi*, in *www.costituzionalismo.it*, 2013, 2.

²⁷ G. RIVOSECCHI, *Il c.d. pareggio di bilancio tra Corte e legislatore, anche nei suoi riflessi con le regioni: quando la paura prevale sulla ragione*, in *Rivista AIC*, 2012, 3, 1. Sull’evoluzione della *governance* economica europea v. anche L. FANTACCI, A. PAPETTI, *op. cit.*, 2-21.

²⁸ In sintesi, l’istituzione di meccanismi di stabilizzazione finanziaria (*EFSM* e successive modifiche), l’introduzione del Semestre europeo, il Patto *Euro Plus*, il *Six Pack* (cinque regolamenti e una direttiva), il c.d. *Fiscal Compact*, il *Two Pack* (due regolamenti). Per l’analisi dettagliata e i riferimenti bibliografici sia consentito rinviare a C. BERGONZINI, *Parlamento e decisioni di bilancio*, Milano, 2014, 100 ss.

La dinamica complessiva è, insomma, chiaramente identificata²⁹: i vincoli imposti e le procedure previste nel PSC, depotenziati nel 2005 per motivi politici³⁰, quando sottoposti allo *stress test* della crisi economica hanno dimostrato di non essere riusciti a sortire quell'effetto di stabilizzazione sui conti pubblici degli Stati membri per cui erano stati ideati³¹, innescando la reazione delle istituzioni europee. Al termine del triennio di riforme, gli assi portanti della c.d. nuova³² *governance* economica europea sono essenzialmente tre: rigoroso – e sorvegliato – rispetto dei parametri (o delle tappe di avvicinamento agli stessi, concordate con le istituzioni europee)³³, tra i quali è stata inserita anche la spesa pubblica; meccanismi ormai semi-automatici di correzione degli scostamenti³⁴; trasparenza delle procedure e veridicità “certificata” dei dati macroeconomici, intesi sia nel senso delle risultanze di bilancio, sia in

²⁹ Sulla lettura converge la dottrina unanime: oltre ai lavori già citati, cfr. anche R. LOIERO, *La nuova governance della politica economica dei Paesi UE*, in www.federalismi.it, 2010, 22; G. COGLIANDRO, *La governance economica europea: cronaca di un anno*, in www.federalismi.it, 2011, 8; U. TRIULZI, *Quello che l'Europa chiede all'Italia*, in www.federalismi.it, 2011, 21.

³⁰ Cfr. BCE, *I dieci anni del Patto di stabilità e crescita*, cit., 63.

³¹ V. BCE, *La riforma della governance economica nell'area dell'euro: elementi essenziali*, in www.bancaditalia.it (pubblicazioni BCE - Bollettino mensile marzo 2011), 109.

³² L'aggettivo “nuova” in relazione alla *governance* europea viene usato, in queste pagine, per convenzione, essendo l'espressione ormai di uso comune per sottolineare le novità introdotte soprattutto a livello procedurale. Tutt'altro che nuovi sono, invece, gli obiettivi che il complesso dei meccanismi mira ad ottenere: di «ritorno allo “spirito” di Maastricht» parla, ad esempio, R. LOIERO, *op. cit.*, 2.

³³ Da segnalare, in particolare, la Procedura per gli Squilibri Macroeconomici (*Six Pack*, reg. n. 1174/2011 e 1176/2011), considerata da L. FANTACCI, A. PAPETTI (*op. cit.*, 11 ss.) «il passo più innovativo delle autorità europee che segna, almeno formalmente, un cambio di paradigma nella *governance* europea».

³⁴ Almeno in teoria, dato che nella realtà anche le correzioni sono oggetto di serrata contrattazione politica, in primo luogo tra i singoli Stati e le istituzioni europee. Sugli «elementi di rigidità e di flessibilità» della normativa europea di bilancio v. G.L. TOSATO, *La riforma costituzionale del 2012 alla luce della normativa dell'Unione: l'interazione fra i livelli europeo e interno*, in *Astrid Rassegna*, 2013, 20, 8 (www.astrid-online.it).

quello dell'affidabilità delle previsioni sulle quali le politiche economiche vengono progettate.

Inquadrate in tale contesto, il principio nazionale dell'equilibrio del bilancio, è quindi la “scatola” che contiene il precipitato costituzionale di un processo pluriennale, estremamente articolato e ben lungi dall'essere precisamente definito.

La traduzione del principio in regole giuridiche e contabili è, di conseguenza, questione tutt'altro che semplice, demandata dalla riforma costituzionale (art. 5) ad una peculiare tipologia di fonte che, pur con qualche divergenza³⁵, pare ormai pacificamente classificata come legge rinforzata³⁶: la legge n. 243 del 2012. È quindi a quest'ultima che si deve fare riferimento nella ricerca di definizioni e indicazioni operative.

5. La legge n. 243 del 2012: la trasformazione di variabili economiche programmatiche in regole giuridiche

Scorrendo il testo della legge n. 243, tuttavia, risulta immediatamente evidente la sua non autosufficienza sul piano definitorio. *Ogni espressione in essa contenuta*, oltre ad utilizzare direttamente termini tecnico-contabili, si chiude infatti con un rinvio mobile all'«ordinamen-

³⁵ Ad esempio N. LUPO, *La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti*, in V. LIPPOLIS, N. LUPO, G.M. SALERNO, G. SCACCIA (a cura di), *Costituzione e pareggio di bilancio*, Napoli, 2012, 108 ss., ne argomentava la natura di «vera e propria “legge organica” ante litteram, sul modello spagnolo». Concordavano con tale lettura G. RIVISECCHI, *Legge di bilancio e leggi di spesa tra vecchio e nuovo art. 81 della Costituzione*, in *Rivista della Corte dei conti*, 2013, 1-2, 457 ss., 458; M. NARDINI, *La legge n. 243/2012 e l'adeguamento dell'ordinamento nazionale alle regole europee di bilancio*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2013, 1, 6.

³⁶ La natura di fonte rinforzata, derivante dalla prescrizione costituzionale (art. 81, co. 6.) dell'adozione a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera, è confermata dalla stessa l. 243/2012, al co. 2 dell'art. 1, secondo cui essa «può essere abrogata, modificata o derogata solo in modo espresso da una legge successiva approvata ai sensi dell'articolo 81, sesto comma, della Costituzione». Sul punto v. R. DICKMANN, *Brevi considerazioni sulla natura rinforzata della legge 24 dicembre 2012, n. 243, di attuazione del principio costituzionale del pareggio di bilancio*, in www.federalismi.it, 13/03/2012.

to dell'Unione europea»³⁷, non solo nelle parti espressamente rubricate «definizioni» (art. 2), ma nella stessa individuazione degli obiettivi di finanza pubblica.

Mi limito a due soli esempi, concentrando l'attenzione sui temi di queste riflessioni, a partire dall'equilibrio di bilancio: secondo l'art. 3, co. 2, della legge n. 243, esso «corrisponde all'obiettivo di medio termine».

Per capire di cosa si tratti, bisogna riferirsi all'articolo precedente (art. 2, co. 1), in cui si scopre che l'obiettivo di medio termine corrisponde al «valore del saldo strutturale individuato sulla base dell'ordinamento dell'Unione europea»³⁸ (lett. e)). Il saldo strutturale, a sua volta, è «il saldo del conto consolidato corretto per gli effetti del ciclo economico al netto delle misure *una tantum* e, comunque, definito in conformità all'ordinamento dell'Unione europea» (lett. d)). Il saldo del conto consolidato, infine, è «l'indebitamento netto o l'accreditamento netto come definiti dalla procedura per i disavanzi eccessivi di cui al Trattato sul funzionamento dell'Unione europea» (lett. c)»³⁹.

Per quanto riguarda la sostenibilità del debito pubblico, l'art. 4, al co. 2, dispone che i documenti di programmazione nazionale «stabiliscono obiettivi relativi al rapporto tra debito pubblico e prodotto interno lordo coerenti con quanto disposto dall'ordinamento dell'Unione europea».

In definitiva, anche una volta decifrati i termini contabili (i saldi) cui i diversi vincoli corrispondono, il risultato è che sia l'equilibrio di bilancio sia il valore-obiettivo del debito corrispondono a valori che... vanno ricercati altrove⁴⁰. E non solo in atti di diritto derivato (al mo-

³⁷ Che, nonostante la vulgata corrente, ad oggi *non* include il c.d. *Fiscal Compact*, per il semplice motivo che quest'ultimo è un trattato internazionale e come tale estraneo (*rectius*: esterno) all'ordinamento comunitario. Cfr. G.L. TOSATO, *op. cit.*, 8; L. LANDI, *op. cit.*, 165; volendo, C. BERGONZINI, *op. cit.*, 172 (spec. nota 58).

³⁸ L. 243/2012, art. 2. Sul punto v. P. DE IOANNA, L. LANDI, *Politica, tecnica e democrazia: un rapporto cruciale*, in www.econpubblica.bocconi.it - Short Notes, 11/09/2012, 10 ss.

³⁹ Di «tecnica di rinvio che ricorda il gioco dell'oca» parla G. PESCE, *op. cit.*, 560.

⁴⁰ La medesima tecnica si rinviene nel prosieguo, sia per quanto riguarda le regole sulla spesa (art. 5), sia per la definizione degli eventi eccezionali in presenza dei quali l'art. 81, co. 2, Cost. consente il ricorso all'indebitamento.

mento, i regolamenti contenuti nel *Six Pack* e nel *Two pack*), ma anche, per loro tramite, alle indicazioni periodiche di Commissione e Consiglio UE, all’esito del monitoraggio sugli andamenti delle economie nazionali⁴¹; indicazioni, è bene sottolineare, tutt’altro che stabili e definitive.

Non deve ingannare, infatti, l’apparente oggettività dei limiti quantitativi⁴². Vero è che essi garantiscono un certo grado di uniformità nei riferimenti e nella valutazione delle situazioni nazionali da parte delle istituzioni europee. Tuttavia, pur essendo espressi in forma numerica, risultano da complesse operazioni di calcolo su variabili di incerta attendibilità⁴³, e sono soggetti ad un elevato margine di discrezionalità nella valutazione da parte delle istituzioni europee⁴⁴.

Dal primo punto di vista, basti pensare che, come sottolineato anche dalla dottrina economica⁴⁵, il saldo strutturale (il dato di riferimento per la valutazione sul raggiungimento dell’obiettivo di medio termine) «non è direttamente misurabile e le metodologie utilizzate per la sua costruzione presentano elementi discrezionalità, che, anche se condivisi a livello europeo, ne rendono incerta la valutazione da parte dei mercati»⁴⁶.

⁴¹ «Ad una formulazione dell’art. 81 della Costituzione italiana prettamente “nazionale” (o quantomeno priva di espressi riferimenti all’ordinamento comunitario), la legge in esame costituisce un “ponte” tra le modalità di impiego delle risorse pubbliche da parte delle p.a. (che trovano fondamento costituzionale nell’art. 97 della Carta) e gli obiettivi fissati in sede europea [...], da perseguire per il tramite delle procedure indicate nella legge stessa nella quale vengono coinvolte le autorità nazionali di bilancio»: M. NARDINI, *op. cit.*, 5.

⁴² Di «valenza falsamente rassicurante» della «idea di puntare sui vincoli quantitativi» parlava, già alla fine degli anni ’90, A. BRANCASI, *Divieto di disavanzi eccessivi e strumenti di politica di bilancio*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, 1997, 6, 1197.

⁴³ Parla espressamente di arbitrio R. ARTONI, *L’arbitrio sotto le regole: il DEF e il prodotto potenziale*, in www.eticaeconomia.it, 15/05/2014.

⁴⁴ Cfr. ancora A. BRANCASI, *op. ult. cit.*, 1199.

⁴⁵ Cfr. A. BOITANI, L. LANDI, *Europa intrappolata nel labirinto delle regole*, in www.lavoce.info, 07/10/2014.

⁴⁶ CORTE DEI CONTI, *Relazione sul rendiconto generale dello Stato 2012*, 232. Per chi volesse cimentarsi con le modalità di determinazione del saldo, v. SENATO - SERVIZIO DEL BILANCIO, *Dossier n. 55*, cit., 20 ss. Più in generale, l’eccessiva complessità del sistema di regole europee nato dalle recenti riforme è stata rilevata addirittura dal Fon-

Dal secondo punto di vista, è significativa la modalità per la determinazione dell'obiettivo di medio termine. Ai sensi del *Six Pack*, e in particolare del reg. (UE) n. 1175/2011, ciascuno Stato ha un OMT differenziato, rivisto ogni tre anni e nel caso di attuazione di riforme strutturali con impatti notevoli sulla sostenibilità delle finanze pubbliche. Gli obiettivi di medio termine devono essere fissati dal Governo (con l'approvazione parlamentare) nei Programmi di stabilità e riportati nelle relative raccomandazioni del Consiglio, secondo il meccanismo del Semestre europeo. Consiglio e Commissione valutano gli OMT tenendo conto di una serie di elementi, che vanno dalla plausibilità delle ipotesi economiche sottostanti all'adeguatezza delle misure adottate o proposte per conseguire il risultato⁴⁷. Perciò, «non un numero ma un *criterio* ordinamentale per determinare l'agognato obiettivo»⁴⁸.

In definitiva, l'essenza della riforma costituzionale si racchiude nel «rinvio finale, in bianco, ad un valore programmatico di chiusura esterno (il valore del MTO nazionale), da attribuire ad una variabile *non osservabile* (il saldo strutturale di finanza pubblica), che dipende da altre variabili *non osservabili*»⁴⁹.

Il vizio di fondo di una simile tecnica normativa è che gli indicatori economici inseriti nelle definizioni sono nati, nei rispettivi settori disciplinari, come strumenti *descrittivi*; e anche nell'ambito delle procedure di bilancio erano utilizzati, fino alla revisione del 2012, in chiave pro-

do Monetario Internazionale, che avanza alcune proposte di semplificazione in IMF, *Reforming Fiscal Governance in the European Union*, WP, 29/05/2015, in www.imf.org - *Staff Discussion Notes*.

⁴⁷ CAMERA - SERVIZIO STUDI, *Dossier n. 736/2, Disposizioni per l'attuazione del principio del pareggio di bilancio ai sensi dell'articolo 81, sesto comma, della Costituzione. Schede di lettura*, in AC 5603- *Scheda lavori preparatori - Dossier, sub Capo II*. Sul punto v. P. DE IOANNA, L. LANDI, *op. cit.*, 10 ss.

⁴⁸ G. PESCE, *op. cit.*, 560, corsivo testuale. Paradigmatico, in tal senso, il risultato di una simulazione fatta dal Centro europeo Ricerca (CER) utilizzando metodologie diverse da quelle su cui si basa la Commissione UE, all'esito della quale risulta che l'Italia nel 2014 avrebbe *già raggiunto* il proprio obiettivo di medio termine: v. CER, *Pacta servata sunt*, in www.centroeuropearicerche.it - *Rapporti CER*, 25/03/2014.

⁴⁹ P. DE IOANNA, *Categorie giuridiche e vincoli giuridici: un medium cognitivo di difficile composizione tra l'ordinamento italiano e quello dell'Unione europea*, in *Il Filangieri - Quaderno 2014*, cit., 133, corsivi testuali.

grammatica, per costruire gli scenari su cui intervenire con le manovre di bilancio, e poi – anche se in misura molto limitata in Italia – per valutare *ex post* l’adeguatezza delle politiche economiche rispetto agli obiettivi di volta in volta fissati. Trasformare *sic et simpliciter* «sentieri di previsione (regole programmatiche) in regole giuridiche numeriche [...] modifica sostanzialmente la natura di queste regole»⁵⁰, creando una sorta di ibrido difficilmente intellegibile e della cui reale portata normativa è lecito quantomeno dubitare.

6. La fase redazionale: i lavori parlamentari sulla riforma

Una domanda, allora, sorge spontanea: dal punto di vista redazionale, come si è arrivati ad un simile risultato? Le criticità appena illustrate⁵¹ sono l’inevitabile conseguenza della multidisciplinarietà del tema e dell’altissimo grado di difficoltà dei riferimenti? Le opzioni teoriche sottostanti, i nodi sostanziali, le ricadute tecniche della nuova normativa sono stati adeguatamente individuati, analizzati e risolti al momento della stesura dei testi? Insomma: il legislatore sapeva davvero cosa stava facendo e ha operato una scelta consapevole?

La risposta, purtroppo, è no. I lavori preparatori sul complesso della riforma, e in particolare della legge n. 243, rappresentano anzi una pagina indecorosa della storia parlamentare italiana, in cui temi di rilevanza cruciale sono stati affrontati con superficialità nel merito e sciatteria nelle procedure, in un clima di vera e propria frenesia, ufficialmente giustificato dall’emergenza economica, ma in realtà originato dalla profonda crisi politica che ha contrassegnato il periodo tra la fine del 2011 e i primi mesi del 2012⁵².

⁵⁰ P. DE IOANNA, *op. cit.*, 134.

⁵¹ Che peraltro, come segnalato in apertura, rappresentano solo *uno* dei numerosi fronti problematici aperti dalla riforma.

⁵² Basti pensare, da un lato, che durante la discussione della riforma costituzionale si è aperta la crisi che ha portato all’insediamento del Governo Monti, il 16 novembre 2011; dall’altro lato, che tutto l’iter della l. n. 243 si è svolto sotto la spada di Damocle dell’urgenza di licenziare il provvedimento, e non entro il termine previsto dalla norma costituzionale (28 febbraio 2013), ma prima del decreto presidenziale di scioglimento

Pochissimi parlamentari hanno mostrato la necessaria consapevolezza delle difficoltà (e al contempo delle potenzialità) insite sia nella riforma costituzionale, sia nella sua attuazione. I pur meritori tentativi di approfondimento e riflessione si sono però dispersi in *itineraria legis* che hanno seguito un andamento francamente ai limiti dell'incredibile: fase decisionale concentrata esclusivamente alla Camera; tempi ridotti e rigidamente predefiniti⁵³; confronto limitato, di fatto, al primo passaggio in sede referente presso la Commissione bilancio (della Camera); dominio assoluto della medesima Commissione (*rectius*: dei relatori) sui lavori d'Assemblea; approvazione pressoché unanime, preceduta da dichiarazioni di voto tanto intrise di retorica quanto povere di contenuti.

Non è questa la sede per dilungarmi⁵⁴ sulla valutazione di una vicenda che può essere definita solo come l'ennesima, avvilita abdicazione del Parlamento italiano al proprio ruolo, per di più in un frangente come una revisione costituzionale della portata di quella del 2012. Mi limito invece a riportare un fatto, che consente di spiegare almeno in parte le caratteristiche testuali della legge n. 243.

Come emerge dai resoconti delle sedute, la Commissione Bilancio della Camera ha svolto la fase referente su un testo frutto dell'istruttoria svolta da un gruppo di lavoro creato nel mese di maggio 2012⁵⁵ proprio «per contribuire all'elaborazione della legge rafforzata»⁵⁶. Tale gruppo di lavoro era composto di «esperti della Corte dei conti, del Ministero dell'economia e delle finanze, della Banca d'Italia, dell'ISTAT e dei servizi tecnici parlamentari» e «ha concluso i propri lavori nel mese di settembre, con l'elaborazione di un documento finale», che tuttavia non

delle Camere, che è stato firmato il 22 dicembre 2012, cioè due giorni dopo l'approvazione definitiva della legge presso il Senato.

⁵³ Un dato per tutti: l'esame della legge n. 243 presso il Senato è stato esaurito in *un giorno* (20 dicembre 2012), nel quale si è adempiuta la formalità del passaggio in Commissione e immediatamente dopo l'Assemblea, già impegnata nella sessione di bilancio e contemporaneamente nella conversione del c.d. Decreto Ilva (n. 207/2012), ha approvato il testo *in meno di un'ora e mezzo*.

⁵⁴ Per un'analisi approfondita sia consentito rinviare a C. BERGONZINI, *op. cit.*, 161 ss.

⁵⁵ Quindi immediatamente dopo l'approvazione, a metà aprile, della riforma costituzionale.

⁵⁶ Camera, Commissione V (Bilancio), res. somm. sed. 6/12/2012, 19, Duilio, da cui anche le citazioni che seguono nel paragrafo.

è mai stato pubblicato. Così come, ovviamente, non sono pubblici i verbali delle riunioni. I lavori parlamentari sono quindi stati avviati su un progetto di legge predisposto da tecnici di diversa provenienza e già sostanzialmente definito, al punto che all’apertura dell’esame preliminare uno dei relatori ha indicato solamente tre questioni «ancora aperte»: tutto il resto era già stato deciso altrove, ed è stato semplicemente *ratificato* dal Parlamento.

A parte la gravità del dato sul piano democratico, mi pare che esso sia decisivo nel comprendere il motivo per cui i principi costituzionali e le loro definizioni, contenute nella legge di attuazione, richiedono un notevole sforzo interpretativo anche solo per individuarne con una certa approssimazione il significato⁵⁷.

7. Conclusioni

Da una prospettiva di sistema, il risultato della fretolosità con cui si è messo mano alla revisione costituzionale (e della conseguente assenza di dibattito parlamentare, mediatico, pubblico in generale)⁵⁸ è, come anticipavo in apertura, quello di aver delegato praticamente per intero all’attività interpretativa il compito di integrare nell’ordinamento giuridico le nuove nozioni introdotte nel 2012⁵⁹.

⁵⁷ «La lettera degli articoli di legge [...] non fornisce gli strumenti cognitivi necessari per comprendere il funzionamento della regola dell’equilibrio di bilancio, per esempio. [...] L’esegesi richiede necessariamente la conoscenza non superficiale della complessa normativa europea del PSC-III, con le sue nozioni, meccanismi e procedure»: L. LANDI, *«Pareggio di bilancio» oppure «equilibrio di bilancio»*, cit., 183.

⁵⁸ Si conferma sorprendentemente attuale, da questo punto di vista, la classificazione delle funzioni parlamentari proposta da W. BAGEHOT, *The English Constitution*, London, 1867, trad. it *La Costituzione inglese*, Bologna, 1995 (da cui le citazioni che seguono), con particolare riferimento alle funzioni «pedagogica», per cui il Parlamento deve «insegnare alla nazione ciò che non sa» (143), e «informativa», per cui «un grande dibattito in Parlamento *fa* penetrare i suoi sentimenti in ogni cosa» (144, corsivo testuale).

⁵⁹ La presenza nel testo costituzionale di definizioni “da riempire” in via interpretativa (dal legislatore o dai giudici), non è di per sé una novità, né un’anomalia, anzi: richiama immediatamente la categoria delle clausole generali. Nel caso in questione c’è,

Il fenomeno è già particolarmente evidente nella giurisprudenza costituzionale, in cui è riemerso con prepotenza il problema delle c.d. “sentenze di spesa”⁶⁰: come dovrebbe agire il Giudice delle leggi, quando da una sua sentenza di illegittimità costituzionale possono derivare, a carico dello Stato, conseguenze economiche di dimensioni tali da incidere sui saldi del bilancio pubblico? A livello teorico, il problema può porsi in tre distinte ipotesi, ossia quando le questioni riguardano⁶¹: (i) le leggi tributarie e, in generale, le leggi di entrata; (ii) le leggi che allocano risorse, cioè le c.d. leggi di spesa e, tra queste, (iii) le leggi che definiscono il contenuto di diritti di prestazione, soprattutto se si tratta di prestazioni previdenziali.

Com'è noto, nell'ultimo anno tutte e tre le ipotesi si sono concretizzate, e sono state affrontate dalla Corte con esiti alterni⁶², dai quali non è ancora possibile trarre sicure indicazioni sistematiche. In attesa che la giurisprudenza costituzionale si assesti, si può però segnalare il rischio

però, una notevole differenza, perché espressioni come “sicurezza pubblica”, “utilità sociale”, “buon costume”, ecc. sono comunque racchiuse in disposizioni dal contenuto molto preciso, e consentono al testo di adattarsi all'evoluzione storico-sociale. La loro “indefinitezza” è quindi il frutto di una precisa – e lungimirante – volontà normativa. Al contrario, nel caso della revisione del 2012 tutti gli elementi, sia procedurali sia di merito (a partire dall'uso di due nozioni diverse nel titolo e nel testo: v. *supra*, par. 2) convergono verso la conclusione opposta, cioè di un legislatore costituzionale che, ben lungi dal possedere una visione lucida e informata delle questioni in gioco, da un lato si è affidato a “terzi”, tecnicamente competenti ma privi di legittimazione democratica, dall'altro ha sfruttato ogni possibilità di rinvio: in senso tecnico, come si diceva, all'ordinamento dell'Unione e al legislatore ordinario e in senso ampio agli interpreti in generale, con le conseguenze tratteggiate nel testo.

⁶⁰ AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81 u.c. della Costituzione. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 8 e 9 novembre 1991*, Milano, 1993.

⁶¹ V. ONIDA, *Giudizio di costituzionalità delle leggi e responsabilità finanziaria del Parlamento*, in AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale*, cit., 30.

⁶² Il riferimento è alle ormai note sentenze n. 10/2015 (*Robin Tax*), n. 70/2015 (perequazione delle pensioni) e n. 178/2015 (blocco della contrattazione nel pubblico impiego), che hanno immediatamente suscitato un acceso dibattito dottrinale ben rappresentato dalle principali riviste telematiche, in continuo aggiornamento. Per motivi di spazio, mi limito quindi a rinviare alle relative sezioni di *Forum dei Quaderni costituzionali*, *Federalismi.it* e *Consulta Online*.

di un equivoco concettuale proprio sull’interpretazione del principio di equilibrio, e in particolare sulla *natura politica* o *giuridica* (nel senso minimo di “sanzionabile”, o “azionabile”) del vincolo da esso imposto.

Ebbene, se la ricostruzione poco sopra proposta corrisponde al vero, ne consegue che l’equilibrio dei bilanci (così come il livello di sostenibilità del debito) è un *obiettivo politico*, concordato dal Governo a livello europeo e *non sanzionabile in via giurisdizionale*, nemmeno dalla CGUE⁶³.

E se di obiettivo politico si tratta, allora è *al legislatore e non alla Corte costituzionale* che esso viene imposto⁶⁴.

La conclusione sembra trovare riscontro anche sul piano testuale. Dato che l’art. 81 Cost. prescrive, al co. 1, l’equilibrio tra le entrate e le spese e, al co. 3, l’obbligo di copertura dei nuovi o maggiori oneri, tali vincoli non possono che ricadere sui soggetti legittimati a manovrare su *entrambe le voci* (quindi anche dal lato delle entrate) e non certo su un giudice chiamato a vagliare – per di più solitamente *ex post* – la legittimità costituzionale dei risultati normativi delle relative valutazioni.

Ragionando da questa prospettiva, mi sembra che perda di consistenza la polemica, riaccesa dalle recenti sentenze, sulla pretesa necessità che sia la Corte stessa a doversi preoccupare di coprire (o limitare) gli eventuali “buchi di bilancio” originati da decisioni di illegittimità: alla Corte spetta la valutazione della ragionevolezza delle scelte legislative, non la supplenza dei decisori politici in merito all’allocazione delle risorse.

Ciò non significa, ovviamente, che il Giudice delle leggi si debba disinteressare delle conseguenze pratiche delle proprie decisioni, arroccandosi in una sorta di empireo giuridico. Mi pare però che, impostata così la riflessione, i problemi che si aprono – o si accentuano – siano diversi da quello che ha sinora catalizzato l’attenzione collettiva.

⁶³ La conseguenza del mancato rispetto dei parametri era e resta infatti, anche dopo le modifiche del 2011-2013, l’eventuale apertura di una procedura di infrazione per deficit eccessivo, che si svolge sul piano politico ed è perciò soggetta a valutazioni del tutto discrezionali.

⁶⁴ Sul punto, commentando Corte cost. n. 10/2015, R. BIN, *Quando i precedenti degradano a citazioni e le regole evaporano in principi*, in www.forumcostituzionale.it.

Da un lato, emerge ormai in modo cristallino che la causa prima di questioni come quelle oggetto delle citate sentenze del 2015 è la pessima qualità delle norme, quasi sempre approvate con decreto legge, che pure per Costituzione dovrebbe essere uno strumento eccezionale (art. 76 e art. 77 Cost.)⁶⁵. La Corte si trova così a giudicare testi che, sotto un *brand* accattivante e pur con una *ratio* teoricamente condivisibile, sono innanzitutto *scritti male*, spesso guardando solo alle immediate esigenze di cassa e senza alcuna considerazione per gli altri interessi coinvolti. È noto come il giudice costituzionale italiano sia da sempre molto cauto sulla possibilità di sindacare il vizio formale, per non rischiare accuse di invasione dell'autonomia parlamentare. Le recenti esperienze (e la dottrina ormai unanime) suggeriscono, però, che potrebbe essere arrivato il momento di cambiare atteggiamento.

Dall'altro lato, mi pare stia assumendo nuova e maggiore rilevanza il problema della carenza di attività istruttoria da parte della Corte, o quantomeno della carenza di motivazione sui profili economico-finanziari⁶⁶. Anche in questo caso si tratta di una questione di sistema, e tutt'altro che pacifica in dottrina. In questa sede mi limito solo a tratteggiare i contorni.

⁶⁵ Comune soprattutto alle sentt. 10 e 70 del 2015 è l'atteggiamento di diffidenza della Corte nei confronti del legislatore, e di (implicita ma ben visibile) censura del degrado e della sciatteria che caratterizzano la funzione legislativa ormai da diversi anni, con un netto peggioramento dall'inizio della crisi economica. Si spiegano così sia la scelta di limitare gli effetti della sentenza n. 10, sia la decisione della n. 70 di intervenire in modo tanto drastico a tutela delle pensioni: in entrambi i casi la Corte ha ritenuto (non rileva adesso se a torto o a ragione) che fossero a rischio i principi fondamentali della Costituzione (art. 2 e art. 3), e "non si è fidata" dei decisori politici per assicurarne la garanzia.

⁶⁶ Nella sentenza n. 70 si è trattato di una scelta esplicita, che è stata uno dei principali motivi di contrasto con il Governo. Ma anche nella sentenza n. 10, per cogliere il problema basta guardare al principale argomento su cui si basa la limitazione degli effetti retroattivi, cioè l'affermazione secondo cui una dichiarazione di illegittimità "tradizionale" avrebbe comportato la necessità di una «manovra finanziaria aggiuntiva» (con tutte le paventate conseguenze sui principi di solidarietà e di eguaglianza). Su quali analisi è basata la conclusione relativa alle conseguenze finanziarie? Sul punto, la motivazione è del tutto apodittica.

Vero è che la Corte non è attualmente dotata di un ufficio studi specializzato nelle materie economico-finanziarie. Nondimeno, essa dispone di ampi poteri per l’acquisizione di atti e documenti, «anche in deroga ai divieti stabiliti da altre leggi» (art. 13 l. n. 87/1953): potrebbe quindi rivolgersi all’esterno⁶⁷. La prima, ricorrente obiezione alle proposte di ampliamento dell’attività istruttoria della Corte è insomma pragmatica e ragionevole, ma sembra superabile, soprattutto nel nuovo quadro costituzionale.

La vera obiezione è quindi un’altra, ben più radicata, e racchiusa in una recente dichiarazione del Presidente Criscuolo in merito alla sent. n. 70⁶⁸: «Non erano dati di cui disponevamo. E poi noi non facciamo valutazioni di carattere economico». La Corte potrebbe, ma non lo fa, almeno oggi.

La domanda è: dovrebbe? O, in altre parole: posto che uno dei primi requisiti per un’efficace politica economica è proprio la disponibilità (e l’uso) di dati chiari, precisi ed affidabili⁶⁹, come può il Giudice costituzionale svolgere un’adeguata valutazione di ragionevolezza delle scelte legislative se non ha un quadro il più possibile completo ed affidabile dei dati e dei contesti di riferimento? In questa prospettiva, chiedere alla Corte di svolgere un’istruttoria approfondita, se gli elementi forniti dal giudice *a quo*, dal Governo e dalle parti non sono sufficienti, e in ogni caso di darne esplicitamente (e perfino analiticamente) conto in motivazione non significa in alcun modo forzarla a svolgere un ruolo politico, né tentare di limitarne l’autonomia, ma solo di basare le proprie decisioni su argomentazioni solide e documentate⁷⁰.

⁶⁷ Ad esempio al neonato Ufficio Parlamentare di Bilancio, istituito proprio a seguito della riforma costituzionale del 2012 (art. 5, comma 1, lett. f) della l. cost. n. 1/2012).

⁶⁸ Nel corso di un’intervista rilasciata in risposta alle contestazioni del Governo: A. CAZZULLO, *La difesa dei giudici della Corte*, in *Corriere della Sera*, 21 maggio 2015, 1 e 10.

⁶⁹ È una premessa logica, oltre che ampiamente dimostrata nella letteratura internazionale: cfr. BCE, *Importanza ed efficacia dei quadri di riferimento nazionali per la finanza pubblica nell’UE*, in www.bancaditalia.it (pubblicazioni BCE - Bollettino mensile febbraio 2013), 73.

⁷⁰ Questo potrebbe contribuire, tra l’altro, a rendere più prevedibile la sua giurisprudenza, con tutto vantaggio della certezza del diritto, e meno attaccabili le singole sentenze, con tutto vantaggio del clima istituzionale.

Molto più a rischio di “sconfinare nel politico” sembra, in conclusione, l’atteggiamento sinora adottato dal Giudice costituzionale, che parla di «equilibrio», ma sembra ragionare in realtà – quando si limita al problema di neutralizzare (o limitare) gli effetti onerosi delle proprie sentenze – in termini di «pareggio». Alla luce di quanto detto sinora, mi pare che proseguire in questa direzione, oltre a perpetuare l’ambiguità concettuale che ho tentato di chiarire, finirebbe per proiettare la Corte nel gorgo delle polemiche politico-mediatiche ogni volta che si troverà (com’è prevedibile che in futuro succeda spesso) a dover decidere su questioni economiche, ad altissimo impatto sociale.

IL PROBLEMA DI DEFINIRE LA VITA NASCENTE

Marco Rizzuti

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Vita e vitalità. 3. La forma umana. 4. La nascita artificiale. 5. Dal concepito all'embrione.

1. Premessa

La dialettica fra la necessità di limitare gli ambiti applicativi delle regole e l'antico ammonimento sulla pericolosità delle definizioni, presente in ogni campo del diritto, assume speciale pregnanza quando si tratta addirittura di stabilire il confine della persona, e quindi del "diritto di avere diritti"¹. Così, la questione di stabilire che cosa intendere per nascita ha sempre occupato i giuristi, ponendo problemi di ardua soluzione, anche per le inevitabili ricadute extragiuridiche. Sembra, però, opportuno ricordare che questa plurisecolare vicenda ha preso l'avvio da considerazioni strettamente tecniche, molto prima che da queste si pervenisse a definizioni generali o a meditazioni sui loro fondamenti bioetici. Lo si può evincere da una rapida rassegna delle fonti romane, dalla cui rielaborazione derivano le componenti della nota formula, messa a dura prova dalla rivoluzione biotecnologica, del "distacco naturale o artificiale di un essere umano vivo dall'alveo materno".

In esse non troveremo nulla che assomigli ad una dogmatica degna dell'ammissione nel cielo dei concetti di jheringhiana memoria², ma solo risposte casistiche e pragmatiche a specifiche questioni, talvolta affrontate grazie a quelle che allora si presentavano come le più accreditate espressioni delle scienze biomediche. Invero, ai romani non interessava costruire quella che noi chiameremmo una definizione generale

¹ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012.

² R. VON JHERING, *Serio e faceto nella giurisprudenza*, trad. it. con introduzione di F. Vassalli, Firenze, 1954, 269 ss.

dell'istituto, ma individuarne i confini rispetto ad altre fattispecie, qualora si presentassero ipotesi dubbie, e, non a caso, l'etimo di *definitio* richiama palesemente questa *actio finium regundorum* intellettuale.

Nella sostanza, furono due i problemi che spinsero gli antichi interpreti a definire il fatto giuridico della nascita, cioè appunto a tentare di precisarne i confini di fronte a casistiche incerte, per stabilire se applicarvi determinate regole. Il primo atteneva al diritto ereditario: poiché, qualora un padre non avesse istituito o espressamente diseredato i figli, il testamento era *ruptum*, la nascita di un postumo poteva sconvolgere l'intera vicenda successoria, per cui occorreva essere precisi nello stabilire se considerarlo nato³. Il secondo riguardava gli importanti benefici che la legislazione demografica augustea riservava a chi avesse generato un certo numero di figli: anche per attribuire lo *ius trium liberorum* diveniva, così, essenziale precisare quali eventi concorressero al raggiungimento del numero richiesto⁴.

2. Vita e vitalità

Iniziando l'analisi da quelle che sembrano essere sempre state le problematiche più ricorrenti, si comincerà col ricordare come venne escluso che potessero rompere il testamento del padre premorto, o essere conteggiati ai fini dello *ius liberorum*, gli aborti ed i nati morti⁵,

³ Già in età arcaica l'*interpretatio* della legge decemvirale qualificava il postumo, nato entro dieci mesi dal decesso del padre, come *suus heres* (cfr. G. GANDOLFI, *Nascita, storia*, in *Enc. dir.*, Milano, 1977, 508). La drammaticità di tali vicende ben si evince dal caso della donna milesia che i chiamati all'eredità corruperono perchè abortisse il figlio del *de cuius* (CICERO, *Pro Cluentio*, 11.32).

⁴ Secondo le *leges Iuliae de maritandis ordinibus* e *Papia Poppaea*, integrate dal *senatus consultum Tertullianum* di età adrianea, lo *ius liberorum*, oltre ad attribuire onori e vantaggi fiscali, migliorava la posizione successoria dei genitori, liberava la donna dalla tutela muliebre e faceva acquistare la *civitas* ai latini (cfr. R. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*, Padova, 1996).

⁵ PAULUS, *ad legem Iuliam et Papiam*, 1 (D.50.16.129): «Qui mortui nascuntur, neque nati neque procreati videntur, quia numquam liberi appellari potuerunt» (cfr. *mutatis mutandis* Cass., 10 luglio 1940, n. 2243, in *Giur. It.*, 1940, 830 ss.); *Pauli Sententiae*, 4.9.6: «Aborsus et abactus venter partum efficere non videtur».

mentre si stabiliva che il successivo, per quanto rapido, decesso del nato vivo non avrebbe sanato tale testamento⁶ né fatto perdere ai genitori i benefici conferiti dalle leggi augustee. Il problema era, però, appunto quello di provare che il neonato subitaneamente deceduto fosse davvero nato vivo: pare che i giuristi romani disputassero, e che alcuni, richiamando le concezioni scientifiche dell'epoca sull'animazione⁷, assumessero come riferimento un'attività del neonato direttamente connessa con la respirazione, ed al tempo stesso di facile percezione, quale l'emissione del primo vagito⁸. Prevalse, però, l'idea che la vita del neonato fosse elemento sufficiente per considerare verificatasi la nascita, anche in assenza del vagito e pure quando, in ragione della sua prematurità o della evidente debilitazione, fosse pressoché certo che egli sarebbe deceduto in breve tempo⁹.

Al contrario, secondo le antiche consuetudini germaniche, si considerava nato un figlio, lo si accoglieva nella famiglia e gli si dava un nome, solo qualora ci fosse una ragionevole aspettativa che avrebbe continuato a vivere. Dopo le grandi migrazioni, tale approccio ha esercitato, quindi, una certa influenza sul diritto medievale, in cui emerse come requisito della nascita, accanto al dato concreto della *vita*, su cui si erano concentrati i romani, anche quello della *vitae habitas*, astrazione concettuale che indica, appunto, la concreta possibilità di soprav-

⁶ *Imp. Diocl. et Maxim. AA. et CC. Sotericho*, 294 d.C. (C.6.29.2): «Uxorū abortu testamentum mariti non solvi, postumo vero praeterito quamvis natus ilico decesserit, non restitui ruptum iuris evidentissimi est».

⁷ Nella concezione materialistica seguita da stoici ed epicurei l'anima è composta di atomi aerei che penetrano nel corpo col primo respiro: cfr. PLUTARCHUS, *De Stoicorum repugnantibus*, 41, 1052f (SVF, II, 806), con riguardo al Περὶ Ψυχῆς di Crisippo; nonché LUCRETIUS, *De rerum natura*, III, 425 ss., e PORPHYRIUS, Πρὸς Γαυρον περὶ τοῦ πῶς ἐμψυθύνεται τὰ ἐμβρυα, *passim*.

⁸ Sarebbe stata la tesi dei Proculiani che, secondo G. IMPALLOMENI, *Vitalità e forma umana come requisiti essenziali della personalità*, in *Iura*, 1971, 99 ss., equiparavano all'aborto il nato vivo ma non vitale, perché frutto di una gestazione durata troppo poco, cioè, stando a Pitagora ed Ippocrate, meno di 182 giorni.

⁹ Era la tesi dei Sabiniani, approvata da ULPIANUS, *ad Sabinum*, 9 (D.28.2.12): «Quid tamen, si non integrum animal editum sit, cum spiritu tamen, an adhuc testamentum rumpat? Et tamen rumpit», e poi da Giustiniano (C.6.29.3): «si vivus natus est, etsi vocem non emisit, ruptum testamentum apparet».

vivenza del partorito, in considerazione della durata della gestazione (vitalità propria) o di altre condizioni patologiche (vitalità impropria)¹⁰.

Nelle codificazioni moderne, anche per il tema in esame si verificò l'apparentemente anomalo ma frequentissimo fenomeno, per cui quelle tedesche sono rimaste fedeli all'impostazione romanistica, pur ricostruendone i contenuti in maniera più dogmatica¹¹, mentre quelle di impronta napoleonica hanno conservato elementi germanistici, fra cui il concetto di vitalità¹². Quanto ai codici italiani, come in altri casi, si assistette nel 1865 alla passiva recezione delle formulazioni francesi e nel 1942 allo sforzo di correggerne quegli aspetti che, ad una dottrina condizionata dal modello tedesco, apparivano come irrazionali fonti di incertezza¹³. Così, al nostro ordinamento dovrebbe bastare che il partorito sia stato vivo, anche per un istante, perché si producano gli effetti giuridici della nascita, e l'accertamento può essere rimesso al medico lega-

¹⁰ Per Visigoti e Franchi occorre una sopravvivenza di nove notti dal parto, mentre gli Alamanni esigevano che il neonato aprisse gli occhi e che i vagiti fossero uditi dai testimoni maschi in una stanza vicina. La tesi della vitalità fu poi accolta da P. di Castro, J. Cuiacio, G.B. De Luca e R.J. Pothier (cfr. G. GANDOLFI, *op. cit.*, 516).

¹¹ F.C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. a cura di V. Scialoja, Torino, 1888, II, 388, sosteneva la tesi della vita, e B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. it. a cura di C. Fadda e P. E. Bensa, Torino, 1930, I, 154 n. 8, quella della vitalità. Fu, però, la prima posizione ad essere accolta nei § 22 e 23 *ABGB*, nel § 1 *BGB* e nell'art. 31 *ZGB*.

¹² Il *Code* accolse la categoria della vitalità per un'esigenza di coordinamento, in quanto si ritenne di doverla richiamare nelle norme sulla capacità successoria, dopo averla impiegata per precludere il disconoscimento di paternità, a tutela dell'onorabilità della madre, nel caso in cui il parto avesse seguito troppo rapidamente le nozze, ma il difetto di vitalità del partorito, indice di prematurità, lo rendesse compatibile con un concepimento legittimo (cfr. G. GANDOLFI, *op. cit.*, 517).

¹³ L'art. 724 del Codice Pisanelli esigeva la vitalità per l'acquisto della capacità giuridica, ma ne agevolava la prova presumendola in tutti i nati vivi. Con riguardo all'art. 1 del nuovo Codice la *Relazione al Re* giustificava la scomparsa di tale requisito con la difficoltà pratica di distinguere il nato non vitale da quello vitale subito deceduto per altre cause. Alla base della scelta non vi era, dunque, un afflato per l'eguaglianza di tutte le vite umane, certamente lontano dalla sensibilità dei redattori di una norma che, al comma 3, aveva sancito la limitabilità della capacità giuridica per ragioni razziali.

le, che con la docimasia polmonare dovrà verificare se l'aria sia mai penetrata nei polmoni del neonato¹⁴.

Com'è noto, la formula originaria dell'art. 1, comma 1, cc è tuttora in vigore, ma ciò non toglie che il quadro sistematico si sia profondamente modificato, ponendo problematici dilemmi agli interpreti. Da una parte, la vitalità è rientrata nell'ordinamento giuridico dalla finestra della legge sull'interruzione volontaria della gravidanza, in cui la "possibilità di vita autonoma" del feto vale a ridurre drasticamente le ipotesi di praticabilità dell'intervento, e ad attivare il dovere del medico di prestare soccorso alla persona abortita¹⁵. Dall'altra, se continua a mancare un'espressa definizione della nascita o della vita, ne abbiamo adesso una del suo contrario, ovvero della morte, che si impernia tutta sul venir meno non già della funzione respiratoria ma di quella cerebrale¹⁶. Soprattutto, è mutato, per effetto del progresso tecnologico, il contesto in cui operano tali definizioni giuridiche: le terapie intensive offrono prospettive concrete anche a quei nati che in passato si sarebbero considerati non vitali, per cui l'eventualità della sopravvivenza dei grandi prematuri è ormai entrata nella normalità¹⁷. Sono, quindi, sorte nuove responsabilità in capo al medico, che non deve solo constatare la condizione del partorito, ma decidere quali di queste terapie attivare¹⁸.

¹⁴ Cfr. F. SCARDULLA, *Nascita, dir. civ.*, in *Enc. dir.*, 1977, Milano, 521 ss.; così Trib. Varese, 14 marzo 2012, in *Dir. Fam. Pers.*, 2012, 1677, ha escluso dal danno iatrogeno risarcibile ai genitori quello derivabile *iure hereditatis* dal figlio, una volta accertato che quest'ultimo era nato morto.

¹⁵ Cfr. art. 7, comma 3, l. 22 maggio 1978, n. 194.

¹⁶ Invero può stupire che per accertare la vita del neonato si faccia riferimento al criterio respiratorio (con inconsapevole omaggio a Crisippo), invece che a quello encefalico valido per ogni altro decesso ai sensi della l. 29 dicembre 1993, n. 578.

¹⁷ L'art. 2 del d. lgs. 15 giugno 2015, n. 80, attuando l'art. 1 della l. 10 dicembre 2014, n. 183 (c.d. *jobs act*), ha modificato l'art. 16 d. lgs. 26 marzo 2001, n. 151, per precisare che, se il parto ha luogo prima dell'inizio dell'astensione obbligatoria dal lavoro per maternità, il periodo intercorrente fra la nascita e tale data si aggiunge al congedo calcolato in base al parto presunto, anche ove la durata complessiva superi i cinque mesi previsti in via ordinaria.

¹⁸ A.M. CASTELLANA, *Neonato altamente prematuro e responsabilità penali del medico*, in *Atti del LXIX Congresso S.I.G.O.*, Padova, 1993, 248 ss., sostiene che, siccome il medico è tenuto al soccorso dell'abortito solo se è vitale, analogamente si deve escludere una sua responsabilità per omicidio omissivo, qualora non ricorra alle

3. *La forma umana*

Da sempre l'umanità si confronta con l'eventualità che venga al mondo un neonato vivo e vitale, ma palesemente connotato da gravi anomalie. Nelle età più arcaiche tale ipotesi era attratta nella sfera degli eventi soprannaturali, considerati come segnali dell'ira divina, ed il *monstrum* veniva soppresso secondo determinati rituali, con cui la collettività si purificava dalle colpe che quella collera dovevano aver provocato¹⁹. Peraltro, gli antichi legislatori, per preservare l'efficienza degli eserciti cittadini e non gravare le loro fragili economie con esseri improduttivi, imponevano l'immediata eliminazione dei più deboli²⁰. Nell'epoca classica del diritto romano, comunque, tutto ciò apparteneva al passato: in un contesto benestante e secolarizzato appariva ancora normale che un genitore sopprimesse per ragioni utilitaristiche i figli malati²¹, ma quanti raggiunsero l'età adulta rischiavano di incorrere

terapie intensive per prolungare l'esistenza del non vitale spontaneamente partorito. Perciò anche alcuni civilisti propongono di assumere la vitalità come definiente della nascita, e della capacità giuridica, con la problematica conseguenza che i genitori del non vitale potrebbero decidere di negare le terapie intensive, laddove queste consentano la sopravvivenza ma con il rischio di gravi lesioni (cfr. P. ZATTI, *Questioni della vita nascente*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2010, II, II, 1307 ss.; G. FERRANDO, *Nascere per il diritto. Grandi prematuri e decisioni di inizio vita*, in *NGCC*, 2009, II, 97 ss.). Si sfiora così la proposta di rinviare l'acquisto della capacità giuridica, per consentire ai genitori di disporre della vita del partorito, come propongono P. Singer ed altri, in quella che è stata definita una «raggelante letteratura» (P. RESCIGNO, *La nascita*, in *Tratt. Biodiritto*, cit., II, II, 1741).

¹⁹ L'etimo di termini come *monstrum*, *ostentum*, *portentum*, *prodigium* rinvia all'idea del monito, del presagio. Episodi di parti mostruosi, per le deformità o il numero di nati o il giorno infausto dell'evento, con gli aruspici che dispongono l'annegamento del partorito per non contaminare il suolo patrio, abbondano in Tito Livio e Giulio Osequente (cfr. F. MAROI, *L'interpretazione dei monstra nella legislazione decemvirale secondo G.B. Vico*, Roma, 1925; M. LENTANO, *Sbatti il mostro in fondo al mare*, in *Quad. Ramo d'Oro*, 2010, 292 ss.; C. TERRENI, *Quae Graeci παντασματα vocant*, Pisa, 2013, 55 ss.).

²⁰ La Gherusia spartana esaminava i neonati e quelli indegni di vivere venivano abbandonati nel Taigeto (PLUTARCHUS, *Vita Lycurgi*, 16.1-2), mentre a Roma per la *Lex XII Tabularum*, IV.1: «cito necatus insignis ad deformitatem puer esto».

²¹ SENECA, *De ira*, 1.15.2: «liberos quoque, si debiles monstrosique editi sint, mergimus; nec ira sed ratio est a sanis inutilia secernere». Del resto, nel mondo greco-

non tanto in pregiudizi religiosi o desuete leggi eugenetiche, quanto piuttosto nella morbosa curiosità di una società propensa ad ogni forma di spettacolarizzazione²². Anche l'approccio dei *prudentes* al tema appare scevro dalle arcaiche credenze, quando trattano con riguardo a queste nascite le predette problematiche giuridiche. La controversa tematica era affrontata con variabili classificazioni degli *ostenta*, tese a separare i casi in cui un certo grado di anormalità non impediva di riconoscere l'umanità del partorito, che acquisiva quindi la capacità successoria, da quelli in cui la creatura venuta al mondo andava considerata come prevalentemente animalesca e non poteva acquistare nulla, benché il parto giovasse comunque ai genitori, che i loro doveri verso la patria avevano evidentemente adempiuto, e, in una prospettiva razionalistica, non erano più considerati responsabili per l'esito della vicenda²³.

romano lo *ius exponendi* rientrava fra le prerogative dei padri e destava anzi meraviglia che gli Egizi tenessero tutti i figli (*Aristotelis Fragmenta*, 258, 1525a, 37 ss.), per cui non è apparsa credibile l'affermazione di Dionigi di Alicarnasso (II, 15, 1-2) secondo cui Romolo avrebbe limitato tale diritto appunto al caso in cui il neonato fosse stato «*αναπηρον η τερας*» (cfr. E. VOLTERRA, *Esposizione dei nati, diritto greco e romano*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1960, VI, 878).

²² O. LONGO, *La damigella di Epidauro*, in *L'universo dei Greci*, Padova, 2000, 55 ss., analizza come Diodoro Siculo (XXXII, 10-11), criticasse dal punto di vista della scienza ellenistica le superstizioni su *τερατα* quali gli ermafroditi, di cui PLINIUS, *Naturalis Historia*, VII, 34, scriveva «*olim ... in prodigiis habitos, nunc vero in deliciis*». Altrettanto si sarebbe potuto dire per altre categorie, poiché la moda di usare nani, deformi e disabili mentali per destare ilarità si era così diffusa da far sviluppare nel mercato degli schiavi una speciale *τερατων αγορα* con prezzi più alti (cfr. A. MAIURI, *Enorme monstrum: deformità e difformità nel mondo greco-romano*, in *Venuste noster: scritti offerti a L. Gamberale*, Zurich, 2012, 535 ss.).

²³ Labeone, Paolo e Ulpiano proposero vari criteri, accettando, ad esempio, come *persona* il nato con un dito in più o l'ermafrodito, e forse pure i siamesi, ma non chi soffriva della sindrome di *elephant man*, ed i giustinianeï (*D.50.16.135*), rielaborando regole sull'ormai desueto *ius liberorum*, ammisero che il parto del *monstrum* animale potesse giovare alla madre anche ad altri fini, come considerare avverata la condizione della perdita di un figlio per consentire alla donna di adottarne un altro *indulgentia principis* (cfr. G. IMPALLOMENI, *op. cit.*, 114 ss.; D. DALLA, *Status e rilevanza dell'ostentum*, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, Napoli, 1984, II, 519 ss.; O.M. PETER, *Olim in prodigiis, nunc in deliciis*, in *Iura antiqua, iura moderna. Festschrift für F. Benedek*, Pecs, 1991, 209; C. TERRENI, *op. cit.*, 82 ss.).

La dimensione religiosa del problema tornò, invece, ad essere centrale in età medievale: i teologi discutevano se la creatura priva di sembianze umane avesse un'anima, ed i giuristi si basarono sulla tesi negativa per trarne conseguenze inquietanti²⁴. Del resto, anche nelle prime costruzioni moderne del concetto di capacità giuridica generale si precisava spesso che i *monstra*, non essendo umani, ne sono privi²⁵. Nell'era delle codificazioni, invero, il tema non sembra aver suscitato grande interesse²⁶, ma alcuni legislatori hanno ripreso l'impostazione romanistica e collocato tra i requisiti della nascita la forma umana²⁷, mentre, laddove un espresso richiamo manchi, i giuristi si sono chiesti se considerarlo implicito nel riferimento alla nascita, appunto, di un uomo²⁸.

²⁴ Secondo AUGUSTINUS, *Enchiridion*, 23.87, il *monstrum* aveva l'anima e con la resurrezione avrebbe ricevuto anche la forma umana, ma B. degli Ubaldi, richiamando altra Patristica, scriveva «Quod non habet corpus hominis, animam hominis non praesumitur habere», G. del Maino dubitava che uccidere il «segnato da Dio» fosse omicidio (cfr. G. GANDOLFI, *op. cit.*, 516), e T. SANCHEZ, *De S. matrimonii sacramento*, Antuerpiae, 1614, III, fol. 235a, esimeva la moglie immonda dal *debitum coniugale*, poiché i medici ritenevano che in quei giorni il rischio di prole mostruosa aumentasse.

²⁵ Secondo H. GROTIUS, *Institutiones Juris Hollandici*, Delf, 1657, § 5: «Homines nati dicuntur, quorum corpus ad mentem sanam possidendam capax est. Monstra et portenta hominibus non adnumerantur: quare in his regionibus statim suffocare solemus», e analoga era la posizione di A.F.J. THIBAUT, *System des Pandekten-Rechts*, Jena, 1803, 141-143 (cfr. P. CAPPELLINI, *Status accipitur tripliciter*, in *Ann. Ferrara Sc. Giur.*, 1987, 29 ss.). S. STRYK, *Usus Modernus Pandectarum*, Francofurti, 1723, 89-90, pur negando a tutti la capacità giuridica civilistica, distingueva i *monstra* nati da coito umano, che andavano lasciati in vita e battezzati, dai frutti di ibridazioni con bestie.

²⁶ Con un po' di semplicismo illuministico, si pensava che gli antichi resoconti fossero solo favole, «poiché i progressi delle scienze fisiologiche hanno oramai dimostrato che la figlia dell'uomo non può concepire e partorire altro che l'uomo» (F. DEL ROSSO, *Saggio di diritto privato romano attuale*, Pisa, 1844, 38): ovviamente non erano ancora noti né il darwinismo, secondo cui proprio le mutazioni causali consentono l'evoluzione delle specie, né tantomeno la prospettiva delle manipolazioni genomiche.

²⁷ In Spagna sino alla *l. 21 julio 2011, n. 20*, si parlava di «figura humana» (art. 30 cc) e in Argentina si parla ancora di «signos característicos de humanidad» (art. 51 cc).

²⁸ Cfr. J. UNGER, *System des oesterreichischen allgemeinen Privatrechts*, Leipzig, 1856, I, 233; L. ENNECERUS, *Lehrbuch des Burgelichen Rechts*, Marburg, 1931, I, 236; AA.VV., *Osservazioni e proposte sul progetto del libro primo*, Roma, 1933, I, 267; G. PAPPALARDO, *Eutanasia e soppressione di mostri*, in *Giust. pen.*, 1972, I, 270; P. RESCIGNO, *Capacità giuridica*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Torino, 1988, 220.

Venendo all'oggi, occorre prendere atto di come gli sviluppi tecnologici abbiano sostanzialmente anticipato il problema alla fase prenatale. Com'è noto, infatti, un espresso riferimento alle "malformazioni" del feto, accertabili con diagnostiche ormai di *routine*, costituisce per la legge sull'interruzione di gravidanza una delle tassative motivazioni per abortire dopo il terzo mese²⁹. Peraltro, tale normativa ha mostrato tutta la sua rilevanza sistematica, quando è emersa la discrasia rispetto al divieto della diagnosi preimpianto sull'embrione *in vitro*, che si pareva quindi doversi sempre trasferire in utero, salvo procedere poi alle diagnosi ammesse ed all'aborto, con un procedimento ben più gravoso per la donna. L'irragionevolezza di un siffatto esito ha portato ad una condanna dell'Italia in sede europea, sulla scia della quale è infine intervenuta la Corte costituzionale, per ammettere alla procreazione assistita anche le coppie fertili che intendano avvalersi della diagnosi preimpianto allo scopo di evitare la nascita di figli affetti dalle anomalie genetiche di cui siano portatrici³⁰.

Altri sviluppi scientifici potrebbero, invece, porre in maniera diretta il problema della forma umana, o in termini moderni dell'appartenenza alla specie umana, di chi venga al mondo per effetto della loro applicazione. Le leggi sulla procreazione assistita hanno, infatti, proibito la produzione artificiale di ibridi o chimere, cioè di creature realizzabili per il tramite di combinazioni biotecnologiche fra elementi animali ed umani cumulando caratteristiche genetiche che in natura apparirebbero a specie diverse³¹. Qualora, però, il divieto dovesse essere violato,

²⁹ Cfr. art. 6, lettera *b*, della citata l. 194 del 1978.

³⁰ Cfr. CEDU, 28 agosto 2012, caso *Costa e Pavan c. Italie*, e Corte cost., 5 giugno 2015, n. 96.

³¹ Si considerino l'art. 13, comma 3, lettera *d*, della l. 19 febbraio 2004, n. 40, ma anche il § 7 della *Embryonenschutzgesetz* tedesca del 13 dicembre 1990, e la *section 4A* introdotta nel 2008 nello *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*. Gli ibridi sono i frutti della fecondazione fra membri di specie diverse, come il mulo o il mitico minotauro, che però le moderne tecnologie consentono di realizzare anche con gameti di animali che non proverebbero alcuna attrazione reciproca, oppure trasferendo il nucleo dell'ovocita di una specie nel citoplasma oocitario con i mitocondri di un'altra. Le chimere sono, invece, i prodotti della fusione di più embrioni, che può avvenire in natura fra gemelli biovulari, spiegando casi di eterocromia o di ermafroditismo (si rammentino G. PASCOLI, *Alexandros*, in *Poemi Conviviali*, Bologna, 1904, e OVIDIUS,

occorrerebbe definire lo *status* giuridico del relativo prodotto: così, posto di fronte a questi nuovi *monstra*, qualche interprete sarà forse tentato di tornare a quelle classificazioni elaborate dai giuristi romani in ragione della prevalenza, negli antichi *ostenta*, dell'elemento umano o di quello animale³².

4. La nascita artificiale

Testimonianze assai risalenti attestano le eccezionali vicende di persone venute al mondo senza essere state partorite, bensì artificialmente estratte dal corpo della madre appena deceduta³³, e segnalano come venissero considerate diverse dalle altre: da una parte, la loro straordinaria sopravvivenza appariva indizio di una forza sovrumana³⁴; dall'altra, l'impressione di raccapriccio, suscitata da siffatti accadimenti, poteva

Metamorphoses, IV, 285 ss.) dovuti alla compresenza nello stesso individuo di più genotipi (cfr. R.R. GRANZEN, *The Human Chimera*, in *Law School Student Scholarship, Seton Hall University*, 2014, n. 485), oppure in laboratorio fra embrioni di specie diverse, ipotesi che ha ispirato il ricorso al nome di un mostro dei miti anatolici (vinto dall'eroe greco Bellerofonte in Licia ed emblema della città etrusca di Arezzo), che da sinonimo di fantasia sembra esser divenuto una possibilità concreta.

³² Pare che sinora ibridi e chimere prodotti nei laboratori cinesi e americani siano stati sempre distrutti a fini di ricerca, ma prima o poi accadrà di dover scegliere se stabilire precauzionalmente *in dubio pro homine* oppure qualificarli come animali o appartenenti ad un *tertium genus* (cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale, I, Delitti contro la persona*, Padova, 2005, 30-32).

³³ MARCELLUS, *Digesta*, 28 (D.11.8.2): «negat lex regia mulierem, quae pregna mortua sit, humari, antequam partus ei excidatur; qui contra fecerit, spem animantis cum gravida peremisse videtur» (cfr. M.V. SANNA, *Spes animantis, da una lex regia ad Adriano*, in *SDHI*, 2013, 501 ss.).

³⁴ Tali nascite erano attribuite a deità ed eroi, o riferite a grandi personalità come Buddha, Scipione Africano e Giulio Cesare, almeno in quest'ultimo caso falsamente, essendo attestato che Aurelia sopravvisse al parto. L'invenzione della tradizione mirava dunque a glorificare la nascita del *Divus Iulius*, facendo leva sul *cognomen*, confuso con quello dei *Caesones* (*a caeso utero*), mentre egli lo doveva ad un antenato dotato, a differenza del celebre discendente, di folta *caesaries* o di occhi *caesii*, come quelli di Minerva e del leone, oppure meno credibilmente all'avo materno che aveva ucciso un elefante, in punico *kaisai* (cfr. M. BETTINI, *Non nato da donna. La nascita di Cesare e il parto cesareo nella cultura antica*, in *Index*, 2012, 211 ss.).

tradursi in un pregiudizio negativo³⁵. Pure i diritti antichi riflettevano tale ambiguità³⁶, ed i giuristi romani, anche qui con approccio razionalistico, si ponevano con riguardo al cosiddetto *non natus*³⁷ le consuete questioni: per la *ruptio*, e più in generale per l'acquisto della capacità giuridica, si affermò la soluzione positiva, mentre sullo *ius liberorum* le dispute furono più intense, in quanto la lettera delle leggi augustee richiedeva l'evento del parto, per cui era necessaria una più ardita operazione interpretativa per ricomprendere anche l'evento artificiale nella definizione della nascita³⁸.

Quest'ultima formulazione fu poi recepita, attraverso lo *ius commune*, dalla modernità, senza più particolari problemi da quando la scienza medica ha spogliato il parto cesareo del suo alone inquietante, facendone un intervento compatibile con la sopravvivenza della puerpera e poi addirittura un'operazione di *routine*, a volte perfino abusata³⁹. La que-

³⁵ Emporio per insegnare come denigrare efficacemente una persona, definiva, richiamando il sentore socialmente diffuso, un siffatto modo di venire al mondo come «falsum, ferum, abortivum» (*Rhetores Latini minores*, Lipsiae, 1863, 568).

³⁶ Nel Talmud ebraico il figlio estratto artificialmente non godeva della primogenitura, perché la sua non era stata una vera nascita (cfr. M. BETTINI, *op. cit.*, 219, nt. 15).

³⁷ Il cognome Nonnato/i è attestato anche in seguito, ad esempio per il S. Raimondo catalano del XIII secolo, non a caso patrono delle levatrici, ed esiste tuttora in Italia. Del resto, il famigerato Re di Scozia, cui le streghe avevano profetizzato «nessun nato di donna ti nuoce», fu ucciso da Macduff, che proclamava «nato non sono: strappato fui dal sen materno» (*Macbeth*, musica di G. Verdi, libretto di F.M. Piave, dal dramma di W. Shakespeare, Firenze, 14 marzo 1847, atto IV, scena IX), con un omaggio del Bardo a Giacomo I, epigono di quel Robert Stuart, imparentato al clan McDuff, che era stato estratto dal ventre di Marjorie Bruce dopo un incidente mortale (cfr. R. MANDER, *Caesarean: just another way of birth?*, London, 2007).

³⁸ Così ULPIANUS, *ad Sabinum*, 9 (D.28.2.12), stabiliva: «dicitur filium natum rumpere testamentum, natum accipe et si exsecto ventre editus sit», e ID., *ad legem Iuliam et Papiam*, 8 (D.50.16.141), precisava: «etiam ea mulier cum moreretur creditur filium habere, quae exciso utero edere possit», mentre PAULUS, *ad legem Iuliam et Papiam* 3 (D.50.16.132), ribatteva: «falsum est eam peperisse, cui mortuae filius exsectus est». A quest'ultimo giurista era, però anche attribuita la proposta di aggirare quelle stesse norme per attribuire lo *ius liberorum* alla madre di tre gemelli, anche se «non enim ter peperisse, sed semel partum fudisse videtur», purchè «ex intervalla pariat» (*Pauli Sententiae*, 4.9.2), cioè, per quanto breve sia l'intervallo, sempre.

³⁹ L'intervento su donna viva fu dapprima ipotizzato, fra feroci polemiche, da F. ROUSSET, *Traité nouveau de l'hystèrotomie ou enfantement caesarien*, Paris, 1581, e poi propa-

stione sembrava, dunque, chiusa dal punto di vista giuridico, rimanendo le altre ipotesi di produzione artificiale dell'uomo confinate nelle speculazioni degli alchimisti o nelle fantasie dei romanzieri⁴⁰.

Com'è noto, però, da qualche decennio il diritto si confronta nuovamente col problema, a seguito della grande diffusione di tecnologie biomediche che hanno consentito di rendere artificiale la fecondazione, benché per il successivo sviluppo del feto rimanga imprescindibile il supporto di un corpo femminile sino al parto⁴¹. Pertanto, che le persone artificialmente procreate siano anch'esse "nate" per il diritto, è sempre stato sostanzialmente fuori discussione, né sembra in alcun modo accettabile che tale condizione possa legittimare discriminazioni sociali⁴² o giuridiche. Invero, qualche rischio si corre quando si propone di registrarle in uno stato civile separato⁴³, oppure di dedurre dall'illegalità di

gandato da F.E. CANGIAMILA, *Embriologia Sacra*, Palermo, 1745, che spinse vari Re cattolici (per primo Carlo III di Borbone con la *Pragmatica unica de usu partus caesarei* del 1749) ad imporlo per consentire il battesimo dei feti estratti. Prevalendo, comunque, l'idea che fosse prioritario salvare la madre (come ordinò anche Napoleone per Maria Luigia), la tecnica poté affermarsi solo dopo che E. Porro nel 1876 in occasione del parto di G. Cavallini, affetta da rachitismo del bacino, ebbe elaborato modalità di intervento che riducessero drasticamente la mortalità puerperale (cfr. P. MAZZARELLO, *E si salvò anche la madre*, Torino, 2015). Comunque, se al legislatore argentino sembra tuttora necessaria l'espressa equiparazione fra parti naturali ed artificiali (art. 71 cc), in Italia la diffusione del cesareo è invece divenuta ormai tale da aver indotto nel 2012 il Ministro della Salute ad intervenire per reprimerne l'abuso.

⁴⁰ Paracelso, riprendendo forse idee gnostiche e arabe, aveva ipotizzato di ricavare in laboratorio un *homunculus* dallo sperma umano, inaugurando un fortunato filone della tradizione alchimistica ed esoterico-massonica (cfr. W.R. NEWMAN, *The Homunculus and his Forebears*, in *Natural Particulars*, ed. A. Grafton, Boston, 1999, 321 ss.), che riecheggerà anche nel *Frankenstein* di M. Shelley.

⁴¹ Per il futuro si prospettano, invece, le ipotesi della gestazione meccanica (cfr. H. ATLAN, *L'utero artificiale*, Milano, 2006) e dell'impianto di embrioni umani in corpi maschili o animali (cfr. F. MANTOVANI, *op. cit.*, 27). Sarebbe così accolta la supplica che in EURIPIDES, *Hyppolitus*, 616-624, il protagonista, disgustato dalla condotta di Fedra, rivolge a Zeus perchè voglia emancipare la riproduzione dei mortali dal ricorso all'odiato genere femminile.

⁴² Nei *media* ricorrono spesso le etichette spregiative di «figli della provetta» o «bambini sintetici».

⁴³ S. RODOTÀ, *op. cit.*, 285, allude criticamente ad una proposta in tal senso, a suo tempo elaborata dal Governo Blair.

una tecnica procreativa un giudizio negativo sull'esistenza dei procreati⁴⁴, o più concretamente sulla riconoscibilità del loro *status filiationis*⁴⁵, ma anche quando, al contrario, per rendere più accessibili certe metodiche incentivando le donazioni di gameti, si arrivi a negare totalmente ai nati il diritto fondamentale alla conoscenza delle proprie origini⁴⁶.

Nel prossimo futuro si porrà forse anche il problema delle discriminazioni a vantaggio dei soggetti procreati artificialmente, poiché il mercato tenderà a favorire le persone con un genoma selezionato da diagnosi preimpianto, o addirittura corretto⁴⁷, rispetto a quelle procreate naturalmente, con un genoma casuale e magari difettoso⁴⁸. Nemmeno

⁴⁴ K.L. MCHINTOSH, *Illegal Beings*, Cambridge, 2005, pone il problema dei cloni.

⁴⁵ CEDU 26 giugno 2014, caso *Menneson c. France*, ha ritenuto illegittimo il rifiuto di riconoscere lo *status filiationis* dei nati all'estero da madri surrogate, frapposto ai genitori genetici dalle autorità francesi in nome dell'*ordre public*, e Id., 27 gennaio 2015, caso *Paradiso et Campanelli c. Italie*, ha aggiunto che, se il legame genetico manca, la relazione fattuale coi committenti va comunque rispettata nell'interesse del minore, pur senza l'obbligo di riconoscerla come filiazione (cfr. M. RIZZUTI, *La maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori*, in *Riv. Biodiritto*, 2015, 2, 89 ss.); sulla stessa linea si sono inoltre collocati *Trib. federale svizzero*, 21 maggio 2015, e *Cour de Cassation*, 3 luglio 2015, n. 219.

⁴⁶ Il diritto è stato riconosciuto da CEDU, 25 settembre 2012, caso *Godelli c. Italie*, e da Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278, per i nati da parto anonimo, e richiamato per la fecondazione eterologa da Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, e da *Bundesgerichtshof*, 28 gennaio 2015, mentre Gran Bretagna e Svezia, con le *HFEA Disclosure of Donor Information Regulations 2004* e la *Lag 351:2006 om genetisk integritet*, hanno abolito o limitato l'anonimato del datore di gameti o mitocondri (cfr. A. DIVER, *A Law of Blood-ties. The right to access genetic ancestry*, Cham, 2014).

⁴⁷ Una prima sperimentazione è stata già portata a termine in Cina (P. LIANG & AL., *CRISPR/Cas9-mediated gene editing in human trippronuclear zygote*, in *Protein & Cells*, 2015, 5, 363 ss.) mentre, con provvedimento del 1° febbraio 2016, la *Human Fertilisation and Embryology Authority* ha autorizzato l'utilizzo a scopi di ricerca di analoghe tecniche di *gene editing* in Gran Bretagna. Più remota parrebbe, invece, l'ipotesi di un'elaborazione totalmente sintetica del materiale genetico umano (cfr. J. AL-KHALILI, J. MCFADDEN, *La fisica della vita*, trad. it., Torino, 2015).

⁴⁸ Il tema della discriminazione genetica si pone da tempo, a prescindere dalla procreazione assistita: L.N. GELLER & AL., *Individual, family and societal dimension of genetic discrimination*, in *Science and Engineering Ethics*, 1996, 71 ss.; P.S. MILLER, *Genetic discrimination in the workplace*, in *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, 1998, 189 ss.; L. LOW & AL., *Genetic discrimination in life insurance*, in *BJM*, 1998,

proibire a datori di lavoro e compagnie assicurative di accedere ai *tests* genetici⁴⁹, risolve il problema: possiamo, infatti, ipotizzare che si tenderà a preferire comunque i soggetti artificialmente procreati, proprio perché, in mancanza di dati sul genoma di ognuno, la mera condizione di artificialità apparirebbe come la più rassicurante⁵⁰. L'ordinamento giuridico potrebbe allora trovarsi a dover scegliere se impedire, ammesso che sia possibile, la conoscibilità di tale condizione, oppure, al contrario, darle piena rilevanza ed approntare tutele antidiscriminatorie, o addirittura meccanismi di *affirmative action*, in favore del gruppo svantaggiato, ed in futuro magari minoritario, dei procreati naturali.

5. Dal concepito all'embrione

Anche sul rilievo giuridico di ciò che precede la nascita, le nostre formulazioni tradizionali derivano da quelle elaborate dai romani in materia di successione dei postumi: prima ancora di discutere se l'esito della gravidanza rompesse il testamento, la mera situazione di pendenza richiedeva che si intervenisse a tutela delle aspettative di *qui est in utero*, mentre la considerazione del momento del concepimento poteva risultare decisiva per determinare gli *status*⁵¹. Sembrò, invece, inammissi-

1632 ss.; C. CASONATO, *La discriminazione genetica: una nuova frontiera nei diritti dell'uomo?*, in *I diritti fondamentali in Europa*, Milano, 2002, 641 ss.; M.A. ROTHSTEIN, *Genetics and Life Insurance*, Boston, 2004; T. LEMKE, *Beyond genetic discrimination. Problems and perspectives of a contested notion*, in *Genomics, Society and Policy*, 2005, 3, 22 ss.; S. SALARDI, *Tests genetici fra determinismo e libertà*, Torino, 2010; Y. JOLY & AL., *Genetic discrimination and life insurance*, in *BMC Medicine*, 2013, 11:25; C. AMBRUSTER, C. BOTTA, *The impact of genetic data on medicine and insurance practice*, Napoli, 2014; M. TOMASI, *The kaleidoscope of whole genome sequencing in newborn genetic screenings*, in *The Challenge of Innovation in Law*, Pavia, 2015.

⁴⁹ Nel 2008 il Congresso americano ha dedicato a queste problematiche il *Genetic Information Nondiscrimination Act*, mentre da noi il tema ricade nell'ambito della disciplina sulla protezione dei dati sensibili.

⁵⁰ Lo scenario sarebbe quello del film *Gattaca* di A. Niccol del 1997.

⁵¹ Il Pretore concedeva alla vedova incinta, che di solito non era erede del marito, la *missio in possessionem ventris nomine* su una quota dei suoi beni e nominava un *curator ventris* a tutela del nascituro. Quanto allo *status*, i nati da *iustae nuptiae* lo deriva-

sibile attribuire rilevanza autonoma al concepito, laddove si trattasse di emettere un provvedimento che lo avrebbe riguardato direttamente⁵².

Nell'età intermedia assunse, poi, importanza fondamentale la considerazione dei principi giudaico-cristiani. Invero, ferma restando la dura condanna dell'aborto, ed anche della mera dispersione del seme, era incerto se potesse parlarsi di omicidio sin dal momento del concepimento, oppure, secondo la tesi che risultò prevalente, solo dopo l'animazione del feto, e si discuteva sul momento in cui ciò avvenisse⁵³.

vano da quello del padre al tempo del concepimento (momento decisivo anche per i diritti proprietari sui *partus ancillae*), ed i *vulgo concepti* da quello della madre alla nascita, finché il *favor libertatis* indusse a usare per tutti il criterio più vantaggioso. IULIANUS, *Digesta*, 69 (D.1.5.26), ne deduceva che «qui in utero sunt in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse», per cui alcuni romanisti ritengono che il concepito fosse considerato *persona* (cfr. P. CATALANO, *Osservazioni sulla persona dei nascituri alla luce del diritto romano*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1988, 1 ss.; C. TERRENI, *Me puero venter erat solarium*, Pisa, 2008; P. FERRETTI, *In rerum natura esse, in rebus humanis nondum esse*, Milano, 2008; E. BIANCHI, *Per un'indagine sul principio conceptus pro iam nato habetur*, Milano, 2009; M.P. BACCARI, *Curator ventris*, Torino, 2012). Una vera successione prenatale esisteva forse nei diritti orientali, se è vero che Shapur II fu incoronato *in utero* (cfr. T. DARYAEE, *Sasanian Persia*, London, 2009, 16).

⁵² ULPIANUS, *ad Edictum*, 24 (D.25.4.1), commenta un rescritto che, riguardo alla richiesta di un padre circa l'affidamento del figlio di cui la moglie divorziata era incinta (cfr. *mutatis mutandis* Trib. Min. Trieste, 26 novembre 1997, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1999, 110, con nota di P. ZATTI, *Diritti del non-nato e immedesimazione del feto nella madre: quali ostacoli per un affidamento del nascituro?*), ordinò che la donna venisse ispezionata e custodita, ma che non si emettesse il provvedimento prima della nascita, in quanto avrebbe colpito una «portio mulieris vel viscerum», formula poi divenuta il riferimento per l'impostazione romanistica maggioritaria che nega la configurabilità di una soggettività del concepito (cfr. E. ALBERTARIO, *Conceptus pro iam nato habetur*, in *Studi di diritto romano*, Milano, 1933, I, 1 ss.; G.G. ARCHI, *Concepimento (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, VIII, 354 ss.; F. LAMBERTI, *Studi sui postumi nell'esperienza giuridica romana*, Napoli, 2001; F. ZUCCOTTI, *In rerum natura et in rebus humanis esse aut non esse?*, in *Riv. dir. rom.*, 2008, 4 ss.).

⁵³ Per TERTULLIANUS, *Apologeticum*, 9.8: «homo est et qui est futurus» e col concepimento il figlio riceve l'anima dal genitore (traducianesimo), per cui l'aborto è sempre omicidio. Al contrario, PHILO, *De specialibus legibus*, 3.20, AUGUSTINUS, *Quaestiones in Exodum*, 80, e HIERONYMUS, *ad Algasiam, Epist.* 121.4, ritenevano che l'anima si infondesse nel feto, per atto divino, quando assume forma umana, in quanto la legge mosaica puniva l'aborto dell'embrione *informis* con un'ammenda e di quello formato col taglione (*Es.*, 21.22-25). Pertanto, THOMAS, *Scriptum super Sententiis*,

L'alta considerazione del concepito indusse, peraltro, i giuristi a trasformare il brocardo «conceptus pro iam nato habetur» da regola specifica sulla successione dei postumi e sugli *status* in principio generale dell'ordinamento⁵⁴. Frattanto, la maggior propensione dei moderni per le elaborazioni astratte introdusse nel lessico giuridico anche il cosiddetto *concepturus*, che avrebbe potuto ricevere per testamento o per donazione ma non in via legittima, originando così la sistemazione giunta sino a noi⁵⁵.

Invero, nel vigente Codice Civile la disciplina del concepito e del concepturo riguarda fenomeni di destinazione patrimoniale e non di entificazione, benché segnali in parte divergenti si possano trarre da altre branche dell'ordinamento, per cui la giurisprudenza ha recente-

III.3.5.2, condannò i traducianisti (cfr. D. ALIGHIERI, *Purgatorio*, XXV, 34 ss.) e, rifacendosi all'ilomorfismo aristotelico e averroista, per cui l'anima coincide con la forma della materia, fissò l'animazione al 40° giorno (90° se femmina), tesi approvata da Gregorio XIV nel 1591 e tuttora maggioritaria in ambito ebraico e islamico. Solo l'avvento della separazione cartesiana fra anima e materia ha consentito alla scienza moderna di elaborare le tesi preformiste, per cui quello che oggi chiamiamo genoma è già completo sin dal concepimento e determina, anziché presupporre, il successivo sviluppo dell'organismo embrionale, il che ha quindi indotto la Chiesa cattolica a rivalutare l'anticipazione dell'animazione (cfr. G. GANDOLFI, *Nascituro, storia*, in *Enc. dir.*, Milano, 1977, 536; A. PROSPERI, *Dare l'anima*, Torino, 2005; C. FLAMIGNI, *La questione dell'embrione*, Milano, 2010, 134 ss.). Resta ancora da valutare l'impatto che su tali esiti potrebbero avere le nuove concezioni in materia di epigenetica, secondo le quali anche lo stesso genoma conosce uno sviluppo progressivo (cfr. M. PIATTELLI PALMERINI, *Il nono giorno della creazione*, Milano, 2015).

⁵⁴ Il brocardo, però, dice anche «quotiens de commodis eius agitur»: infatti, il principio non operava a vantaggio di terzi, per cui, ad esempio, il lascito condizionato al decesso senza figli di un estraneo era efficace anche se la vedova di quest'ultimo era incinta (B. DE UBALDIS, *In primam Digesti veteris partem Commentaria, ad lib. I, lex XXV*, Venetiis, 1599, fol. 33). Formulazioni analoghe si possono trovare nella giurisprudenza inglese (cfr. *Blasson vs. Blasson* 21.11.1864, 46 ER 534), e nelle codificazioni dell'area ispanica.

⁵⁵ Rispetto alla concretezza del diritto romano, in cui poteva ricevere solo chi fosse almeno concepito alla morte del *de cuius* (D.38.16.6), e di quello longobardo, in cui il concepimento doveva precedere il testamento, l'innovazione dello *ius commune* risultò funzionale allo sviluppo dei fedecommessi, il che spiega anche perché Napoleone sia poi tornato al modello giustiniano, diversamente dai più prudenti codificatori tedeschi e italiani (G. GANDOLFI, *op. ult. cit.*, 537).

mente potuto ammettere la risarcibilità dei danni patiti dal concepito ed imporre la nomina di un curatore che lo rappresenti in sede negoziale, tutti esiti che ne presuppongono una, almeno relativa e contingente, soggettività⁵⁶. Su tali configurazioni giuridiche della fase prenatale incidono, però, oggi le ulteriori nozioni tecnico-scientifiche cui il legislatore, nel tentativo di disciplinare gli sviluppi della biomedicina riproduttiva, ha conferito valore normativo. Emerge, in particolare, il concetto di embrione, che difficilmente può essere sovrapposto a quello tradizionale di concepito, se non a prezzo di gravi forzature.

Poniamo, infatti, che alla morte di una donna esista qualche decina di suoi embrioni crioconservati presso un centro di procreazione assistita: se accettassimo l'equiparazione fra embrione e concepito, dovremmo considerarli suoi eredi legittimi, dividere il patrimonio relitto in tante quote quanti sono costoro più gli altri eredi, ed attenderne l'assai improbabile nascita o la definitiva estinzione. Se tutto ciò appare assurdo, occorrerà prendere atto che a tali embrioni non si attaglia la nozione tradizionale dei concepiti, elaborata quando una loro esistenza al di fuori del corpo materno non era nemmeno pensabile. Ne possiamo dedurre che le regole codicistiche sulla successione del concepito presuppongono l'impianto in utero, mentre agli embrioni crioconservati, benché esistenti in natura, sarà più ragionevole applicare la disciplina dei concepiti.

⁵⁶ Importanti riferimenti normativi sono rappresentati dagli artt. 1, 254, 462, 643, 687, 715, 784 cc, dall'art. 578 cp e dai rispettivi artt. 1 della l. 29 luglio 1975, n. 405, e delle citate leggi 194 del 1978 e 40 del 2004. In giurisprudenza Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Foro it.*, 2010, 141, ha riconosciuto la risarcibilità dei danni causati al nato dai farmaci teratogeni assunti dalla madre in gravidanza, e Cass., 8 agosto 2014, n. 17811, in *Riv. not.*, 2014, 970, ha dichiarato nullo lo scioglimento del fondo patrimoniale convenuto dai coniugi senza l'intervento di un curatore del concepito, decisioni che hanno dato forza alla tesi del concepito come soggetto di diritti e non mero oggetto di tutele (cfr. S. GRASSI, *I nascituri concepiti e i concepiti artificiali*, Torino, 1995; F. BRUNETTA D'USSEAU, *Esistere per il diritto*, Milano, 2001; E. GIACOBBE, *Il concepito come persona in senso giuridico*, Torino, 2003; C.M. MAZZONI, *La tutela reale dell'embrione*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2003, 457 ss.; G. VILLANACCI, *Il concepito nell'ordinamento giuridico: soggettività e statuto*, Napoli, 2006).

turi, che è conformata allo scopo di regolare situazioni caratterizzate dalla forte aleatorietà e remota futurità dell'evento della nascita⁵⁷.

Diverso è il problema della definizione dell'embrione agli specifici fini della legge sulla procreazione assistita, che sono poi quelli di contrastarne ogni forma di reificazione, dalla commercializzazione all'utilizzo a fini di ricerca scientifica⁵⁸. Il problema si pone perché la nozione scientifica di embrione riguarda una specifica fase dello sviluppo prenatale, per cui si potrebbe ipotizzare che le previste tutele non coprano la fase preembrionaria o addirittura che l'imprecisione tecnica delle norme ridondi in un profilo di incostituzionalità⁵⁹. Invero, non è arduo dimostrare che il legislatore ha inteso privilegiare il momento della fecondazione⁶⁰, ricorrendo da subito al termine embrione in linea più con il linguaggio comune che con quello scientifico, per cui precisare cosa sia per il diritto la fecondazione è divenuto essenziale, un po' come nei secoli passati lo era stabilire cosa fosse la nascita.

Sono state, così, elaborate varie costruzioni tese a declinare giuridicamente le acquisizioni scientifiche in materia di embriogenesi, non di rado seguendo logiche in cui sembrano risuonare altri molto più risalenti dibattiti. Ad esempio, quando la crioconservazione e la diagnosi genetica sugli embrioni erano proibite, si era proposto di consentirle sull'ootide, un oocita già penetrato dallo spermatozoo, in cui non si è però

⁵⁷ Cfr. L. LENTI, *La procreazione assistita*, Padova, 1993, 313; G. OPPO, *Diritto di famiglia e procreazione assistita*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2005, I, 333; M. RIZZUTI, *Diritto successorio e procreazione assistita*, in *Riv. Biodiritto*, 2015, 3, 29 ss.; nonché nella giurisprudenza australiana *Children's Court of Queensland*, 8 agosto 2012, caso *LWV & anr. vs. LMH*.

⁵⁸ Cfr. artt. 12, comma 6, e 13 della l. 40 del 2004, dai quali si ricava il divieto di distruggere embrioni per produrre cellule staminali, la cui legittimità è stata di recente confermata da CEDU, 27 agosto 2015, caso *Parrillo vs. Italy*.

⁵⁹ Nel lessico scientifico, dopo zigote, morula e blastocisti, si può parlare di embrione con la fine della pluripotenza al 14° giorno, e poi di feto con l'apparire della forma umana all'8ª settimana (cfr. A. KIESSELING, *What is an Embryo?*, in *Connecticut Law Review*, 2004, 1051 ss.; E. BONCINELLI, *L'etica della vita*, Milano, 2008; C. FLAMIGNI, *op. cit.*, *passim*). In Spagna l'art. 1 *ley 26 mayo 2006, n. 14*, ha dato rilievo giuridico alla nozione di preembrione, mentre il dubbio sulla legittimità delle norme italiane che tale distinzione non conoscono è stato sollevato da Trib. Firenze, 7 dicembre 2012: l'udienza della Corte costituzionale è stata fissata al 22 marzo 2016.

⁶⁰ Cfr. art. 6, comma 3, l. 40 del 2004.

ancora formato, con la singamia o anfimissi, il nuovo genoma, quasi che ciò corrispondesse all'animazione⁶¹, e la distinzione è stata effettivamente accolta da alcuni legislatori⁶². Ancor più di recente, la giurisprudenza europea, facendo sostanzialmente applicazione del criterio della vitalità, ha ritenuto ammissibile la reificazione del partenote, un'entità simile all'embrione, ma prodotta stimolando artificialmente un oocita non fecondato e al momento ritenuta incapace di svilupparsi autonomamente in un essere umano⁶³.

⁶¹ Così F. GAZZONI, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, in *Dir. fam.*, 2005, 168 ss., e E. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, Milano, 2008. Invece, F. MANTOVANI, *op. cit.*, 16, ritiene che il nuovo genoma, unico ed irripetibile, debba considerarsi già determinato quando l'oolemma diviene impermeabile ad altri spermatozoi, il che accade ben prima del completarsi della singamia.

⁶² Il § 8 della *Embryonenschutzgesetz* tedesca e l'art. 2 della *Embryonenschutzgesetz* svizzera fanno espresso riferimento all'ootide, mentre la *section 1* dello *Human Fertilisation and Embryology Act* inglese ricomprende nella definizione di embrione anche l'oocita durante il processo fecondativo.

⁶³ CGUE, 18 dicembre 2014, caso *Comptroller*, prendendo le distanze da Id., 18 ottobre 2011, caso *Brustle*, e dalla corrispondente disciplina americana di cui al *Dickey-Wicker Amendment*, ha ritenuto brevettabili le staminali ricavate dal partenote, in quanto esso «commences a process of developement» ma non ha la «inherent capacity» di completarlo senza ulteriori manipolazioni (cfr. R. ROMANO, *Certeza del diritto, incertezza della scienza*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2015, 258 ss.; S. PENASA, *La Corte di giustizia e la ri-definizione normativa di embrione umano*, in *Quad. Cost.*, 2015, 213 ss.). La partenogenesi è una forma di riproduzione asessuata, consistente nella mitosi dell'oocita non fecondato, che per certe specie è la normale modalità di procreazione e negli umani talvolta origina masse tumorali a livello ovarico, ma che oggi può pure essere indotta in laboratorio (cfr. A. KIESSELING, *op. cit.*, 1080 ss.; J.K. FINLAY & AL., *Human Embryo: a biological definition*, in *Human Reproduction*, 2007, 905 ss.). Παρθενος, prima di essere cristianizzato con l'attribuzione a Maria, era l'epiteto di Atena e di altre dee cui il mito riferiva nascite verginali, ultima traccia di quando i primitivi avevano creduto che le donne generassero da sole, o grazie a spiriti ed energie naturali, il sesso servisse solo al piacere ed allevare i nati fosse un dovere collettivo a prescindere dalla paternità (cfr. E.S. HARTLAND, *Primitive Paternity*, London, 1909; B. MALINOWSKI, *The Family among the Australian Aborigines*, London, 1913; ID., *The Sexual Life of Savages in North-Western Melanesia*, London, 1932; R. GRAVES, *I miti greci*, trad. it., Milano, 1963, 5 ss.), tutte idee che, dopo esser riaffiorate in ironici libretti settecenteschi (cfr. L.S. SBIROLI, *Libertine o madri illibate*, Venezia, 1989), sembrano ora sul punto di essere inverteate dalla tecnica.

DEFINIRE LA MORTE: TRA DIRITTO E BIOPOLITICA

Maurizio Di Masi

SOMMARIO: 1. Introduzione: la definizione di morte e Humpty Dumpty... 2. Definizioni pericolose: morire fra scienza e diritto. 2.1. Dalla medicalizzazione alla giuridificazione della morte. 2.2. Morire per il diritto. 3. La morte dal patrimonio alla persona. 4. La morte da fatto della vita materiale ad atto di autodeterminazione. 5. Ridefinire la morte.

1. Introduzione: la definizione di morte e Humpty Dumpty...

Se una definizione giuridica di “vita” lascia all’interprete ampi margini di manovra, lo stesso sembrerebbe non valere per la definizione di “morte”, che dal 1993 è imposta per legge. Di qui la necessità di interrogarsi sulla natura e sulla consistenza giuridica della definizione legale di morte.

È necessario premettere che il problema del rapporto tra diritto e definizioni impegna gli interpreti da sempre, in quanto l’attività del giurista si caratterizza tradizionalmente per il distinguere fenomeni giuridici affini, delimitare, classificare e ordinare fattispecie ed effetti, decidere controversie: in questo senso *definire* implica in tutti i suoi possibili significati (distinguere, limitare, determinare, decidere) l’idea di «compiere alcunché con autorità»¹. Ciò appare tanto più evidente quando a definire concetti giuridici non è la dottrina né la giurisprudenza, bensì il legislatore, dal momento che le definizioni legislative non sono mai meramente descrittive (*definitiones quid nominis*), ma si connotano per

¹ Così B. ALBANESE, *Definitio periculosa: un singolare caso di duplex interpretatio*, in AA.VV., *Studi in onore di G. Scaduto*, III, Padova, 1970, 348. Sul celebre frammento del Digesto di Giavoleno (D. 50, 17, 202 - *Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim ut non subverti posset*) cfr. L. RAGGI, *Il metodo della giurisprudenza romana*, Torino, 2007, 134 ss.

un intrinseco carattere prescrittivo (*definitiones quid rei*)². Nell'ambito di una teoria generale della definizione, infatti, si suole distinguere – in parallelo con la *summa divisio* tra discorso assertivo e discorso precettivo³ – fra definizione lessicale e definizione stipulativa: mentre la prima descrive il modo in cui un termine viene utilizzato in un determinato contesto, la seconda – prescindendo anche dagli usi linguistici preesistenti del termine – prescrive un certo uso del termine definito⁴. Al-

² Sebbene vada considerato che la dottrina civilistica si è tradizionalmente assestata sul carattere non vincolante delle definizioni legislative; tale impostazione è stata criticata a partire dalla seconda metà degli anni '70: cfr. A. BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel Codice civile*, Milano, 1977; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato dir. civ. comm. diretto da Cicu e Messineo*, continuato da Mengoni, I, 2, Milano, 1980, 153 ss. Che le definizioni legislative abbiano sempre una rilevanza normativa e pertanto siano anche esse soggette a interpretazione sistematica e unitaria dell'ordinamento è sottolineato da P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, III ed., Napoli, 2006, 227 ss. Ma, negli anni '40, già Gino Gorla (G. GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941) aveva ritenuto che le definizioni legislative, come i concetti giuridici, fossero parte integrante dell'atto normativo e che, pertanto, fossero vincolanti come tutte le altre parti del discorso normativo (cfr. in particolare 139 ss.). Circa la distinzione tra definizioni nominali e definizioni reali si veda anche U. SCARPELLI, *La definizione nel diritto*, in ID. (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976, 183 ss.; N. IRTI, *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984, 38 ss.; nonché da ultimo M. DELLACASA, *Sulle definizioni legislative nel diritto privato fra codice e nuove leggi civili*, Torino, 2004.

³ Cui si aggiunge oggi, ad opera dei filosofi del diritto, il discorso performativo: G. CARCATERA, *Le norme costitutive*, Milano, 1974, che parte dalle analisi di J.L. AUSTIN, *How to do Things with Words*, Oxford, 1962 e J.R. SEARLE, *Speech Acts*, Cambridge, 1969. Secondo il Prof. Carcaterra, infatti, tutte le norme giuridiche – e non solo quelle prescrittive – sono performative in quanto produttive di effetti giuridici. Da ultimo, in generale, cfr. A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, il quale propone di considerare diritto non i fatti che pongono o ricevono le regole, ma il discorso che ne deriva o vi si imprime. La scienza del diritto non dipende interamente dai fatti perché il diritto – il *dover essere* oggettivo che giustifica la forza che la scienza giuridica ha ad oggetto – non è un fatto (142, 150, 154) ed è indipendente dai fatti (175); il diritto è discorso che ha per tratto specifico la funzione prescrittiva (166, 167), che non si presta ad essere confermato o smentito dai fatti, sottraendosi al giudizio di verità, sostituito da quello di validità (171).

⁴ Cfr. A. BELVEDERE, *Definizioni*, in *Digesto*, IV ed., vol. V, Torino, 1989, 149 ss. La distinzione si deve a R. ROBINSON, *Definition*, Oxford, 1954, ma è ampiamente ri-

l'interno del *genus* definizione stipulativa, poi, si deve a Uberto Scarpelli l'individuazione della *species* della c.d. ridefinizione o definizione esplicativa, così intendendo quelle definizioni in cui l'uso prescritto precisa o modifica l'uso che dello stesso termine ne è generalmente fatto dalla collettività di riferimento⁵. Quando il legislatore definisce alcunché, allora, non solo limita il potere dell'interprete indicando quale tra i possibili significati debba essere ritenuto quello vincolante, ma rischia di pregiudicare un'efficace comunicazione con i consociati⁶. In un sistema giuridico ove il legislatore redige testi normativi usando sempre meno un codice linguistico "comune" per adoperare sempre più un linguaggio tecnico⁷, difatti, si ripropone il paradosso del celebre dialogo di Carroll fra Alice e Humpty Dumpty: mentre la prima crede ingenuamente che le parole abbiano un significato indipendente dall'uso che l'autore del discorso vuole farne, il secondo è consapevole del valo-

presa e articolata da U. SCARPELLI, *op. cit.*, in particolare 191 ss. Peraltro occorre sottolineare che se le definizioni lessicali possono essere giudicate vere o false, le definizioni stipulative possono essere giudicate in termini di opportunità o inopportunità. Appare chiaro che il considerare, in particolare, la definizione legislativa in un modo o nell'altro incide non poco sul ruolo dell'interprete, giacché di fronte all'interpretazione si colloca il potere dei suoi variabili interlocutori: cfr. M. BUSSANI, *Appunti sull'interlocutore del giurista e sul problema dell'interpretazione*, in J. DERRIDA, G. VATTIMO (a cura di), *Diritto, Giustizia e Interpretazione*, Roma-Bari, 1998, 37 ss. Sempre attuali le dense pagine di R. NICOLÒ, *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, XII, 904 ss., e in particolare 917 ss.

⁵ Sul punto chiaro DELLACASA, *op. cit.*, il quale osserva che con tale definizione «il significato di un termine non viene individuato a prescindere dai suoi precedenti usi, ma scegliendo tra di essi quelli che appaiono maggiormente idonei ad una razionale costruzione», 35.

⁶ Vedi ancora DELLACASA, *op. cit.*, 39. La questione è ben analizzata da A. GAMBARO, *Comprendere le strategie comunicative del legislatore*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 4, 2000, 605 ss.

⁷ Così A. GAMBARO, *op. cit.*, 610 e 611, ove si rileva, peraltro, che la legislazione tecnica è conseguenza necessaria dello Stato interventista, per cui coloro che invocano leggi scritte in maniera chiara e fruibili da tutti i cittadini in realtà non farebbero altro che richiedere una drastica deregulation: «[n]on è ammesso infatti esigere che lo Stato si occupi di regolare attività complesse ed insieme negargli l'uso di un linguaggio adeguato alla bisogna».

re relativo e convenzionale dei significati: «[I]a questione è [...] chi è che comanda – ecco tutto»⁸.

Il paradosso mette ben in evidenza la non neutralità del linguaggio e, a maggior ragione, del linguaggio giuridico e di ogni definizione imposta per legge, per cui appare di primaria importanza valutare gli effetti redistributivi del potere che ogni scelta giuridica – tanto più nel c.d. biodiritto e con particolare riferimento alla morte e al fine vita – inevitabilmente comporta e di cui, assai spesso, non si tiene adeguatamente conto⁹.

In questo senso, è fondamentale essere consci del ruolo che il diritto e le sue definizioni giocano rispetto alle istanze etiche e (bio)politiche, giacché, come si è osservato:

Il passaggio dall'etica al diritto impone un passaggio dal mero argomento di moralità a quello di legittimità, in particolare della legittimità dell'uso del potere. Il bio-diritto, a differenza della bio-etica, non può, quindi, prescindere dalla considerazione dell'esistenza effettiva di poteri di fatto che si pongono in quanto tali come poteri sulla vita, ovvero sui materiali di cui la vita è fatta¹⁰.

Data la “posta in gioco” – ossia la *nuda vita*, la vita esposta alla morte¹¹ – dovrebbe risultare chiaro come il definire la morte sia opera-

⁸ Il dialogo tra Alice e Humty Dumpty è assai significativo: «Quando io uso una parola» disse Humty Dumpty con un certo sdegno, «quella significa ciò che io voglio che significhi – né più né meno». «La questione è» disse Alice, «se lei può costringere le parole a significare così tante cose diverse». «La questione è» replicò Humty Dumpty, «chi è che comanda – ecco tutto». L. CARROLL, *Alice nel paese delle meraviglie. Attraverso lo specchio*, Milano, 2000, 219.

⁹ M.R. MARELLA, *I diritti civile fra laicità e giustizia sociale*, in S. ANASTASIA (a cura di), *Diritto e Democrazia nel pensiero di Luigi Ferrajoli*, Torino, 2011, 45 ss. Peraltro il legislatore è solo uno degli ingranaggi del diritto, per capire il funzionamento del quale occorre analizzare i comportamenti, gli interessi e le finalità di tutti gli attori del *legal process*: cfr. A. GAMBARO, *Il successo del giurista*, in *Foro It.*, 1983, V, cc. 85 ss.; B.N. CARDOZO, *The Judicial Process*, New Haven, 1949 il quale richiama il giurista ad una scelta per il candore e cioè a esplicitare le finalità delle proprie ricostruzioni.

¹⁰ P.G. MONATERI, *Bioetica e biodiritto. Dal potere sulla nuda vita all'antropologia costituzionale*, in *Card. elec. L. Bull.*, al link http://www.jus.unitn.it/cardozo/accpapers/2008/ac_monateri.pdf.

¹¹ G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 1995.

zione densa di implicazioni biopolitiche¹², dal momento che si decide *de imperio* chi è vivo e chi non lo è; con ricadute di non poco momento soprattutto per tutte quelle situazioni che continuano a porsi nella pratica clinica – per così dire – *borderline*, come nel caso dello stato vegetativo permanente¹³.

Il passaggio dall'argomento di moralità a quello di legittimità e la giuridicizzazione di linguaggi biomedici comportano allora una nuova attenzione tanto per il *law making process*¹⁴, quanto per la biopolitica, «intesa come il controllo da parte della politica (come specifica istituzione sociale) delle vecchie e delle nuove questioni morali in campo biomedico»¹⁵. La biopolitica è continuo terreno di scontri tra pensieri religiosi e filosofici, tra paradigmi medici e giuridici differenti, eppure è bene che in una società democratica pluralista il legislatore non si riduca alla “conta” di teste e di voti, e che in tematiche tanto delicate si prediliga “la virtù del dubbio”¹⁶ anche rispetto ai dati scientifici¹⁷. In

¹² M. FOUCAULT, *La volontà de savoir*, Paris, 1976 ove il filosofo mostra come a partire dal XVIII secolo i dispositivi di potere e di sapere prendono in conto i “processi della vita” e la possibilità di controllarli e di modificarli. Che la vita e il vivente, che la specie e le sue condizioni di produzione siano diventate la posta in gioco delle lotte politiche, costituisce una novità assoluta nella storia dell'umanità.

¹³ Cass. civ., Sez. I, 16.10.2007, n. 21748, in *Foro It.*, 9, 2008, I, cc. 2609 ss. Sulla sentenza che ha posto fine al noto caso Englaro cfr. L. GAUDINO, *L'ultima libertà*, Udine, 2013; in generale cfr. G. FERRANDO, *Stato vegetativo permanente e sospensione dei trattamenti medici*, in AA.VV., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Milano, 2006, 141 ss.

¹⁴ Cfr. A. GAMBARO, *Comprendere le strategie comunicative del legislatore*, cit., il quale invita l'interprete a mettere in campo adeguate strategie di risposta una volta comprese le strategie comunicative del legislatore.

¹⁵ M. MORI, *Il caso Eluana Englaro*, Bologna, 2008, 239.

¹⁶ Il riferimento è chiaramente a G. ZAGREBELSKY, *La virtù del dubbio. Intervista su etica e diritto*, a cura di G. PRETEROSSO, Roma-Bari, 2007. Interessanti le osservazioni di A. GAMBARO, *op. cit.*, 633 ss., sul criterio ermeneutico, individuato da Cass Sunstein, del *superior democratic pedigree* che impone all'interprete la necessità di comprendere le scelte di *policy* del legislatore.

¹⁷ Tanto più quando i dati scientifici sono assai discussi e criticati. Il diritto si trova, per così dire, a controbilanciare la Scienza biomedica che, se ha il merito di accrescere il benessere psico-fisico, rischia però di ridurre l'uomo a mera “biologia”, ignorando che – come più volte ricordato da S. RODOTÀ (*La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006) – l'uomo è anche “biografia”, ha una sua storia che condiziona e

mancanza di verità apodittiche, pertanto, il principio di laicità dovrebbe guidare i governanti nelle decisioni legislative¹⁸. Laicità che, invece, pare essere estranea al nostro legislatore che non la persegue né rispetto ai poteri religiosi, né rispetto ai poteri scientifici e di mercato forti, che puntano alla medicalizzazione (e alla conseguente mercificazione) della vita. Una laicità che sia anche democratica, d'altra parte, dovrebbe essere presidio del pluralismo religioso, morale e filosofico, e perciò richiede l'idea di un diritto non come "regola di supremazia" di un solo valore o sistemi di valori, ma come "regola di compatibilità" tra valori, paradigmi, significati di vita e di morte differenti¹⁹.

In senso opposto, invece, parrebbe porsi la definizione legale di morte, che risulta un esempio paradigmatico di *ridefinizione* come intesa da Scarpelli: l'art. 1 della legge del 29 dicembre 1993, n. 578²⁰, rubricato *Definizione di morte*, nello stabilire che «[I]a morte si identifica con la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo» seleziona una – per nulla pacifica – delle possibili definizioni presente all'interno del mondo scientifico. Non solo: tale definizione, come si vedrà più avanti, rinvia a criteri di accertamento della morte anche essi non privi di discrezionalità tecnica²¹.

plasma la sua personalità e che non può essere trascurata nelle scelte dolorose: ciò implica, tra l'altro, il riconoscimento del rispetto dell'autodeterminazione individuale nei trattamenti biomedici, poiché il corpo morente è pur sempre la persona interessata e non un oggetto a disposizione del medico.

¹⁸ Nella dottrina civilistica cfr. G. ALPA, *I principi generali*, Trattato G. IUDICA, P. ZATTI, Milano, II ed., 2006, 325 ss.; S. RODOTÀ, *Perché laico*, Roma-Bari, 2009; M.R. MARELLA, *I diritti civili fra laicità e giustizia sociale*, cit. Ma vedi anche L. CARLASSARRE, *Nel segno della Costituzione. La nostra carta per il futuro*, Milano, 2012, 13.

¹⁹ In tal senso S. RODOTÀ, *Per un nuovo statuto del corpo umano*, in A. DI MEO, C. MANCINA (a cura di), *Bioetica*, Bari, 1989. Similmente G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*

²⁰ Recante *Norme per l'accertamento e la certificazione di morte*, in *Gazzetta ufficiale* 8 gennaio 1994, n. 5.

²¹ U.G. NANNINI, *Valori della persona e definizione legale di morte*, Padova, 1996.

2. Definizioni pericolose: morire fra scienza e diritto

Sotto una prima prospettiva, la definizione legale di morte costituisce una utile cartina al tornasole per misurare i rapporti non sempre lineari tra tecnica e diritto, dato che in essa linguaggi, obiettivi e prospettive si intrecciano e si intersecano²². E non solo perché la definizione legale ad oggi vigente, come detto, recepisce una delle possibili definizioni di morte sviluppatesi in ambito scientifico, ma anche perché la stessa può essere considerata dall'interprete opportuna o meno in base all'evoluzione della medicina e della società.

Dal punto di vista medico-legale, infatti, l'accertamento della morte comporta la necessità di porre «una prognosi certa di assenza in atto e di impossibilità di ritorno in potenza delle manifestazioni tipiche della vita»²³. Gli studi tanatologici sono concordi nel ritenere che la morte sia un susseguirsi di fasi, tali per cui si suole parlare di morte *relativa*, morte *intermedia* e morte *assoluta*²⁴. La morte relativa (o clinica) si ha quando vengono meno le funzionalità nervosa e/o cardiaca e/o respiratoria per una disfunzione o per distruzione per danno anatomico cardio-circolatorio, neurologico o respiratorio: in tali casi l'intervento tempestivo dei rianimatori può condurre al ripristino delle funzioni vitali. Per di più con non poche incertezze²⁵.

²² Si veda E. SEVERINO, N. IRTI, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001.

²³ Così F. ALBERTON, R. FOSTINI, *L'accertamento di morte e i trapianti d'organo*, in G. GIUSTI (a cura di), *Trattato di Medicina legale e scienze affini*, Padova, 1998, 787.

²⁴ Cfr. A. DE BERNARDI, *Tanatologia - Le fasi della morte*, in AA.VV., *Manuale di medicina legale*, Milano, 1976, vol. II; F. DE FAZIO, *Medicina necroscopica*, Milano, 1997; F. ALBERTON, R. FOSTINI, *op. cit.*; P. BAIMA BOLLONE, *Medicina legale*, Torino, 2002, 393 ss.; G. UMANI RONCHI, G. BOLINO, F. TRADITI, *La diagnosi di epoca della morte*, Milano, 2002; D. RODRIGUEZ, *Definizione e accertamento della morte: la prospettiva medico legale*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI, *Trattato di Biodiritto*, vol. II a cura di P. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI, *Il governo del corpo*, t. 2, Milano, 2011, 2087 ss.

²⁵ Basti qui aver presente che nella comunità scientifica si sottolinea come la comune accezione di stato di morte corrisponda alla cessazione della respirazione spontanea ed all'arresto cardiaco (F. ALBERTON, R. FOSTINI, *op. cit.*, 788) e non a quella recepita dal nostro legislatore di morte celebrale. Quest'ultima nozione, infatti, fonda la sua origine negli studi di neurologia francese sul coma irreversibile (P. MOLLARET,

Si parla, invece, di morte intermedia quando si realizza la perdita di ogni possibilità di coordinazione fra le funzioni vitali elementari, con conseguente esclusione di qualsiasi reviviscenza al di là di fenomeni di vita residua di singoli componenti degli organismi²⁶. Infine, sopraggiunge la morte assoluta (o biologica), quando cessa qualsiasi attività vitale residua, anche a livello cellulare.

Tale processo, tuttavia, conosce una serie di zone grigie ove neanche le scienze mediche sono in grado di dare risposte univoche, come nel caso del c.d. coma.

Lo stato comatoso è reversibile, e dura in media tre o quattro settimane, passate le quali, se la persona non si risveglia, subentra il c.d. stato vegetativo. Quest'ultimo è caratterizzato dalla ripresa della vigilanza in assenza di ripresa della consapevolezza²⁷. Ciò vuol dire che il soggetto, benché capace di respirare e di avere una attività cardiaca autonoma, non è in grado di avere stati di sofferenza, di piacere e di relazione con il mondo esterno. Pazienti in tali condizioni, purché siano loro garantite idratazione e alimentazione artificiali e cure di base, possono rimanere vitali diversi anni, come testimoniano i casi di Karen Ann Quinlan, Nancy Cruzan, Terry Schiavo, Anthony Bland e, in Italia, Eluana Englaro²⁸.

Peraltro, la persistenza dello stato vegetativo viene accertata dopo un mese dall'instaurazione dello stesso. *Convenzionalmente*, infatti, si distingue tra stato vegetativo "persistente" e stato vegetativo "permanente"²⁹. Il primo non esclude che il paziente possa riprendere coscienza, anche se ciò diviene sempre meno probabile man mano che si prolunga la durata dello stesso. Il secondo, invece, implica che sia trascor-

M. GOULON, *Le coma dépassé (mémoire préliminaire)*, in *Revue neurologique*, n. 101, 1959, 3 ss.).

²⁶ P. BAIMA BOLLONE, *op. cit.*, 394; G. UMANI RONCHI, G. BOLINO, F. TRADITI, *op. cit.*, 35 ss.

²⁷ C.A. DEFANTI, *Morte cerebrale e coma*, in <http://www.treccani.it/>, 2007.

²⁸ Su cui M. MORI, *op. cit.*; C.A. DE FANTI, *Terry Schiavo, Eluana Englaro e l'impatto della bioetica italiana*, in *Bioetica*, 2005, 2, 15 ss.; D. NERI, *Il problema dello SVP e il recente documento del CNB sulle Dichiarazioni anticipate di trattamento*, in *Bioetica*, 2005, 2, 122 ss.

²⁹ Utile glossario in B. ENGLARO, E. NAVE, *Eluana. La libertà e la vita*, Milano, 2008, 165 ss.; L. GAUDINO, *op. cit.*, specialmente 216 ss. e 365 ss.

so un periodo di tempo, che è diverso secondo le circostanze, e in particolare secondo la causa dello stato vegetativo, tale per cui è possibile formulare una prognosi di irreversibilità³⁰.

2.1. Dalla medicalizzazione alla giuridificazione della morte

Considerato che per la medicina la morte dell'essere umano è considerata un processo, occorre valutare in che modo la definizione legale è stata capace di recepire il processo del morire³¹. Quando, in altre parole, si muore per il diritto? Si tratta di un problema, per l'appunto, definitivo, per arrivare alla soluzione del quale hanno giocato un ruolo decisivo interessi biopolitici concorrenti e confliggenti, di certo non neutrali, legati da un lato allo sviluppo delle tecniche di rianimazione, dall'altro a quello della chirurgia dei trapianti³². Le tecniche mediche di rianimazione, in particolare, a partire dalla seconda metà del XX secolo hanno permesso di realizzare ciò che tradizionalmente era impensabile, ossia separare, nell'uomo, la vita vegetativa dalle altre funzioni vitali: sicché non stupisce che da questo momento in poi i concetti basilari della biopolitica e del biodiritto siano stati rimessi in discussione³³.

D'altra parte, la definizione legale di morte si è dimostrata sin dall'inizio strettamente funzionale alle pratiche di espanto e trapianto di organi o, per dirla con le parole di Giorgio Agamben, la morte è diven-

³⁰ C.A. DEFANTI, *op. cit.*

³¹ Il tema del rapporto tra morte e diritto è stato in dottrina sviscerato acutamente da P. RESCIGNO, *La fine della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1982, 634 ss. L'Autore osservava – prima che nel nostro sistema giuridico fosse accolta una definizione legale di morte – che è opportuno per il giurista segnare l'istante della morte proprio per superare il dilemma processo-evento che rimane insoluto nel discorso biomedico.

³² Cfr. P. RESCIGNO, *I confini della vita umana*, in *ID.*, *Danno da procreazione e altri scritti tra etica e diritto*, Milano, 2006, 165 ss.; G. BISCONTINI (a cura di), *La morte e il diritto: il problema dei trapianti d'organo*, Napoli, 1994; T. PASQUINO, *Autodeterminazione e dignità della morte. Saggio di diritto civile*, Padova, 2009, 5 ss.; G. AZZONI, *Quando si muore? Presupposti ideologici e definizioni giuridiche*, in D. CARUSI (a cura di), *Davanti allo specchio. La persona, il diritto, la fine della vita*, Torino, 2013, 15 ss. Fondamentale la sentenza della Corte costituzionale n. 414/1995, reperibile on-line al link <http://www.giurcost.org/decisioni/1995/0414s-95.htm>.

³³ G. AGAMBEN, *L'uso dei corpi*, Vicenza, 2014, 261.

tata «epifenomeno della tecnologia del trapianto»³⁴. Anche la definizione legale di morte recepita dal legislatore italiano nel 1993, quindi, non è scevra di una certa discrezionalità volta a perseguire obiettivi di biopolitica del diritto più o meno dichiarati³⁵.

In ogni caso, con la legge n. 578/1993 può dirsi concluso un fenomeno relativamente nuovo: la morte viene “ospedalizzata”, portando a termine il generale processo di medicalizzazione della vita proprio delle società moderne³⁶. Questa ospedalizzazione contribuisce a esorcizzare la morte come evento naturale, facendola percepire quasi come oggetto di vergogna e di divieto³⁷, dal momento che le nuove tecnologie cercano, di fatto, di ridurre la morte a malattia, e di gestirla in strutture sanitarie proprio come una qualsiasi malattia. E anzi, questa gestione “amministrativa” della morte pone l’interrogativo su chi sia autorizzato a decidere sulla vita/morte del malato terminale³⁸. Così, dopo la vita, anche la morte si trova ad essere giuridificata³⁹.

2.2. *Morire per il diritto*

Una volta che la medicina legale ha statuito che la morte è un avvenimento non immediato ma graduale, poiché essa non estingue in modo istantaneo e globale l’attività di tutte le cellule dell’organismo umano, si è distinto anche fra i giuristi fra morte biologica, da un lato, e morte

³⁴ G. AGAMBEN, *Homo sacer.*, cit., 182; ma in prospettiva strettamente giuridica vedi già P. RESCIGNO, *Morte*, in *Digesto*, IV ed., vol. XI, Torino, 1994, 3 ss.

³⁵ Per l’emanazione della legge n. 578/1993 ha giocato un ruolo decisivo il parere del Comitato Nazionale di Bioetica del 15 febbraio 1991, *Definizione e accertamento della morte nell’uomo*, reperibile on-line al link <http://www.governo.it/bioetica/pdf/2.pdf>.

³⁶ Sulla medicalizzazione della vita cfr. M. FOUCAULT, *La politica della salute nel XVIII secolo*, in A. DAL LAGO (a cura di), *Archivio Foucault II. 1971-1977. Poteri, saperi, strategie*, Milano, 1997, 210 ss.

³⁷ Fondamentale in tal senso l’analisi di P. ARIÈS, *Storia della morte in Occidente. Dal Medioevo ai giorni nostri*, Milano, 1978.

³⁸ S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., *passim*.

³⁹ N. IRTI, *La giuridificazione del bios*, in *Riv. dir. civ.*, 4, 2005, 337 ss.; G. MARINI, *La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche nei diritti della personalità*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 359 ss.

clinica o legale, dall'altro⁴⁰. La prima, come visto, indica la cessazione dell'intero organismo in tutte le sue parti. Tuttavia, non occorre attendere la morte biologica per considerare legalmente morto una persona umana, sicché la seconda, ossia la morte clinica, è *convenzionalmente* disciplinata dal legislatore che mira a individuare in maniera univoca il momento della morte, oltre il quale la persona si estingue e il suo corpo diventa cadavere⁴¹.

La necessità di determinare con certezza legale – anche a costo di realizzare con una ridefinizione legale di morte una *fictio iuris* – l'evento morte diventa un'esigenza tanto scientifica quanto sociale ed etica, essendo generalmente condivisa quella che la dottrina statunitense ha nominato “the dead donor rule”, ossia la regola, morale prima che giuridica, secondo cui si può procedere all'espianto di organi umani ritenuti vitali solo da un cadavere⁴². Il che implica dalla prospettiva del morante che nessun organo gli può essere espantato finché è in vita, mentre dalla prospettiva del medico che esso non compie omicidio espantando al cadavere gli organi per la donazione. La *dead donor rule*, peraltro, rende determinante per la stessa definizione di morte il suo accertamento tramite criteri ritenuti più o meno rigorosi, tanto che lo stesso legislatore italiano del 1993 era ben consapevole delle incertezze scientifiche sul tema e dei molteplici criteri di accertamento della mor-

⁴⁰ F. MANTOVANI, *Morte*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVII, Milano, 1977, 83 ss.; P. RESCIGNO, *Morte*, cit.

⁴¹ Cfr. A. SOMMA, *L'accertamento della morte tra scienza e diritto. Commento alla legge 29 dicembre 1993 n. 578*, in *Corr. giur.*, 1994, 399 ss.; G. BISCONTINI (a cura di), *op. cit.*, *passim*; U.G. NANNINI, *Valori della persona e definizione legale di morte*, cit.; T. PASQUINO, *op. cit.*; S. STEFANELLI, *Autodeterminazione e disposizioni sul corpo*, Perugia, 2011, in particolare 288 ss.; G. BALDINI, *Riflessioni di biodiritto*, Padova, 2012, in particolare 140 ss.

⁴² Si veda J.A. ROBERTSON, *The Dead Donor Rule*, in *Hastings center rep.*, Nov.-Dec. 1999, 6, 6, il quale definisce la regola del donatore morto come quella norma etica e giuridica che richiede che i donatori non siano uccisi allo scopo di ottenere i loro organi. Tale norma non è esplicitata da nessuna legge, ma piuttosto è ricavata logicamente dal divieto di omicidio: diffusamente cfr. R.D. TRUOG, *Defining Death: Getting It Wrong for All the Right Reasons*, 93 *Tex. L. Rev.* 1885 2014-2015. In senso critico cfr. D.A. SHEWMON, *The dead donor rule: lessons from linguistics*, *Kennedy Inst. Ethics J.* 2004d; 14: 277-300.

te, per cui con la definizione legislativa di morte ha inteso indicare una *ratio* unitaria di morte incentrata sulla “morte celebrale totale”, preoccupandosi però anche di indicare gli eventi e i criteri che, caso per caso, soddisfino la condizione enunciata nella stessa definizione di morte⁴³.

In tal modo si recuperano le tecniche tradizionali di accertamento della morte. Storicamente, difatti, l'accertamento della morte è avvenuto dapprima attraverso la pratica della semplice e prolungata osservazione passiva del cadavere e, in seguito, per mezzo del c.d. metodo elettrocardiotanodiagnostico, cioè con la cessazione del respiro e dell'attività cardiaca (in tal senso si esprimeva la legge del 1957, n. 235, sul prelievo di parti dei cadaveri a scopo terapeutico)⁴⁴. Tale metodo era sufficiente a fissare il momento della morte rispetto allo stato della medicina legale di quegli anni e, infatti:

[i] primi interventi del legislatore si collocano in una fase di sviluppo della scienza medica caratterizzata dall'esigenza di consentire trapianti di organi – in particolare la cornea e l'ipofisi – relativamente resistenti

⁴³ Si vedano gli artt. 2, primo e secondo comma, e 4 della legge n. 578/1993, ma diffusamente U.G. NANNINI, *op. cit.*; T. PASQUINO, *op. cit.*; G. BALDINI, *op. cit.* La questione è ben affrontata anche nel parere del Comitato Nazionale di Bioetica del 1991, *Definizione e accertamento della morte nell'uomo*, cit., ove ad esempio si esclude del tutto di dare una qualsiasi rilevanza ai fini dell'accertamento della morte alla nozione di *morte corticale*, vale a dire quando rimangono comunque integri i centri del paleoencefalo e permane attiva la capacità di regolazione centrale delle funzioni omeostatiche e vegetative, compresa la respirazione autonoma. Cfr. le osservazioni critiche di P. BECCHI, *Morte celebrale e trapianto di organi. Una questione di etica giuridica*, Brescia, 2008, il quale mette in luce l'ipocrisia dietro la definizione legale di morte: poiché i criteri utilizzati per accertare la morte celebrale non sono in grado di rilevare la cessazione di *tutte* le funzioni dell'encefalo, «se ne dovrebbe concludere che – a rigor di legge – i prelievi degli organi oggi in Italia avvengono non *post mortem*, ma quando la persona potrebbe essere ancora viva» (152).

⁴⁴ Per una completa analisi dell'evoluzione dei modi di accertamento della morte si vedano U.G. NANNINI, *op. cit.*, e da ultimo F.G. PIZZETTI, *La morte e la legge. La disciplina sulla definizione di morte e l'accertamento della morte legale dall'Unità d'Italia a oggi (e a domani)*, in F.P. DE CEGLIA (a cura di), *Storia della definizione di morte*, Milano, 2014, 391 ss.

alla carenza di ossigeno: vitali, cioè, anche dopo l'arresto della circolazione sanguinea del donatore⁴⁵.

Con lo sviluppo delle tecniche di rianimazione e delle pratiche di espianto e trapianto renale e cardiaco è stato necessario, invece, accordare ai medici diagnosi anticipate di morte, tali da rispettare (almeno formalmente...) la *dead donor rule* e dunque permettere interventi sul corpo umano morente i cui organi espantabili fossero, però, ancora vitali⁴⁶. Non solo: una più aggiornata definizione di morte doveva permettere anche che il chirurgo che effettuasse l'espianto non fosse punibile per omicidio. Con la definizione legale di morte della legge n. 578/1993 si sposta, ridefinendola *convenzionalmente*, la soglia della morte per definire un nuovo *homo sacer*, cioè il morente che può essere ucciso senza incorrere nella sanzione dell'omicidio. Ciò apre le porte all'accertamento della morte tramite il metodo elettro-encefalografico tutt'oggi utilizzato, anche rispetto alla legge 1° aprile 1999, n. 91, recante *Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti*⁴⁷.

I criteri di accertamento della morte recepiti nella legge n. 578 del 1993, d'altronde, sono il risultato della diffusione in ambito scientifico

⁴⁵ Cfr. A. SOMMA, *op. cit.*, 401.

⁴⁶ Cfr. F.G. PIZZETTI, *op. cit.* La *dead donor rule*, peraltro, ha trovato il conforto della Dottrina cattolica, come emerge dal Discorso al XVIII Congresso Internazionale delle Società dei Trapianti (29 agosto 2000) di Giovanni Paolo II, al link: https://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/it/speeches/2000/jul-sep/documents/hf_jp-ii_spe_20000829_transplants.html.

⁴⁷ Su cui E. PALMERINI, *La nuova legge sui trapianti d'organo: prime notazioni*, in *Studium iuris*, 1999, 1312 ss.; V. RIZZO, *I trapianti tra l'attuale «complessità dell'ordinamento» e l'emergere delle «destinazioni solidaristiche»*, in S. MAZZARESE, A. SASSI (a cura di), *Diritto Privato. Studi in onore di Antonio Palazzo*, vol. 2, 675 ss., Torino, 2009; G. BALDINI, *op. cit.*, 138 ss. Questa legge, sebbene valorizzi il principio solidaristico (art. 2 Cost.) cercando di incentivare al massimo la buona pratica della donazione di organi da cadaveri, finisce per porre seri dubbi sulle legittimità del silenzio assenso disciplinato dagli artt. 4 e 5 della legge n. 91/1999: meccanismo teso a «funzionalizzare ad esigenze solidaristiche riconducibili a specifiche finalità necessità terapeutiche il processo legale di formazione della volontà relativa alla donazione dei propri organi» (così G. BALDINI, *op. cit.*, 148), ma che operativamente non ha trovato attuazione.

dei c.d. criteri di Harvard del 1968⁴⁸, basati su uno studio che per la prima volta fa coincidere la morte della persona umana con il «momento in cui il sistema fisiologico dell'organismo cessa di costituire un tutto integrato». Sulla base di tale criterio, il paziente in coma, senza alcun segno di recettività e di responsività, viene considerato in stato di morte cerebrale se, una volta spente le apparecchiature mediche che garantiscono la respirazione per tre minuti:

- 1) non presenta alcuna attività respiratoria;
- 2) cessa qualsiasi movimento spontaneo o provocato;
- 3) sono aboliti tutti i riflessi, compresi quelli del midollo spinale;
- 4) il tracciato elettroencefalografico non presenta alcuna attività elettrica.

Con l'evolversi delle biotecnologie, suddetti criteri sono stati ulteriormente raffinati. La legislazione italiana, oltretutto, è stata tra le prime a recepire i criteri di Harvard, a partire già dal d.m. 11 agosto 1969, sino alla legge n. 578/1993 che rimanda a successivi decreti ministeriali⁴⁹.

3. *La morte dal patrimonio alla persona*

La definizione legale di morte, come detto, non può limitare il discorso giuridico ai soli modi di accertamento della stessa ed occorre «liberarsi dall'idea che il motivo dominante dell'attenzione legislativa, o addirittura la ragione stessa della considerazione normativa della morte, stia nell'intento di fondare la liceità dei trapianti»⁵⁰. La definizione di morte, invero, ritorna oggi alla ribalta nel discorso bioetico e biogi-

⁴⁸ Cfr. VV.AA., *A Definition of Irreversible Coma. Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death*, in *Journal of the American Medical Association*, 205, 1968, 337 ss. Tale studio si basa sull'idea fondamentale che la morte non sia il venir meno di tutto l'organismo ma dell'organismo come un tutto. In dottrina C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, III ed., Torino, 2012, 20 ss.; T. PASQUINO, *op. cit.*, 8 ss.; F.G. PIZZETTI, *op. cit.*, 398; L. GAUDINO, *op. cit.*, in particolare 216 ss.; R.D. TRUOG, *op. cit.*, in particolare 1890 ss.

⁴⁹ Oggi i criteri di accertamento della morte sono disciplinati dal d.m. della Salute 11 aprile 2008, recante l'Aggiornamento del decreto 22 agosto 1994, n. 582 relativo al *Regolamento recante le modalità per l'accertamento e la certificazione di morte*.

⁵⁰ Cfr. P. RESCIGNO, *I confini della vita umana*, cit., 168.

ridico in considerazione della crescente importanza assunta dalla tutela del diritto alla salute (art. 32 Cost.) e all'autodeterminazione personale (artt. 2 e 13 Cost.)⁵¹: diritti fondamentali che trovano la loro sintesi e tutela nella disciplina del consenso informato nel rapporto sanitario-pazienti⁵². Tanto che lo stesso CNB è tornato a pronunciarsi sui criteri di accertamento della morte nel 2010, partendo dal presupposto che vada tenuto distinto il problema dell'accertamento della morte da quello del trapianto d'organi, poiché la definizione e l'accertamento della morte non debbano avere "una finalità ulteriore", ma si deve sempre tenere fermo il principio che la dichiarazione di morte «è indipendente dall'eventuale prelievo di organi e da ogni considerazione di ordine utilitaristico relativa ai costi socio-sanitari della assistenza ai pazienti post-anossici»⁵³.

Da ciò consegue, come vedremo nel paragrafo seguente, che è il diritto privato a giocare un nuovo ruolo nelle dinamiche di potere rispetto

⁵¹ Cfr. P. CENDON, *I malati terminale e i loro diritti*, Milano, 2003.

⁵² Vedi Corte cost. n. 438 del 23 dicembre 2008, in *Foro It.*, 2009, I, cc. 1328 ss. Reperibile anche on-line al link <http://www.giurcost.org/decisioni/2008/0438s-08.html>. Cfr. R. BALDUZZI, D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Gius. cost.*, 6, 2008, 4953 ss.; S. RODOTÀ, *Editoriale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 3 ss. Sul ruolo del consenso informato per l'esercizio dell'autodeterminazione personale cfr. S. RODOTÀ, *La volontà delle scelte*, in G. BONACCHI (a cura di), *Dialoghi di bioetica*, Roma, 2003, 88 ss.; ID., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, specialmente 250 ss.; G. MARINI, *Il consenso*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI, *Trattato di Biodiritto*, vol. I a cura di S. RODOTÀ, M.C. TALLACCHINI, *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010, 361 ss.; C. CASONATO, *Il malato preso sul serio: consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Corte di Cassazione*, in *Quad. cost.*, 2008, 3 ss.; C. COSTANTINI, *Il consenso-dispositivo. Strategie di giuridificazione nella comparazione tra sistemi*, in *Card. elec. L. Bull.*, 2013; V. CALDERAI, *Il problema del consenso nella bioetica*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 321 ss.; G. FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico: principi, problemi e linee di tendenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 37 ss.; G. CATTANEO, *Il consenso del paziente al trattamento chirurgico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, 959 ss.

⁵³ Così CNB, *I criteri di accertamento della morte*, 24 giugno 2010, 2, ove però si rileva che il Comitato «è consapevole che la loro connessione faccia ormai parte del diffuso sentire sociale in materia e che richiami ai trapianti di organi anche in questo documento si debbano tenere presenti soprattutto quando la questione sia colta nella prospettiva pratica».

al corpo morente. Basti pensare che, tradizionalmente, la scienza giuridica non ha mai considerato troppo problematica la morte in sé, ritenendola un fatto così semplice e naturale da non rendere necessaria, a differenza della vita, una «ulteriore determinazione dei suoi elementi»⁵⁴. Ciò, peraltro, non significa che la morte sia stata un fatto indifferente per il diritto. Anzi, da sempre, la morte è rilevante per il diritto privato, essendo ad essa collegata la cessazione della capacità giuridica e, in ambito prettamente patrimoniale, una serie di effetti giuridici per cui è essenziale determinare precisamente il momento della morte, quali ad esempio l'apertura della successione a causa di morte (art. 456 c.c.), le modalità per stabilire la presunzione di morte (art. 58 c.c.)⁵⁵, il caso della commorienza (art. 4 c.c.) o la problematica della risarcibilità del c.d. danno tanatologico (ai sensi dell'art. 2059 c.c.)⁵⁶. Ciò vuol dire, tuttavia, che, data una sempre crescente attenzione per la tutela della persona, è solo da qualche decennio che il concetto di morte «è diventato un problema del diritto»⁵⁷. La definizione legale di morte, invero, si trova oggi a fare i conti con le istanze provenienti dalla tutela dei diritti fondamentali e dallo sviluppo dei diritti della personalità e ciò può essere considerato la prevedibile conseguenza logico-giuridica della medicalizzazione della morte. Se, invero, la medicina tende sempre più a considerare la morte come una malattia e a contrastarla come si fa con le patologie, non deve stupire che il paradigma giuridico (ma, potrei dire, lo stesso processo di giuridificazione) volto a regolare i rapporti tra morente e personale sanitario sia il medesimo che si è affermato nel corso degli ultimi anni e che trova il suo perno nel preminente ruolo che la persona umana ha nell'intero ordinamento (art. 2 Cost.).

⁵⁴ C.F. v. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, tr. it. V. Scialoja, II, Torino, 1888, 16.

⁵⁵ Proprio la disciplina della morte presunta ben mostra come la realtà giuridica possa anche prescindere del tutto dalla realtà fattuale. Cfr. P. RESCIGNO, *Morte*, cit.; nonché A. ALBANESE, *La dichiarazione di morte presunta. L'assenza*, in *Trattato delle successioni e donazioni*, dir. da G. BONILINI, Milano, 2009, 1017 ss.

⁵⁶ Ma sulle implicazioni patrimoniali della morte, diffusamente, cfr. P. RESCIGNO, *Morte*, cit.

⁵⁷ D. CARUSI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Davanti allo specchio*, cit., 3.

A partire dagli anni '60, difatti, a fronte del c.d. disgelò costituzionale e dell'operare della Corte costituzionale⁵⁸, è sorta l'esigenza della civilistica italiana di un ripensamento costituzionalmente orientato della disciplina dei diritti della personalità con apice nell'art. 2 Cost., che ne sancisce l'invulnerabilità e l'immediata precettività nei rapporti tra privati e verso lo Stato⁵⁹. La persona, intesa quale "fine del sistema delle libertà", diventa titolare di quei diritti fondamentali costituenti il patrimonio irriducibile della dignità umana che la Repubblica s'impegna a salvaguardare⁶⁰. In altre parole si assiste ad un vero e proprio superamento del modello antropologico presupposto dal diritto degli Stati liberali, incentrato sull'endiadi proprietà-libertà⁶¹; superamento che

ha determinato, com'è noto, un sensibile ampliamento delle funzioni ascritte al diritto privato, non più inteso soltanto come diritto dei traffici e delle relazioni di mercato. La sfera dell'«essere» ha acquisito un'autonomia rilevanza al fianco di quella – tradizionalmente dominante – dell'«avere»; la tutela della dignità umana si è imposta come una delle finalità essenziali dell'ordinamento ed in particolare della categoria dei diritti della personalità⁶².

⁵⁸ S. RODOTÀ, *Diritti e libertà nella storia d'Italia*, Roma, 2011, in particolare 98 ss.; C. SALVI, *Codice civile e Costituzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, n. 1/2012, 31 ss.

⁵⁹ Cfr. R. NICOLÒ, *op. cit.*; S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, 83 ss.; P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972; C. SALVI, *La giusprivatistica tra codice e scienza*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari, 1990, 233 ss.; N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013. Da ultimo, critico, C. CASTRONOVO, *L'eclissi del diritto civile*, Milano, 2015.

⁶⁰ G. GUARINO, *Lezioni di diritto pubblico*, Milano, 1967, 88; L. CARLASSARRE, *op. cit.*, la quale individua nella persona e nella sua dignità i punti di riferimenti per orientarsi e risolvere problemi complessi.

⁶¹ Da ultimo ne traccia l'*excursus* C. SALVI, *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei*, Bologna, 2015.

⁶² Così G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, 124.

Tale processo di valorizzazione della persona condurrà ad una rilettura delle situazioni giuridiche esistenziali, quali antitetiche rispetto a quelle patrimoniali⁶³.

La valorizzazione della persona e dei suoi diritti fondamentali, di conseguenza, comporta anche una riconsiderazione della morte nel discorso giuridico, dal momento che solo la persona viva gode delle tutele costituzionali, mentre al cadavere è destinata una diversa e specifica disciplina. Disciplina che comunque considera il corpo morto *res* e non più *persona*⁶⁴.

4. La morte da fatto della vita materiale ad atto di autodeterminazione

La determinazione legale della nozione di morte, allora, permette oggi di apprezzare il nesso e le tensioni tra potere sovrano e corpi dei cittadini, costituendo la fase terminale della vita biologica dell'uomo, la vita esposta alla morte, oggetto di nuovi meccanismi e calcoli di poteri pubblici e privati.

Occorre domandarsi, alla fine di queste riflessioni, se oggi sia davvero lo Stato a detenere la potestà di vita e di morte del cittadino, o, invece, se si possa sostenere che nel nostro tempo tutti gli uomini si presentano virtualmente come *sacri*⁶⁵, spettando però a ciascuno la sovrannità sul proprio corpo⁶⁶. Un potere di governo su di sé, quest'ultimo, che in casi *eccezionali* quali quelli del fine vita comporta, a parere di

⁶³ D. MESSINETTI, voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, 1983, 355 ss., spec. 371 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, III ed., Napoli, 2006, specialmente 715 ss.

⁶⁴ Cfr. P. RESCIGNO, *Morte*, cit.; G. BISCONTINI, *op. cit.*, 13, nonché *ivi* l'intervento di F. MASTROPAOLO, 27 ss. Peraltro già A. DE CUPIS (*La morte umana e il diritto*, in *Giur. it.*, 1987, IV, cc. 245 ss.), osservava che, rispetto al defunto, la morte non produce un vuoto giuridico né sul piano patrimoniale né su quello extrapatrimoniale, dal momento che il diritto disciplina le ripercussioni della morte di una persona nell'altrui sfera giuridica; eppure, sebbene tante vicende giuridiche si colleghino alla morte, «il defunto, proprio perché tale, non è al centro di esse, ma solamente all'origine» (c. 246).

⁶⁵ G. AGAMBEN, *op. cit.*, 123.

⁶⁶ P. ZATTI, *Principi e forme del «governo del corpo»*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI, *Trattato di Biodiritto*, vol. II, cit., 99 ss.

chi scrive, il potere della persona di costituire se stessa come vita che può essere uccisa. In altre parole, l'interrogativo che si pone è: chi decide sulla propria morte? L'attualità ci mostra corpi contesi dal medico-scientziato, dai familiari del morente, dallo Stato e dalla persona interessata. Il potere sovrano sul corpo del cittadino sembra transitare dallo Stato, e quindi da una disciplina di diritto pubblico⁶⁷, al cittadino, e quindi ad una disciplina di diritto privato. Quest'ultimo, in particolare, regola le relazioni sociali tra cittadini, ma – al pari del diritto pubblico (che invece predispone l'apparato coercitivo dello Stato) – non è esente da relazioni di potere tra soggetti che si pretendono uguali⁶⁸.

È questo, peraltro, il lascito di quella che Michel Foucault ha definito la “microfisica dei poteri”, ossia del potere che si ramifica in tutte le relazioni sociali, facendosi capillare⁶⁹.

La morte e la sua definizione legale implicano, inevitabilmente, una concezione filosofica dell'uomo e del rapporto tra mente e corpo⁷⁰; concezione che in una società ormai multiculturale e pluralista non dovrebbe essere imposta *de imperio* dal legislatore.

Pertanto, non deve stupire se la nozione di morte coincidente con la cessazione *totale* dell'attività del cervello sia tutt'altro che pacifica e continui a porre numerosi problemi culturali, oltre che etici, scientifici e giuridici⁷¹.

⁶⁷ Come auspicava F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989, IX ed. D'altra parte, come osserva A. FALZEA (*I fatti giuridici della vita materiale*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 473 ss., pubblicato anche in ID., *Voci di Teoria genera del diritto*, Milano, 1985, 497 ss.), proprio con riferimento ai bisogni della vita materiale emerge la più grande distinzione tra modello individualistico e modello solidaristico, dal momento che nel primo la tutela dei bisogni materiali è lasciato al senso morale o religioso dei consociati, mentre nel secondo tali bisogni assurgono ad oggetto della tutela primaria dello Stato.

⁶⁸ M.R. MARELLA, *Metti un po' di softness nell'hard law. A proposito di donne, diritto e nuove forme regolative*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009, 101 ss.

⁶⁹ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Einaudi, Torino, 1993.

⁷⁰ P. ZATTI, *Maschere del diritto volti della vita*, Milano, 2009, 289 ss.

⁷¹ Ciò emerge nettamente dal Parere del CNB del 24 giugno 2010, *cit.*, e in particolare dalla postille della Prof.ssa L. SCARAFFIA, 35 ss., la quale ricorda come la faccenda sia assai dibattuta anche all'interno della Chiesa cattolica. Si discosta dall'interpretazio-

Da una parte, infatti, si affianca alla nozione di morte celebrale totale quella c.d. di morte corticale (o personale), intesa quale perdita irreversibile della (sola) capacità di coscienza e non di tutte le funzioni dell'encefalo⁷².

Dall'altra, vi è chi – al contrario – ritiene indispensabile mantenere ferma la classica nozione di morte quale arresto cardio-respiratorio, così come si fa per tutte le altre forme viventi⁷³.

È opportuno, invero, considerare che le moderne tecnologie di rianimazione permettono all'organismo umano di rimanere vitale persino in assenza delle funzioni encefaliche. Infatti, se l'attuale definizione legale di morte quale cessazione irreversibile di *tutte* le funzioni dell'encefalo ha permesso di incoraggiare la pratica – solidaristica – dei trapianti di organi, sotto un'altra prospettiva, essa ha però contribuito, assieme alle tecniche di rianimazione, a creare la nuova “forma di vita” nelle vari forme dello “stato comatoso”. L'antropologia medica, in particolare, sottolinea come negli stati comatosi si assista ad una nuova forma di oggettivazione della soggettività umana:

la definizione della persona e dell'individualità non è più quella fondata sull'autonomia del soggetto, ma su una nuova interdipendenza fra l'in-

ne della Chiesa di Roma, ad esempio, il cattolico Hans KÜNG (*Della dignità del morire: Una difesa della libera scelta*, Milano, 1996; e da ultimo il bel libro ID., *Morire felici? Lasciare la vita senza paura*, Milano, 2015). Anche in questo ambito, come in tutte le questioni eticamente sensibili, si scontrano diversi paradigmi etici e giuridici. *Amplius* cfr. G. FORNERO, *Bioetica cattolica e bioetica laica*, II ed., Milano, 2009.

⁷² A. SANTOSUOSSO, V. SELLAROLI, *Coscienza, volontà e diritti fondamentali nei pazienti in stato vegetativo*, in M. GALLETTI, S. ZULLO (a cura di), *La vita prima della fine*, Firenze, 2008, 71 ss.

⁷³ Tesi sostenuta con forza da H. JONAS, *Tecnica, medicina ed etica. Passi del principio responsabilità*, Torino, 1997, specialmente 167 ss.; oggi gli argomenti di Jonas sono ripresi da P. BECCHI, *op. cit.* Tra i neurologi contesta aspramente la nozione di morte celebrare lo statunitense D. Alan Shewmon, il quale sostiene che l'encefalo non rappresenta l'organo responsabile della integrazione delle diverse parti corporee che rendono l'organismo un tutto organizzato e funzionante: cfr. D.A. SHEWMON, *Mental Disconnect: 'Physiological Decapitation' as a Heuristic for Understanding 'Brain Death'*, in M. SANCHEZ SORONDO, ed., *The Signs of Death, Vatican City: Pontificia Academia Scientiarum, Scripta Varia* 110, 2007, 292-333.

dividuo sospeso tra la vita e la morte e le persone che gli sono legate da vincoli professionali o affettivi⁷⁴.

Le c.d. procedure di *life-sustaining*, in realtà, hanno esteso e diluito il processo della morte, permettendo addirittura di mantenere alcune funzioni vitali della persona anche quando «sia ormai certo l'irreversibilità del processo agonico e quando le funzioni cerebrali superiori siano irrimediabilmente escluse»⁷⁵. Paradigmatici sono il caso, estremo, del c.d. coma *dépassé* (o oltrecoma), in cui «alle funzioni totali delle funzioni della vita di relazione corrisponde una abolizione altrettanto totale delle funzioni della vita vegetativa»⁷⁶, oppure il caso, dall'impatto mediatico assai più forte, di donne cerebralmente morte che sono mantenute in vita artificialmente al solo scopo di portare a termine la gravidanza⁷⁷.

Nuove sfide, quindi, richiedono al giurista di tornare a riflettere sulla definizione legale di morte, onde valutare se non sia arrivato il momento di ridefinire giuridicamente tale concetto e di capire quale ruolo possa essere lasciato all'autodeterminazione personale nella definizione della nozione di morte. Pare potersi acquisire, difatti, un dato: la morte non può essere più considerato un mero fatto naturale della vita materiale⁷⁸, ma si presta a transitare nella categoria giuridica degli atti⁷⁹, dunque rileva sempre più la volontà del soggetto morente. Il che costituirebbe, con tutta evidenza, un ulteriore argomento a favore di una le-

⁷⁴ G. PIZZA, *Un dialogo necessario*, in F. DI PILLA (a cura di), *Seminario di Bioetica (Perugia, A.A. 2005/2006)*, Roma, 2008, 51. Ampiamente cfr. G. PIZZA, *Antropologia medica. Saperi, pratiche e politiche del corpo*, Roma, XIII rist., 2015.

⁷⁵ G. ORRÙ, *La tutela della dignità umana del morente con particolare riferimento alla letteratura giuridica tedesca*, in L. LOMBARDI VALLAURI (a cura di), *Il meritevole di tutela*, Milano, 1990, 947 ss.

⁷⁶ P. MOLLARET, M. GOULON, *op. cit.*, 4.

⁷⁷ R.D. TRUOG, F.G. MILLER, *The Meaning of Brain Death: A Different View*, 174 *JAMA Intern. Med.* 1215, 1216 (2014); L. ROMNEY, *Tests Show Jahi McMath has Brain Activity, Lawyer Says*, L.A. Times, Oct. 2, 2014, on-line <http://www.latimes.com/local/lanow/la-me-ln-medical-experts-jahi-mcmath-20141002-story.html>.

⁷⁸ A. FALZEA, *op. cit.*, *passim*; A. DE CUPIS, *op. cit.*, c. 245.

⁷⁹ Cfr. R. SACCO (con P. CISIANO), *Il fatto, l'atto, il negozio*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di Diritto Civile*, Torino, 2005, in particolare 404 ss.

gislazione che disciplini le direttive anticipate di trattamento (c.d. “testamento biologico”)⁸⁰ e, finanche, la morte medicalmente assistita. Nella fase finale della vita, invero, il soggetto morente ha diritto ad autodeterminarsi allo stesso modo del soggetto sano, sicché pare condivisibile l’osservazione di come sia contraddittorio

che lo stesso uomo che ha sempre liberamente deciso della propria esistenza, si trovi improvvisamente eterodiretto ed espropriato del proprio corpo per il mero fatto (poiché di questo si tratta) che la medicina dispone di mezzi che ritiene doveroso utilizzare in ogni circostanza. Il diritto di autodeterminazione è dunque, prima di tutto, una forma di garanzia contro una tecnologia il cui “essere” viene considerato un “dover essere”⁸¹.

⁸⁰ Cfr. P. RESCIGNO, *I confine della vita umana*, cit., 169; in generale sul testamento biologico e le direttive anticipate di trattamento cfr.: G. FERRANDO, *Testamento biologico*, in *Enc. dir.*, Annali VII, Milano, 2014, 987 ss.; G.M. FLICK, *A proposito di testamento biologico: spunti per una discussione*, in *Pol. dir.*, 4, 2009, 509 ss.; E. CALÒ, *Il testamento biologico tra diritto e anomia*, Milano, 2008; G. ALPA, *Il principio di autodeterminazione e le direttive anticipate sulle cure mediche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 83 ss.; L. D’AVACK, *Verso un antidestino. Biotecnologie e scelte di vita*, II ed., Torino, 2009, parte V; T. PASQUINO, *op. cit.*, in particolare 113 ss.; S. RODOTÀ, *Perché laico*, cit., 82 ss.; P. ZATTI, *Le «disposizioni del paziente»: ci vorrebbe un legislatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 313 ss.; P. CENDON, *Il testamento per morire in pace*, *Atti del Convegno di Trieste*, 6 aprile 2005, pdf reperibile on-line all’URL <http://www.sigg.it/public/doc/DASCARICARE/314.pdf>; M. DI MASI, *Relazione di cura, autodeterminazione e fine vita: la proposta di «Undirittogentile»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 661 ss. Va dato atto che una prima disciplina delle dichiarazioni anticipate di trattamento può oggi essere trovata nella legge 76/2016, relativa alla *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, ai commi 40 e 41. In particolare, infatti, ai conviventi di fatto è riconosciuto il diritto di «designare l’altro quale suo rappresentante con poteri pieni o limitati:

- a) in caso di malattia che comporta incapacità di intendere e di volere, per le decisioni in materia di salute;
- b) in caso di morte, per quanto riguarda la donazione di organi, le modalità di trattamento del corpo e le celebrazioni funerarie» (comma 40).

Tale designazione, ai sensi del comma 41, è effettuata «in forma scritta e autografa oppure, in caso di impossibilità di redigerla, alla presenza di un testimone».

⁸¹ G. ORRÙ, *op. cit.*, 949 il quale analizza la dottrina tedesca.

Il permettere al soggetto di autodeterminarsi anche rispetto al modo di accertamento della (propria) morte può essere considerata una proposta ragionevole. Seguendo il ragionamento del filosofo Paolo Becchi, infatti, può osservarsi che se è possibile che un soggetto cerebralmente morto non sia (ancora) un cadavere e, pur tuttavia, ciò non impedisce il legale espianto dei suoi organi, e ciò è ritenuto moralmente giustificato – benché di fatto provochi la morte del donatore –, allo stesso modo può ritenersi lecito eticamente e giuridicamente la sospensione di un trattamento sanitario ormai inutile, che prolunga penosamente il processo del morire. Peraltro, come non parliamo di “eutanasia” nel caso del prelievo di organi, non parliamo di eutanasia neanche nel caso di accanimento terapeutico e, forse, non dovremmo parlare di eutanasia neanche nel caso della c.d. morte corticale...

5. Ridefinire la morte

Torno, in conclusione, sul concetto di definizione legislativa.

È stato osservato che la definizione legale di morte recepita nella legge n. 578 del 1993 può considerarsi poco utile o, comunque, sopravvalutata, poiché non è una definizione passibile di autonoma applicazione da parte dei giudici o dei medici, che potranno constatare la morte di una persona solo in virtù dei criteri di accertamento disciplinati in altri articoli della legge e nei Decreti ministeriali di applicazione⁸².

Si è visto quali difficoltà trova, nella prassi, l'applicazione della definizione di morte, sicché è condivisibile il risultato secondo cui nel caso dell'art. 1 della legge n. 578/1993 siamo dinanzi ad una definizione *operativa*⁸³, ove «la descrizione del significato attribuito al termine da definire consiste nella descrizione di una sperimentazione, e dei risultati che questa sperimentazione deve fornire perché si possa corret-

⁸² Così A. BELVEDERE, *Conclusioni*, in D. CARUSI (a cura di), *Davanti allo specchio*, cit., 64, il quale sostiene che in realtà la definizione di morte non è contenuta all'art. 1, ma risulta dall'insieme dei criteri indicati, sicché si tratta di una definizione indiretta e non di una definizione diretta come potrebbe sembrare.

⁸³ Cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., 217 ss.

tamente usare quel termine»⁸⁴. Ne risulta che l'operazione definitoria dell'interprete può realizzare il suo risultato solo in un contesto tecnico-scientifico ben delineato⁸⁵.

La stessa Corte costituzionale, peraltro, ha preso atto che, in realtà, «il problema di determinare quale sia il momento decisivo per ritenere, a tutti gli effetti, estinta la persona umana, costituisce oggetto della attenta valutazione del legislatore», il quale è chiamato a bilanciare «non solo i dati della scienza medica, ma anche il complesso quadro dei valori di riferimento, in sintonia altresì con le altre norme dell'ordinamento, nonché con i principi deontologici e l'espressione del comune sentire»⁸⁶. Se nel 1993, in considerazione dello stato della scienza e del prevalente pensiero, la legge n. 578 risultava aver ponderato al meglio istanze di solidarietà sociale ed esigenze di fondamentale giustizia (rispetto della vita, unicità del concetto di decesso, certezza della irreversibilità di estinzione della persona), occorre constatare il mutato quadro non solo scientifico e di percezione sociale, ma anche biogiuridico, con la conseguente possibilità di rivalutare il bilanciamento dei vari interessi coinvolti.

Il che apre alla possibilità, per l'interprete, di ridefinire la morte, considerandola nella prospettiva di un *discorso* giuridico e finalizzando tale argomento ad operazioni correttive dello stretto diritto⁸⁷. D'altra parte, anche riconoscendo il carattere vincolante delle definizioni legislative, «non significa affatto legare le mani all'interprete», dal momento che, come qualsiasi altra disposizione legislativa, anche per le definizioni legislative può sostenersi che siano «soggette all'interpretazione, ed anche per loro, quindi, si ripropone immutata la questione dei poteri dell'interprete»⁸⁸.

⁸⁴ A. BELVEDERE, *op. cit.*, 65.

⁸⁵ Parla per l'appunto di definizioni contestuali M. DELLACASA, *op. cit.*, 222 ss.

⁸⁶ Corte costituzionale n. 414/1995, cit.

⁸⁷ Riprendendo l'intuizione di A. GENTILI, *op. cit.* Si veda anche N. IRTI, *Codice civile e società politica*, Roma-Bari, 1995, 46, ove l'Autore constata che può «accadere che la definizione sia in conflitto con il contenuto della disciplina, ed allora l'interprete, sciolto da ogni vincolo, riprende la propria libertà critica e confuta o rettifica il *dottrinarismo legislativo*».

⁸⁸ Così A. BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, cit., 162. Ma sul punto si veda pure U.G. NANNINI, *op. cit.*, 95 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile*

Occorre, quindi, considerare la possibilità di pensare ad un'altra definizione legale di morte e, anzi, viene naturale volgere lo sguardo ad altri sistemi giuridici che hanno optato per definizioni e soluzioni giuridiche differenti. Esemplari, a tale proposito, le peculiari soluzioni giuridiche adottate dallo Stato del New Jersey in America⁸⁹ e dal Giappone con la legge 16 luglio 1997, n. 104: soluzioni che consentono a ciascun cittadino di scegliere la concezione di morte che si intende prendere in considerazione nel proprio caso, attraverso direttive anticipate di trattamento⁹⁰. Perché allora non fare un ulteriore passo avanti e permettere al soggetto di optare, se ne ricorrono i presupposti, per la definizione di morte c.d. corticale? Si tratta di soluzioni giuridiche – tanto quelle pre-

nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti, cit., 228-229. In generale, sul ruolo dell'interprete in una prospettiva dinamica e anti-dogmatica, che permetti di storicizzare la norma, cfr. A. CIERVO, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, Roma, 2011.

⁸⁹ Vedi la sezione 6°-1, Titolo XXVI, del New Jersey Code, introdotta dal New Jersey Declaration of Death Act, in vigore dal 1991. La legge prevede come regola l'accertamento della morte con il criterio neurologico. D'altra parte, se il sanitario responsabile dell'accertamento della morte è ragionevolmente convinto che il ricorso al canone neurologico violi le convinzioni religiose del morente, così come ricavabili dalle informazioni precedentemente raccolte nella cartella clinica, o comunicate da un membro della famiglia del paziente o da una qualsiasi altra persona che ne sia a conoscenza, il decesso viene accertato esclusivamente sulla base del criterio cardiocircolatorio (§5).

⁹⁰ Cfr. G. AZZONI, *op. cit.*, 19; F.G. PIZZETTI, *op. cit.*, 409. In Giappone, in particolare, la *Organ Transplant Law*, introdotta nel 1997 e successivamente emendata nel 2009 (con effetto dal 2010 per le parti che qui rilevano), permette il trapianto d'organi in tutti i casi in cui il donatore lo abbia espressamente consentito, mediante un'apposita dichiarazione previamente formulata e sottoscritta in una *donor card*, oppure nei casi in cui la persona non abbia manifestato alcuna intenzione in proposito né in senso favorevole, né contrario. Solo se il soggetto sceglie di donare gli organi, il canone di accertamento del decesso stabilito è quello cerebrale; negli altri casi rileva il diverso criterio cardio-respiratorio: cfr. A. SANTOSUOSSO, F.G. PIZZETTI, *Se il come è tutto: vivere e morire per il diritto*, in *i-lex. Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza artificiale Rivista quadrimestrale on-line: www.i-lex.it*, Novembre 2011, numero 12, 84 ss.; K. AITA, 2009: *Japan approves brain death to increase donors: Will it work?*, *Lancet* 374: 1403-4; ID., 2011: *New organ transplant policies in Japan, including the family-oriented priority donation clause*, *Transplantation* 91: 489-91; in modo puntuale E. MAZZOLENI, *Nōshi. Morte cerebrale nel diritto giapponese. Frammento di biodiritto comparato*, in *Soc. dir.*, 1, 2013, 41 ss.

viste dal Giappone e dal New Jersey, quanto la proposta di una scelta autodeterminativa per la morte corticale nell'ambito delle direttive anticipate di trattamento – che valorizzano moltissimo la personalità, l'identità e l'autodeterminazione di ciascuna persona in tutti i casi “limite”. Soluzioni laiche che, per di più, non solo permettono di abbandonano l'esclusiva logica “tecnica” degli espianti e trapianti di organi, ma che, nel nostro sistema giuridico, troverebbero un sicuro riconoscimento costituzionale negli artt. 2, 3, 13 e 32 della Costituzione⁹¹ e nei principi espressi dalle Carte e dalle Corti sovranazionali ed internazionali⁹².

⁹¹ Cfr. A. SANTOSUOSSO, F.G. PIZZETTI, *op. cit.*, 56 ss.

⁹² Sul ruolo dei principi nazionali e sovranazionali nelle questioni biogiuridiche cfr. G. FERRANDO, *Testamento biologico, cit.*, specialmente 994 ss.; C. CASONATO, *Il fine-vita nel diritto comparato, fra imposizioni, libertà e fuzzy sets*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, Napoli, 2012, 523 ss.; R. CONTI, *Il diritto alla vita nella giurisprudenza delle Alte Corti*, in *Pol. dir.*, 2013, 555 ss.; ID., *I giudici e il biodiritto*, Roma, 2014.

L'UTILIZZO DI DEFINIZIONI “TECNICO-SCIENTIFICHE” NEL DIRITTO

IL RINVIO A CONCETTI PRE-GIURIDICI TRA EFFETTIVITÀ DELLA NORMA E SANZIONE DI SCELTE TECNICHE

Flavio Guella

SOMMARIO: 1. *Nozioni tecnico-scientifiche e scelte del legislatore, dalla biologia alla finanza.* 2. *Definizione e descrizione: la naturale tendenza del diritto a procedere per semplificazioni (selettive) della realtà.* 3. *La natura delle nozioni pre-giuridiche e la relativa “oggettività”: scienza e tecnica nel loro diverso rapporto con il diritto.* 4. *L'interprete tra effettività della norma giuridica e sanzione della regola tecnica: è il potere legislativo che usa la scienza o quello tecnico che usa la legislazione?*

1. Nozioni tecnico-scientifiche e scelte del legislatore, dalla biologia alla finanza

Le fattispecie astratte su cui si fondano i precetti giuridici sono spesso descritte avvalendosi di elementi normativi di carattere anche extra-giuridico, più o meno vaghi. A fronte di questo impiego, per ridurre la vaghezza del precetto è talora lo stesso formante legale – e quindi la scelta politico/legislativa, di diritto positivo – a fissare, recependola dal contesto pre-giuridico, una definizione di tali elementi¹; definizione che è tanto più autorevole quando tale contesto esterno alla sfera del diritto, da cui viene recepita, è quello delle scienze o della tecnica².

¹ Sugli elementi normativi delle fattispecie e la struttura fondamentale delle stesse cfr. ad esempio N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993.

² Sulla distinzione tra scienza e tecnica, tra l'ampia letteratura cfr. S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in ID., *Scritti giuridici*, VI - Excerpta, Milano, 2012, specie par. 4 (8 ss.). Cfr. anche R. MAYNTZ, *Tecnica e tecnologia*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Istituto della Enciclopedia Italiana (Treccani), Roma, 1998, 513 ss.

Esempi particolarmente emblematici in materia sono costituiti dalle definizioni di vita e di morte eventualmente fornite dallo stesso legislatore, su cui da lungo tempo la dottrina si è interrogata³, o – più recentemente, nel contesto della crisi finanziaria – la definizione di equilibrio di bilancio, formalizzata anche in Costituzione⁴. Nozioni, quelle citate, che sono state quindi recepite in testi normativi (venendo di conseguenza cristallizzate), ma che ben prima costituivano elementi tipizzati dalla scienza biologica, dalla tecnica medica, dalle scienze economiche e dalla tecnica ragionieristica di c.d. contabilità pubblica.

Le analisi dottrinali in materia sono spesso accomunate da un approccio che – della scelta del diritto di aderire ad una definizione tecnico/scientifica – valorizza soprattutto i profili problematici: tanto dell'impossibilità di discostarsi dall'oggettività propria di simili definizioni senza menomare l'aderenza del precetto con la realtà, quanto della preoccupazione che tale "oggettività" del dato tecnico/scientifico sia solo apparente (e le scelte politiche di utilizzo di tali definizioni siano, quindi, in un certo senso strumentali)⁵.

³ Cfr. da ultimo S. PENASA, *La legge della scienza. Nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2015 e la dottrina *ivi* citata.

⁴ Tra l'ampia letteratura che si è interrogata sulla nozione costituzionalizzata di equilibrio o pareggio di bilancio, cfr. in particolare R. DI MARIA, *Aspettando la costituzionalizzazione del principio del "pareggio di bilancio": brevi considerazioni sulla natura giuridico-economica del medesimo e rilievo di alcune questioni (ancora) aperte sulla sua potenziale ricaduta, a livello sia interno sia sovranazionale*, in B. ANDÒ, F. VECCHIO (cur.), *Costituzione, globalizzazione e tradizione giuridica europea*, Padova, 2012, 213 ss. dove si dà spazio al tema del rapporto tra nozioni giuridiche e nozioni economiche. Cfr. anche, tra la letteratura in materia, C. BERGONZINI, *Il c.d. "pareggio di bilancio" tra Costituzione e legge n. 243 del 2012: le radici (e gli equivoci) di una riforma controversa*, in *Studium iuris*, fasc. 1, 2014, 15 ss.

⁵ Sul rapporto tra scienza, tecnica e diritto si rinvia – tra i numerosi contributi – anche ai saggi raccolti in P. BONETTI, A. CARDONE, A. CASSATELLA, F. CORTESE, A. DEFENU, A. GUAZZAROTTI (a cura di), *Spazio della tecnica e spazio del potere nella tutela dei diritti sociali*, Roma, 2014, a sottolineare la pluralità di prospettive su cui la questione dei relativi confini viene ad incidere.

Riprendendo in legge le definizioni prima citate si persegue infatti una finalità concreta⁶, rendendo giuridica una nozione che proviene dalla scienza o dalla tecnica e che, solo per questo, si afferma essere oggettiva; ciò mentre evidentemente tale carattere oggettivo è carente e spesso controverso, tant'è che – a dimostrazione – è servito che fosse proprio il legislatore a scegliere, investendo di precettività quelle definizioni (che di tale portata deontica sarebbero altrimenti sfornite).

Ciò che davvero si presenta come peculiare nell'impiego di definizioni tecnico/scientifiche nell'ambito di fattispecie normative, rispetto all'ordinario fenomeno giuridico che comunque procede per astrazioni a delineare le proprie fattispecie, è quindi – da un lato – la pretesa di oggettività delle nozioni impiegate e – dall'altro – il dotare regole pre-giuridiche di una precettività formale anche sul piano del diritto.

Ci si deve quindi chiedere se il rifarsi a tecnica e scienza abbia solamente un fine di legittimazione di una scelta politico/normativa altrimenti comunque possibile, ma così ammantata di oggettività, o se invece la presenza di una definizione pre-giuridica limitava le scelte normative, imponendole (pena loro irragionevolezza nel distaccarsi da elementi descrittivi della realtà, oggettivi e non disponibili al legislatore)⁷.

Ci si deve chiedere, detto altrimenti, se l'oggettività della conoscenza pre-giuridica sia una mera legittimazione (potenzialmente pretestuosa) di scelte politico/normative, o se invece essa costituisca un limite (di ragionevolezza) per le stesse⁸.

⁶ Il trapianto di organi, la convergenza economico/finanziaria europea, etc. Per una descrizione più puntuale delle finalità pratiche perseguite dalle definizioni di pareggio di bilancio, di nascita e di morte cfr. in particolare i saggi di C. Bergonzini, M. Rizzuti, M. Di Masi, nel presente volume (rispettivamente 225 ss., 247 ss. e 267 ss.).

⁷ Sulla ragionevolezza scientifica dei precetti normativi cfr. S. BREYER, *The Interdependence of Science and Law*, in *Science*, Vol. 280, 1998, 537 s. e S. PENASA, *La ragionevolezza scientifica delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 4, 2009, 817 ss.

⁸ Sugli interrogativi circa il come si realizza e/o si gestisce una scissione tra la definizione giuridica e quella non giuridica (i.e. scientifica) di un medesimo fenomeno, e sul quando può essere opportuno che la definizione giuridica diverga da quella scientifica, tra l'ampia letteratura per spunti iniziali si può rinviare a A. FALZEA, *Fatto di sentimento & Fatto di conoscenza*, in ID., *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1985, 539 ss. e 635 ss.

2. Definizione e descrizione: la naturale tendenza del diritto a procedere per semplificazioni (selettive) della realtà

Le premesse filosofiche del discorso in questione possono peraltro essere arricchite di una distinzione fondamentale, che corre tra “descrizione” e “definizione”, utile per apprezzare il diverso apporto qualitativo che un’effettiva definizione scientifica può addurre nel discorso giuridico.

Per descrizione si intende infatti un mero elenco di caratteristiche e proprietà dell’oggetto da identificare, così che il descrivere aspira a riportare tutte le caratteristiche, anche accidentali, che sono presenti nel singolo oggetto (ma non in altri oggetti dello stesso genere). Il descrivere è carente quindi di astrazione, e si presenta come un’attività che rimane strettamente ancorata al fatto, come presente in concreto nella realtà, piuttosto che ad un’idea concettualizzata⁹.

D’altro lato, invece, la definizione vera e propria, secondo la tradizione aristotelica, è “dichiarazione dell’essenza”, ovvero si pone come una definizione in senso tecnico solo se è fatta “per genere prossimo e differenza specifica”; è quindi definizione quella che individua una più vasta classe di enti (genere prossimo) entro la quale si trova la sottoclasse degli oggetti da definire, rilevando poi la – o le – restanti caratteristiche peculiari dell’oggetto che si vuole definire (differenza specifica). Il definire individua pertanto le caratteristiche specifiche e costanti dell’oggetto descritto, ed è così un’attività che si caratterizza per il proprio apprezzabile livello di astrazione dalla realtà fattuale¹⁰.

⁹ Per un esempio classico, la descrizione dell’uomo – come descrizione propriamente intesa – fa riferimento ad un mammifero, con due braccia, due gambe, senziente, razionale, etc.; individuazione operata quindi per accumulo di vari elementi, come negli esempi tipici della filosofia classica, e in particolare per come formulata nella logica aristotelica.

¹⁰ La definizione di uomo operata nella logica aristotelica, rispetto all’esempio di descrizione prima citato, opera invece una scelta (selettiva) e individua l’uomo semplicemente come essere senziente e razionale (quali caratteristiche imprescindibili ma sufficienti). Cfr. L. DAPPIANO, *Le parti e l’intero nella concezione di Aristotele: La hologia come progetto di metafisica descrittiva (Parte I)*, in *Axiomathes*, vol. 4.1, 1993, 75 ss.

Il descrivere può quindi essere maggiormente neutro rispetto al definire: si descrive la situazione clinica in cui si trova Tizio, le cui funzioni vitali sono cessate, ed è possibile quindi elencare in modo oggettivo – certativo – i fatti nei quali tali cessazioni si manifestano (stando all'esempio da cui si è partiti: cessazione della respirazione, cessazione del battito cardiaco, cessazione dell'attività encefalica, etc.). In questa prospettiva, il descrivere non è compito del legislatore ma dell'operatore nell'applicazione del diritto ai casi concreti e, sempre per l'esempio citato, l'attività descrittiva è propria del medico legale che agisce su un piano tecnico/valutativo, non politico/discrezionale¹¹.

La descrizione dei fatti non è quindi estranea al fenomeno giuridico, ma si addice maggiormente al formante giurisprudenziale, strettamente connesso al momento applicativo, piuttosto che a quello legislativo (fondato sull'astrazione delle fattispecie). E, non a caso, se il descrivere è comunque all'origine del fenomeno giuridico analizzato nel suo farsi casistico e legato alla descrizione dei casi concreti, è coerentemente proprio nel diritto romano – quale esperienza per eccellenza fondata su un approccio giurisprudenziale – che è stato formulato il noto brocardo per cui *omnis definitio in iure civili periculosa est; parum est enim, ut non subverti possit*¹².

Descrivere attiene tuttavia ad un approccio strettamente legato al fatto concreto, in origine acriticamente considerato, mentre il definire implica scelte, critiche e finalizzate: si sceglie – sempre rifacendosi all'esempio citato – quali tra tutte le cessazioni delle funzioni vitali saranno considerate rilevanti per definire lo stato di morte, e quali caratteristiche – non accidentali ma necessarie – devono avere (ad esempio, l'irreversibilità, etc.); e, ciò, al fine di selezionare quegli elementi utili per promuovere la trapiantabilità degli organi.

Il fenomeno giuridico, nel manifestarsi del formante legale e nell'astrazione della giurisprudenza matura, acquisisce quindi per sua natura aspirazioni che vanno oltre la casistica e richiedono, necessaria-

¹¹ Sull'attività certativa nel diritto cfr. per spunti introduttivi A. FALZEA, *Voci di teoria generale del diritto: accertamento, apparenza, capacità*, Milano, 1978.

¹² Lucio Giavoleno Prisco, *Digesto* (D 50. 17. 202). Cfr. anche A. CADOPPI (a cura di), *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale: omnis definitio in iure periculosa?*, Padova, 1996, per un'attualizzazione del tema.

mente, l'impiego di definizioni non neutrali¹³; definizioni che si pongono anzi come scelte semplificatrici che selezionano il reale, che devono quindi legittimarsi per la loro aderenza (oggettiva) alla realtà, ma che al contempo incidono sulla stessa, assumendo la forza precettiva del diritto che le utilizza.

Il diritto di conseguenza per sua natura “definisce”, descrivendo *pro futuro* fattispecie generali e astratte, prima di porre un precetto riferito alle stesse (una qualificazione giuridica, che attribuisce conseguenze al verificarsi di una situazione descritta prognosticamente). Legiferare, in questo senso, è fisiologicamente in parte anche un (ri)descrivere normativamente – in termini di “dover essere” – una fattispecie già descrivibile empiricamente, cioè già potenzialmente vera sul piano di un “essere” (in quando passibile di verificarsi in natura)¹⁴.

Fissando regole giuridiche si pronosticano fatti futuri, ponendo regole per le azioni non ancora compiute, scegliendo e selezionando così gli elementi della fattispecie che serviranno per fissare il campo di applicazione e il precetto. La descrizione che attinge alla realtà (la parte fattuale, il potenziale “essere” attinto dalla realtà prevedibile), rinviando a elementi descrittivi della fattispecie, effettua una semplificazione – a fini di prevedibilità – della realtà e, in questo senso, la definizione è sempre prognostica nel fissare il campo di applicazione per applicazioni future. D'altra parte, la descrizione che attinge invece al precetto (la parte giuridica/precettiva, il “dover essere”), e lo fa rinviando a istituti che qualificano le regole in modo sintetico, si sostanzia in una formalizzazione che vuole selezionare le realtà possibili; ciò qualificando alcune delle possibili situazioni future come lecite e altre (altrettanto possibili) situazioni future come invece illecite, stabilendo quindi una

¹³ Sul carattere casistico o astrattivo del diritto (e sull'origine del pensiero giuridico come esperienza radicata in entrambe le esigenze), tra l'ampia letteratura si rinvia specificamente allo studio fatto da L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967.

¹⁴ Su “essere” e “dover essere”, come categorie utilizzabili nella spiegazione del fenomeno giuridico, cfr. A. BARATTA, *Ricerche su “essere” e “dover essere”: nell'esperienza normativa e nella scienza del diritto*, Milano, 1968. Si rinvia ovviamente anche a G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto. Diritto naturale e scienza dello Stato*, Milano, 2006 (ed. originale Berlino, 1820).

modalità deontica che incentiva comportamenti corrispondenti ad una sola tra le varie possibilità di azione presenti in natura¹⁵.

3. *La natura delle nozioni pre-giuridiche e la relativa "oggettività": scienza e tecnica nel loro diverso rapporto con il diritto*

L'impiego di definizioni specificamente tecnico/scientifiche nel diritto positivo presenta peraltro sue proprie peculiarità rispetto al normale utilizzo delle definizioni positive, sempre utilizzate per tratteggiare i confini delle fattispecie.

A questo riguardo è utile distinguere il problema del definire le fattispecie come compito affidato agli spazi della tecnica, del diritto o della politica; ciò al fine di rispondere alla domanda del se la politica sia libera di porre regole giuridiche che descrivono la propria fattispecie in modo difforme dalle acquisizioni tecnico/scientifiche. Domanda la cui risposta sembra dipendere dal se la tecno/scienza, a sua volta, descriva un essere o un dover essere.

Se infatti la conoscenza scientifica rileva una regolarità¹⁶, il diritto per essere effettivo (e ragionevole) deve logicamente recepire l'esistenza di tali regolarità presenti "nella natura delle cose", pena la sua ineffettività una volta che l'applicazione si venga a scontrare con le difficoltà dell'immodificabilità dei fatti reali¹⁷. Ciò tuttavia va relativizzato, posto che alcuni interventi normativi potranno anche voler correggere la realtà incentivando appunto – con appositi precetti – comportamenti corrispondenti ad un certo risultato atteso (qualificando come illecite le altre situazioni, comunque naturalisticamente possibili); il che deve però porsi come il risultato di un intervento consapevole, non invece come il frutto della negazione della realtà operata dando descrizioni

¹⁵ Su campo di applicazione e precetto, per uno studio sistematico cfr. in particolare E. RUSSO, *L'interpretazione delle leggi civili*, Torino, 2000, 217 ss. e 257 ss.

¹⁶ Sulla distinzione tra regola e regolarità cfr. G. TARELLO, *Organizzazione giuridica e società moderna*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, I. *Diritto pubblico generale*, Bologna, 1997, 9 ss.

¹⁷ Sull'idea di *Natur der Sache* nel diritto cfr. G. ORRÙ, *I criteri extralegali di integrazione del diritto positivo nella dottrina tedesca contemporanea*, Milano, 1997, 47 ss.

delle fattispecie non rispondenti al vero. D'altro lato, spesso (o forse sempre) le stesse evidenze tecnico/scientifiche sono controverse¹⁸ e, in tali condizioni, naturalmente la politica stessa (per mezzo del diritto) può assumere sue proprie scelte tra diversi paradigmi tecnico/scientifici, sebbene ciò debba essere operato a sua volta entro il limite della ragionevolezza¹⁹.

Al contrario, se non ci si trova di fronte a “regolarità” scientificamente registrate, ed invece è la tecnica che ha posto a sua volta una “regola”, manca – in questo caso – una vera definizione scientifica (pre-normativa), e semplicemente si viene ad utilizzare un precetto extra-giuridico dettato da quel particolare ordinamento formale che è la tecnica²⁰. La tecnica è infatti essa stessa, come il diritto, costituita in un insieme di norme che regolano la pratica di un'attività ma, a differenza del diritto, ciò è operato per scopi eminentemente pratico-settoriali e – soprattutto – senza l'assistenza della sanzione giuridica (ovvero, di un rimedio giurisdizionale), che accompagna le sole modalità deontiche riconosciute dal diritto formale dello Stato²¹.

¹⁸ Sul carattere controverso della scienza, in specifico rapporto con il diritto, cfr. tra i numerosi contributi ad esempio A. VENTURI, *Questioni tecnico-scientifiche e tutela delle posizioni giuridiche*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 3, 2006, 525 ss. ma anche i numerosi spunti già in L. VIOLINI, *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo: sostanze cancerogene e centrali nucleari negli Stati Uniti*, Milano, 1986.

¹⁹ Su un'esperienza specifica in cui il diritto ha definito cosa può essere considerato scienza e cosa no, stabilendo i caratteri e gli indici di attendibilità per considerare date teorie come scientificamente verificate, cfr. la giurisprudenza statunitense in materia di c.d. disegno intelligente: *Edwards v. Aguillard*, 482 U.S. 578 (1987) e *Tammy Kitzmiller, et al. v. Dover Area School District, et al.* (400 F. Supp. 2d 707, Docket No. 4cv2688). Sul tema sia consentito rinviare a F. GUELLA, C. PICIOCCHI, *Libera manifestazione del pensiero tra fatti di sentimento e fatti di conoscenza*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 4, 2013, 848 ss.

²⁰ Cfr. sulla portata deontica della tecnica (e relativi problemi) L. PALAZZANI, *Etiche e diritto nell'era della tecno-scienza*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 4. Speciale, 2015, 125 ss.

²¹ Sulla coesistenzialità della sanzione (i.e. di un elemento rimediabile) al fenomeno giuridico si rinvia alla trattazione classica di H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 2000 (ed. originale 1945), 16 ss.

In questo senso, gli interventi normativi possono liberamente usare o non usare la regola tecnica, e questa opzione di utilizzo integrerà scelta di merito, che non potrà essere qualificata nei medesimi termini di oggettività e di necessarietà che si sono visti caratterizzare le verità scientifiche (davvero pre-giuridiche perché legate a regolarità naturali).

L'esempio della contabilità pubblica è a riguardo particolarmente pertinente, in quanto la stessa si compone di regole di gestione; regole di buona prassi contabile che sono deontiche e tecnicamente giustificate, ma che possono essere naturalisticamente violate e non costituiscono quindi una regolarità dei fenomeni macroeconomici²². La contabilità pubblica non è quindi assimilabile qualitativamente alla vera scienza economica, fondata sulle "leggi universali" dell'incontro tra domanda e offerta, etc., che registrano il come i mercati finanziari funzionano con la stessa aspirazione al descrivere regolarità "oggettive" che può connotare i meccanismi di fondo della psicologia comportamentale; la contabilità pubblica è invece un insieme di regole costruite tenendo conto (anche) di ciò, ma non è latrice di regolarità scientifiche (falsificabili) bensì di regole tecniche (violabili).

Se quindi il diritto fa proprie tali regole non giuridiche (ma comunque non partecipanti della natura delle regolarità pre-deontiche), assumendone la definizione come una componente delle fattispecie legislative, la conseguenza sarà che la violazione della regola tecnica (contabile) verrà sanzionata dal potere coercitivo dello Stato. Cosa che altrimenti non sarebbe accaduta, la violazione delle regole meramente ragionieristiche di buona contabilità potendo essere al più sanzionata dai "mercati"²³. Il diritto, quindi, in questo caso rafforza un altro potere – quello tecnico – e così assume un ruolo di meta-regolamentazione, disciplinando (giuridicamente) l'utilizzo di una disciplina (tecnica) che di

²² Per un inquadramento generale della natura tecnica della contabilità pubblica cfr. M. SCIASCIA, *Diritto delle gestioni pubbliche*, Milano, 2007.

²³ Cfr. F.S. MISHKIN, S.G. EAKINS, G. FORESTIERI, *Istituzioni e mercati finanziari*, Milano, 2007. Cfr. anche RIVOSECCHI G., *L'indirizzo politico finanziario tra Costituzione italiana e vincoli europei*, Padova, 2007 e CARBONI G.G., *La responsabilità finanziaria nel diritto costituzionale europeo*, Torino, 2006, per il rapporto tra struttura normativo/costituzionale della finanza pubblica e conseguenze sul piano economico/finanziario.

conseguenza diviene cogente non per la sua valenza pratica, ma per la sanzione riconosciuta dallo Stato a presidio delle sue prescrizioni.

Al contrario, rimanendo nell'ambito degli esempi citati inizialmente, le definizioni della biologia traggono la loro oggettività direttamente da regolarità naturali. Come nei casi citati relativi al momento di inizio e di fine della vita, se manca ossigeno ai polmoni – e se la definizione legale di nascita viene connessa al primo respiro – manca un'evidenza della possibilità che il feto, che non ha inalato neppure una volta, possa essere considerato nato, in quanto non si è mai registrato (sperimentalmente) un caso di sopravvivenza in tali condizioni²⁴. Alla base di una regolarità vi è quindi l'oggettività del metodo sperimentale, che non individua – nelle definizioni che viene a fondare – una verità assoluta, bensì una verità (finora) mai controvertita²⁵.

Se invece un bilancio pubblico è in deficit – rimanendo agli esempi da cui si era partiti – non vi è evidenza sperimentale che immancabilmente la moneta si deprezzerà e che lo spread crescerà: questi avvenimenti che possiamo ragionevolmente attenderci, sul piano tecnico, potrebbero invece non accadere (e in concreto talora non sono stati registrati) per il concorso di altre ragioni²⁶.

Mentre le previsioni scientifiche sono quindi falsificabili, ma alla loro falsificazione consegue la necessità di cambiare la legge scientifica in oggetto, la regola tecnica può invece essere violata ma rimanere valida, esattamente come una regola giuridica, ma senza applicazione di una sanzione. Ed è proprio l'assenza di una sanzione a caratterizzare quindi la marcata differenza che corre tra sfera del diritto e sfera della tecnica, in quanto – sempre restando agli esempi citati – mentre la biologia è scienza, che si fonda su verità sperimentali, già la medicina si presenta invece come una tecnica i cui precetti sono seguiti non perché

²⁴ Per l'analisi del carattere relativo delle nozioni legate a inizio e fine vita cfr. i contributi di M. Rizzuti e M. Di Masi nel presente volume (rispettivamente 247 ss. e 267 ss.).

²⁵ Su metodo sperimentale e falsificabilità cfr. K. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, Torino, 1970 (ed. originale 1934); ID., *Congetture e confutazioni. Lo sviluppo della conoscenza scientifica*, Bologna, 2009 (ed. originale 1969-72); ID., *Conoscenza oggettiva. Un punto di vista evolutivista*, Roma, 1975 (ed. originale 1972).

²⁶ Per l'analisi del carattere relativo delle nozioni legate all'equilibrio di bilancio cfr. il contributo di C. Bergonzini nel presente volume, 225 ss.

al di fuori della stessa ci si scontrerebbe con regolarità non violabili, né perché vi sia ontologicamente una sanzione formale per il mancato rispetto di tali regole; al contrario – prima di qualunque altra considerazione – le regole di buona prassi medica sono rispettate perché non seguirle rende più probabile il raggiungimento di esiti infausti (e analoghe considerazioni valgono per la contabilità pubblica).

Solo se il diritto fa quindi propria una definizione davvero scientifica, non aggiunge nulla alla realtà, ma semplicemente ne usa una descrizione per essere aderente ai fatti pre-giuridici e guadagnare in effettività; in tale ipotesi il diritto utilizza un altro potere, quello della scienza, mentre quando la regola giuridica incorpora – impiegandone le definizioni – una regola tecnica, finisce al contrario per “farsi usare” da una dimensione di potere esterno alle logiche del diritto positivo²⁷.

4. L'interprete tra effettività della norma giuridica e sanzione della regola tecnica: è il potere legislativo che usa la scienza o quello tecnico che usa la legislazione?

Il rapporto tra definizione tecnico/scientifica e precetto legale sembra quindi dover essere verificato apprezzando anche se la scelta definitoria giuridica incida o meno sull'effettività della norma e, pertanto, se è o meno il diritto che – usando una definizione pre-giuridica – rafforza una propria regola cercando di acquisire effettività aderendo ad una regolarità scientifica (e quindi alla forza incontrovertibile dei fatti).

Il selezionare gli elementi essenziali della nascita, della morte, dell'equilibrio di bilancio, in modo incoerente con la “vitalità medica” e la “stabilità finanziaria” (derivante dalle dinamiche reali degli organismi e dei comportamenti finanziari), può avere infatti conseguenze negative sull'applicazione dei precetti legali. Rimane nondimeno la profonda differenza cui si è fatto riferimento, che corre tra il recepimento in legge di una definizione propriamente scientifica e la codificazione legale di una definizione meramente tecnica. Tali due opzioni hanno infatti

²⁷ Sul rapporto tra potere politico e tecnica cfr. anche P. DE IOANNA, L. LANDI, *Politica, tecnica e democrazia: un rapporto cruciale*, Milano, 2012.

finalità ed effetti diversi, alla prima riconnettendosi la volontà di usare la forza dei fatti nel descrivere le fattispecie legali in aderenza alla realtà, evitando l'irragionevolezza di un precetto legale che non accolga la "natura delle cose", pre-giuridica; la seconda mette invece la precettività del diritto al servizio del potere della tecnica – e relativi paradigmi definitivi – assistendo con sanzione giuridica regole di buona prassi che altrimenti fonderebbero la propria forza unicamente sulla convenienza pratica di seguire quelle soluzioni²⁸.

Entrambi i casi rientrano comunque nella più ampia fenomenologia del diritto che necessita di qualificare la realtà e, quindi, nel tema degli elementi normativi extra-giuridici delle fattispecie, comprensivo dell'interpretazione autentica e della definizione legale dei concetti rilevanti per il diritto; ipotesi, quelle citate, che possono in definitiva essere entrambe ricondotte alla teoria dell'interpretazione, e alle norme sull'interpretazione di tipo non metodologico ma che vogliono direttamente prescrivere l'ascrizione di precisi significati a singoli termini²⁹.

È a riguardo importante notare che, tra le prescrizioni normative sull'interpretazione non metodologiche³⁰, la distinzione fondamentale corre proprio tra definizioni legali, da un lato, in cui le disposizioni ascrittive di significato si riferiscono alle sole disposizioni poste contestualmente alla stessa norma definitoria, e interpretazioni autentiche, dall'altro, in cui le disposizioni successive pretendono di vincolare "retroattivamente" l'esegesi di testi preesistenti, prescrivendo così l'accoglimento di un contenuto normativo solo in un secondo tempo precisato³¹.

Se quindi nel secondo caso si avrà un'interpretazione autentica propriamente detta, nel primo caso invece si tratterà di disposizioni definitive, poste – assieme a quelle direttamente precettive – nel (medesimo)

²⁸ Cfr. *supra* il par. 3.

²⁹ Sulla teoria dell'interpretazione e le definizioni sia consentito rinviare a F. GUELLA, *Retroattività delle prescrizioni normative sull'interpretazione: interpretazione autentica e disposizioni definitive in prospettiva comparata*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, fasc. 3, 2010, 1310 ss., oltre che agli ulteriori riferimenti *ivi* riportati.

³⁰ Quale ad esempio è invece l'art. 12 delle preleggi.

³¹ Ferma restando comunque l'appartenenza delle norme definitive e di quelle di interpretazione autentica ad un medesimo *genus*, comune radice testimoniata pure dall'assimilazione tra i due fenomeni; cfr. M. ROTONDI, *Legge (interpretazione della)*, in *N.D.I.*, VII, Torino, 1938.

momento iniziale della produzione normativa. Mentre l'interpretazione autentica si connota per il carattere (apparentemente) retroattivo dei precetti concernenti le modalità esecutive da seguirsi, e incide sul potere applicativo della disposizione che aveva già avuto occasione di essere applicata³², le definizioni legali costituiscono invece un vincolo per l'interprete posto fin dall'inizio, e tale vincolo viene ammantato di oggettività dal legislatore – che definendo vuole vincolare l'interprete – proprio quando il diritto positivo fa riferimento non a una mera scelta politica, ma a un dato pre-giuridico tratto dalla scienza o dalla tecnica.

Una rilevante questione applicativa, a riguardo, può quindi attenere alla libertà dell'interprete – in questi casi – di discostarsi da una definizione legale che pretendeva di attingere all'oggettività di conoscenze esterne al dato positivo; ciò specie nel caso in cui successivamente alla definizione legale le acquisizioni tecnico/scientifiche dovessero venire a mutare³³. Il dubbio, in questi casi, potrebbe così sorgere circa il se la definizione tecnico/scientifica positivizzata dal legislatore debba essere assunta come un rinvio fisso o un rinvio mobile³⁴ ad un corpo di saperi e di regole esterni al diritto positivo; questione che rimane aperta a soluzioni diverse a seconda che si voglia valorizzare una (difficilmente percorribile) delega al potere giudiziario del potere di verifica della de-

³² Sull'interpretazione autentica e la sua non retroattività cfr. G. RONCAGLI, *L'interpretazione autentica*, Milano, 1954; G. VERDE, *L'interpretazione autentica della legge*, Torino, 1997; A. ANZON (a cura di), *Le leggi di interpretazione autentica tra Corte costituzionale e legislatore*, Torino, 2001; A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Milano, 2003. Proprio in tale carattere "retroattivo di fatto", peraltro, risiedono i profili più problematici dell'interpretazione autentica strettamente intesa, che valgono a distinguerla dalle altre disposizioni definitorie; profili che si possono riassumere nella capacità di tali norme di incidere sulla separazione dei poteri e sul legittimo affidamento dei cittadini.

³³ Sulla mutevolezza dei paradigmi, tra paradigma biologico e paradigma giuridico (e conseguente interrogativo sul se il diritto possa diventare desueto per il mutare della scienza e della tecnica, e su quali risposte debba dare l'interprete sul piano dell'equità), cfr. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012, 16 ss.

³⁴ Sulla struttura formale della produzione normativa mediante rinvio, per spunti di riflessione circa l'applicazione delle medesime logiche anche ai concetti tecnici positivizzati, cfr. da G. BARILE, *Costituzione e rinvio mobile a diritto straniero, diritto canonico, diritto comunitario, diritto internazionale: alcune considerazioni in tema*, Padova, 1987.

suetudine del dato legislativo³⁵, ovvero un meno impegnativo recupero di discrezionalità per l'interprete nell'apprezzare le definizioni legali alla luce della *ratio* seguita dal legislatore storico (nell'aderire a quella specifica definizione scientifica, al tempo non controversa), aggiornando però il precetto così ricavato anche alle successive acquisizioni tecnico/scientifiche.

³⁵ Cfr. per il consolidato atteggiamento di ridimensionamento di un qualunque riconoscimento del fenomeno della desuetudine nell'ordinamento statale maturo, a partire da S. SOLAZZI, *La desuetudine della legge*, Modena, 1929.

SEZIONE V

SPAZIO E DEFINIZIONI

*CON-FUSIONI: LA DEFINIZIONE DI «PRINCIPIO»
NELLE DISPOSIZIONI FINALI DELLA CARTA
DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE
EUROPEA TRA SCHEMI CONCETTUALI PROPRI
DELL'ORDINAMENTO UE
E PRASSI COSTITUZIONALI NAZIONALI*

Alessia-Ottavia Cozzi

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. All'origine della parola «principi» nelle disposizioni finali della Carta dei diritti dell'Unione europea. 3. Prima dimensione spaziale: suggestioni costituzionali nazionali nei lavori preparatori e nei primi interpreti della Carta. 4. Seconda dimensione spaziale: la distinzione tra diritti e principi nelle Conclusioni del caso Maribel Dominguez. 5. (segue) La qualificazione dei principi secondo le categorie giuridiche dell'ordinamento europeo; i casi AMS e Glatzel. 6. Effetti di un processo di assimilazione. 7. Conclusioni.

1. Introduzione

Il presente contributo ha ad oggetto la definizione dell'espressione «principi» contenuta nelle disposizioni finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La riflessione che segue si sviluppa su due dimensioni, cui si è data una connotazione spaziale. La prima dimensione ha ad oggetto un transito verticale, dagli ordinamenti nazionali alla dimensione dell'Unione europea. Essa attraversa i lavori preparatori della Carta e le prime letture della nozione di principi nella letteratura e nelle conclusioni di Avvocati Generali. Lo scopo è di mostrare come la categoria sia nata e sia stata inizialmente guardata attraverso suggestioni tratte dagli ordinamenti costituzionali nazionali. La seconda dimensione è interna al diritto dell'Unione europea e attiene ai canoni che iniziano ad emergere nella giurisprudenza della Corte di giustizia in merito all'interpretazione della nozione di principi.

Occorre avvertire preliminarmente che la nozione di principi contenuta nelle disposizioni finali della Carta è analizzata dalla dottrina e dalla giurisprudenza attraverso una serie di categorie giuridiche che necessiterebbero esse stesse di una definizione. Espressioni come “giustiziabilità” o “effetto diretto” richiedono tutte, a ben guardare, uno sforzo definitorio per un loro esatto inquadramento. Si tenterà, nel prosieguo del contributo, di chiarire il significato delle singole categorie utilizzate, con la consapevolezza che il termine «principi» ha prodotto una concatenazione definitoria che ha indotto confusione, più che chiarezza, nei concetti utilizzati.

2. All'origine della parola «principi» nelle disposizioni finali della Carta dei diritti dell'Unione europea

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (di seguito Carta) è entrata in vigore il 1° dicembre 2009 per effetto del rinvio contenuto nell'art. 6, par. 1, Trattato sull'Unione europea, come modificato dal Trattato di Lisbona¹. La Carta ha oggi lo stesso valore giuridico dei Trattati. Essa costituisce il primo *Bill of Rights* scritto e contenuto in un documento unitario dell'Unione europea. Risalendo alle sue origini, il testo fu redatto da un organo composto dai rappresentanti delle istituzioni dell'Unione, dei Governi e dei Parlamenti nazionali (di seguito prima Convenzione) e fu proclamato a Nizza dal Parlamento, dalla Commissione e dal Consiglio il 7 dicembre 2000². Nel 2003, il testo fu incorporato, con alcune modifiche nelle disposizioni finali, quale Parte

¹ Versione consolidata in GUUE C326 del 26.10.2012, 391 ss.

² Testo in GUCE C-364/01, doc. n. 2000/C 364/01. Nella amplissima letteratura, limitatamente alle disposizioni finali nella versione originaria, M. CARTABIA, *Art. 51*, e T. GROPPI, *Art. 52*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001, 345 ss.; R. ALONSO GARCÍA, *Le clausole orizzontali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 1 ss.; in generale, i contributi contenuti in A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI, A. RUGGERI, A. SAITTA, G. SILVESTRI (a cura di), *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Milano, 2003. Il presente contributo non tratta nel rapporto tra Carta e Convenzione europea dei diritti dell'uomo, cui sono dedicati l'art. 52, par. 3, e l'art. 53 delle disposizioni finali.

Il del Trattato istitutivo di una Costituzione per l'Europa ad opera della Convenzione sul futuro dell'Europa (di seguito seconda Convenzione)³, seguita da una conferenza intergovernativa⁴. Il progetto costituzionale fallì, ma le modifiche introdotte nel documento sono rimaste. L'entrata in vigore della Carta ad opera del Trattato di Lisbona fu preceduta da un lungo periodo di interregno in cui il documento non era formalmente in vigore, ma veniva richiamato dagli Avvocati Generali, dalla Corte di giustizia e dalle giurisdizioni nazionali con funzione essenzialmente ricognitiva e confermativa di diritti fondamentali preesistenti.

Le disposizioni finali della Carta introducono una distinzione tra «diritti» e «principi». La distinzione era già presente, senza alcuna specificazione, nel Preambolo e nell'art. 51, par. 1, della Carta uscita dalla prima Convenzione e proclamata nel 2000⁵. Il paragrafo 5 dell'art. 52 costituisce, invece, una delle modifiche introdotte dalla seconda Convenzione⁶. La disposizione, rubricata *Portata e interpretazione dei diritti e dei principi* e contenuta nel Titolo VII, dedicato alle *Disposizioni generali che disciplinano l'interpretazione e l'applicazione della Carta*, stabilisce, testualmente, che: «Le disposizioni della presente Carta

³ Testo in GUUE C169/19 del 18.7.2003.

⁴ Testo del Trattato in GUUE C310/3 del 16.12.2004.

⁵ Il Preambolo si chiude: «Pertanto, l'Unione riconosce i diritti, le libertà ed i principi enunciati qui di seguito». L'art. 51, par. 1, prevede: «1. Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei trattati».

⁶ La seconda Convenzione sul futuro dell'Europa decise di dare visibilità alla distinzione tra diritti e principi che si era sviluppata nel dibattito della prima Convenzione. Si disse di voler aumentare la *certezza giuridica* sul contenuto della Carta, anche se l'obiettivo vero era di rassicurare ulteriormente gli Stati contrari al rafforzamento di una dimensione sociale nel diritto primario dell'Unione. cfr. Relazione finale del Gruppo II, CONV 354/02, WG II 16, del 22 ottobre 2002. Sulle modifiche introdotte nelle disposizioni finali dalla seconda Convenzione, V. SCJARABBA, *Rapporti tra Corti e rapporti tra Carte: le «clausole orizzontali» della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in N. ZANON (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana. Avvicinamenti, dialoghi, dissonanze*, Napoli, 2006, 389 ss.

che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle loro rispettive competenze. Esse possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti».

La disposizione non dà un connotato formale o sostanziale che consenta di individuare quali enunciati della Carta possano essere identificati come espressivi di un principio, ma ne delinea il regime giuridico, vincolandone la funzione a parametro di legalità e di interpretazione di atti di attuazione. Sulla scia delle Spiegazioni alla Carta, si può approssimativamente ritenere che i diritti siano disposizioni della Carta capaci di produrre diritti soggettivi direttamente azionabili in giudizio, mentre i principi non sarebbero fonti di diritti soggettivi giustiziabili⁷. La nozione ruota, così, intorno alla necessità di intermediazione legislativa e all'assenza di diretta azionabilità in giudizio (come si era preavvertito,

⁷ Secondo le Spiegazioni, i principi «assumono rilevanza per il giudice solo quando tali atti sono interpretati o sottoposti a controllo. Essi non danno tuttavia adito a pretese dirette per azioni positive da parte delle istituzioni dell'Unione o delle autorità degli Stati membri». La nozione sarebbe in linea con la giurisprudenza della Corte di giustizia sul principio di precauzione e «con l'approccio ai "principi" negli ordinamenti costituzionali degli Stati membri, specialmente nella normativa sociale». Le Spiegazioni citano come esempi di principi gli artt. 25, 26 e 37 Carta. In alcuni casi, secondo le Spiegazioni, è possibile che un articolo della Carta contenga elementi sia di un diritto sia di un principio, ad es. gli artt. 23, 33 e 34. Le Spiegazioni erano nate come mero ausilio per i delegati della prima Convenzione, per conoscere da quali fonti fossero tratti i diritti contenuti nei progetti redazionali di Carta. Con uno stravolgimento della loro funzione, esse sono divenute strumento voluto dagli Stati per mantenere l'interpretazione della Carta il più possibile aderente al significato ritenuto originario. Sin dal Trattato istitutivo di una Costituzione per l'Europa, all'art. 52 è stato aggiunto un paragrafo 7, secondo cui «I giudici dell'Unione e degli Stati membri tengono nel debito conto le spiegazioni elaborate al fine di fornire orientamenti per l'interpretazione della presente Carta». Un riferimento alle Spiegazioni è stato inserito, inoltre, nell'art. 6, par. 1, TUE. Per l'ampia dottrina che ha criticato le Spiegazioni, ritenendole un tentativo del legislatore di ingabbiare l'esercizio della funzione giurisdizionale, V. SCIARABBA, *op. cit.*, 433-434 e ID., *Le "spiegazioni" della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2005, I, 59 ss.

per riempire di contenuto la definizione è inevitabile ricorrere ad altre categorie definitorie).

La nozione, così intesa, è persa da subito incerta rispetto alle categorie proprie del diritto dell'Unione⁸. L'art. 52, par. 5, Carta enuncia una distinzione tra norme (diritti e principi), cui correla una diversa efficacia, che è a prima vista estranea rispetto al regime che fino alla Carta aveva caratterizzato i diritti fondamentali. Basti pensare che i diritti fondamentali erano stati scoperti in via pretoria dalla giurisprudenza della Corte di giustizia come *principi* generali del diritto, tratti dalle tradizioni costituzionali comuni e dai trattati internazionali conclusi tra tutti gli Stati membri, in particolare la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Sin dall'origine, perciò, i diritti erano tutti, indistintamente, principi⁹. L'art. 52, par. 5, richiede, quindi, di separare in due diverse nozioni quello che prima era intrinsecamente unito.

⁸ D. ANDERSON, C.C. MURPHY, *The Charter of Fundamental Rights: History and Prospects in Post-Lisbon Europe*, EU working paper n. 2011/08, 6, ora in ID., *The Charter of fundamental rights*, in A. BIONDI, P. ECKHOUT, S. RIPLEY (eds.), *EU Law after Lisbon*, Oxford, 2012, 160-162, secondo cui la distinzione resta «oscura e imprevedibile»; C. HILSON, *Rights and Principles in EU Law: A distinction without Foundation?*, in *Maastricht Journal Eur. Comp. Law*, 2008 (2), 193 ss., secondo cui la distinzione è «inconsistent». Si veda anche K. LENAERTS, J.A. GUTIÉRREZ-FONS, *The Place of the Charter in EU Constitutional Edifice*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford, 2014, 1576 ss.; S. PEERS, S. PRECHAL, *Art. 52*, *ivi*, 1455-1521, spec. 1505-1506.

⁹ Nella vastissima letteratura di riferimento, G. GAJA, *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. int.*, 1988, 574-590, ora in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà*, Scritti in onore di Paolo Barile, Padova, 1990, 621-634; G.F. MANCINI, *La tutela dei diritti dell'uomo: il ruolo della Corte di giustizia delle Comunità europee*, 1991, ora in ID., *Democrazia e Costituzionalismo nell'Unione europea*, Bologna, 2000, 141-157; J.H.H. WEILER, *Diritti fondamentali e confini fondamentali: lo spazio giuridico europeo e il conflitto fra standard e valori nella protezione dei diritti umani*, ora in ID., *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, 2003, 175-217, spec. 200; M. CARTABIA, J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa, Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000; P. CARETTI, *I diritti fondamentali nell'ordinamento nazionale e nell'ordinamento comunitario: due modelli a confronto*, in *Diritto pubblico*, 2001, 939 ss.; A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002; S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in ID. (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, 3-104.

Per tentare di inquadrare la nozione di «principi» conviene offrire innanzitutto qualche chiarimento sulla sua origine. Dal punto di vista metodologico, l'analisi dei lavori preparatori non è funzionale all'utilizzo del criterio dell'*original intent*¹⁰. Si ritiene, infatti, con la dottrina maggioritaria, che il criterio della volontà dei redattori abbia un peso meramente residuale nell'interpretazione di un testo giuridico. L'analisi dei lavori preparatori, invece, ha la finalità di descrivere la temperie culturale, prima ancora che giuridica, in cui nasce la distinzione tra diritti e principi.

L'incorporazione dei diritti in un testo unitario scritto, l'abbandono della tradizionale classificazione in diritti civili e politici e diritti economici e sociali e il riconoscimento della loro pari forza primaria rappresentano sicuramente una delle conquiste maggiori della Carta nell'ordinamento dell'Unione europea¹¹. Tuttavia, i dibattiti svoltisi in seno alla prima Convenzione hanno riportato alla luce, e dimostrato la

¹⁰ G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. I, tomo 2, Milano, 1980, 364.

¹¹ Diritti che tradizionalmente si considerano diritti sociali, sia di libertà che di prestazione, sono sparsi nei sei Titoli sostanziali della Carta (Dignità, Libertà, Eguaglianza, Solidarietà, Cittadinanza, Giustizia). Per esempio, il diritto all'istruzione (art. 14), la libertà professionale e il diritto di lavorare (art. 15) sono nel Titolo II, Libertà; la parità tra donne e uomini (art. 23), i diritti del minore (art. 24), i diritti degli anziani (art. 25) e l'inserimento delle persone con disabilità (art. 26) sono nel Titolo III, Uguaglianza; il Titolo IV, Solidarietà, contiene alcuni diritti connessi alla condizione di lavoratore e norme in materia di diritto alla salute, di assistenza e sicurezza sociale, tutela dell'ambiente e dei consumatori. D. GUÐMUNDSDÓTTIR, *A Renewed Emphasis on the Charter's Distinction between Rights and Principles: is a doctrine of Judicial Restraint more appropriate?*, in *Common Market Law Review*, 2015 (52), 685-720, vede nella distinzione tra diritti e principi il riemergere implicito della distinzione tra diritti civili e politici e diritti economici e sociali che l'intero testo della Carta aveva indotto a ritenere abbandonata, a favore di un'affermazione chiara dell'indivisibilità dei diritti fondamentali. L'indivisibilità dei diritti civili e politici, da un lato, e dei diritti economici e sociali, dall'altro, è ancora oggi discussa da autorevole dottrina: cfr. A. VON BOGDANDY, *Comunità di diritti fondamentali come meta dell'integrazione? I diritti fondamentali e la natura dell'Unione europea*, in *Dir. pubb.*, 2001, 849 ss., spec. 863, in cui, ragionando sul possibile effetto dei diritti sociali contenuti nella Carta come mero limite o come principio di azione per l'esercizio di nuove politiche, afferma che tale indivisibilità è frutto di una visione progressista, ma non poggia su un piano né logico, né dogmatico, né storico.

persistente attualità, di risalenti concezioni dei diritti sociali come norme programmatiche, diritti essenzialmente legislativi o meri obiettivi politici¹². In questi dibattiti, la nozione di «principi» è nata come legata ai diritti sociali. Essa ha rappresentato l'*escamotage* per tenere nel testo della Carta alcuni diritti sociali che alcuni rappresentanti dei Governi, in particolare il Regno Unito, avrebbero voluto espungere, temendo una attrazione delle politiche sociali nelle competenze dell'Unione¹³. Il termine «principi», perciò, fu scritto con una funzione “anestetizzante” per giocare su un duplice piano: in una dimensione verticale, per mantenere in capo agli Stati le politiche sociali; a livello di rapporti fra poteri, in una dimensione orizzontale, per preservare la previa determinazione politica, ponendo un limite alla funzione giurisdizionale.

¹² Per una riflessione su queste categorie nell'esperienza costituzionale italiana, ci si limita a V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, A. BALDASSARE, voce *Diritti sociali*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1989 e M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, vol. 2, Padova, 1995, 97 ss. Ferma restando la necessità di una valutazione non per categorie di diritti, ma per singolo diritto, la giurisprudenza costituzionale italiana ha ampiamente riconosciuto la giustiziabilità dei diritti sociali della Costituzione italiana, sia individuali che di prestazione, anche attraverso l'arricchimento del proprio strumentario decisionale. Rispetto a questo approdo, il dibattito tenutosi nella prima Convenzione può apparire in qualche misura arretrato, ma esso risente, da un lato, di altre tradizioni costituzionali nazionali, come la tradizione inglese; dall'altro, del continuo mescolarsi del piano della tutela dei diritti al piano “federale” del riparto di competenze tra Unione e Stati.

Sul complesso assetto dei diritti sociali tra Costituzione italiana e ordinamento europeo, ci si limita a M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, in AA.VV., *La Costituzione europea*, Annuario 1999, Padova, 2000, 507 ss.; C. PINELLI, *Il discorso sui diritti sociali tra Costituzione e diritti europeo*, in C. SALVI (a cura di), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Torino, 2012, 121 ss.

¹³ La decisione allegata alle Conclusioni del Consiglio europeo di Colonia del 3 e 4 giugno 1999 (cosiddetto mandato di Colonia) che aveva dato avvio alla redazione della Carta conteneva già, in realtà, una sovrapposizione tra diritti sociali, come posizioni giuridicamente qualificate, e obiettivi politici, chiedendo di considerare i diritti economici e sociali enunciati dalla Carta sociale europea e dalla Carta dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori «nella misura in cui essi non sono unicamente a fondamento di obiettivi per l'azione dell'Unione»; cfr. G. DE BURCA, *The Drafting of the European Union Charter of fundamental rights*, in *Eur. Law Rev.*, 2001 (26), 127.

3. Prima dimensione spaziale: suggestioni costituzionali nazionali nei lavori preparatori e nei primi interpreti della Carta

Ai fini del presente contributo, preme evidenziare che la nozione di «principi» nacque avvolta, e fu interpretata da una parte della dottrina, attraverso suggestioni tratte dalle esperienze costituzionali nazionali¹⁴. Ci collochiamo qui nel primo spazio di transizione costituzionale di cui si è detto nell'introduzione. Nel corso della prima Convenzione, incaricata della redazione della Carta, la contrarietà del rappresentante del Governo inglese alla codificazione dei diritti sociali si fondava essenzialmente su quattro argomenti. Innanzitutto, i diritti sociali e economici non sono normalmente «justiciable individually» come lo sono altri diritti, poiché «[t]hese are decisions to be made by Governments chosen through the ballot box». Il primo argomento era perciò riferito alla discrezionalità politica ed era legato, nella sensibilità inglese, all'alternanza democratica dei Governi eletti. In secondo luogo, i diritti sociali sono diritti attuati in modo diverso negli Stati membri. L'argomento sottintendeva la volontà di preservare il pluralismo dei sistemi nazionali di welfare. Il terzo argomento era relativo all'aspettativa dei cittadini: l'inserimento dei diritti sociali nella Carta avrebbe aumentato l'aspettativa dei cittadini verso l'Unione per avere tutele che essa non era in grado di dare, non avendone né la competenza, né il budget. L'ultimo argomento, di carattere più generale, atteneva alla tecnica redazionale: la Carta mancava della precisione necessaria per avere l'efficacia di un testo giuridicamente vincolante¹⁵.

La parola «principi» costituì lo strumento per vincere queste contrarietà. La soluzione di compromesso nacque da una proposta del delega-

¹⁴ Non è possibile in questa sede un rinvio puntuale ai lavori preparatori, se non per le brevi citazioni che seguono. Tutti i lavori della prima Convenzione sono accessibili sul sito <https://register.consilium.europa.eu/>.

¹⁵ Lord Goldsmith; cfr. Q.C. GOLDSMITH, *A Charter of Rights, Freedoms and Principles*, in *Common Market Law Review*, 2001 (38), 1201-1216; il rappresentante inglese connette ai soli *rights* la *justiciability*; «the stance one takes on the justiciability of socio economic rights depends to a large extent to one's theory and understanding of democracy»: l'argomento non è declinato con riferimento al rapporto tra giudice e un legislatore in senso astratto, ma all'alternanza maggioranza/opposizione in un sistema di governo democratico, che necessita di uno spazio per la fissazione di priorità politiche.

to del Governo francese, Guy Braibant, consigliere di stato e autorevole giurista. Nei suoi interventi, dando voce a molti convenzionali, il delegato rivendicò l'appartenenza dei diritti sociali ai diritti fondamentali della persona, l'indivisibilità tra categorie di diritti e il ruolo dei diritti sociali come tratto caratterizzante dello Stato costituzionale di diritto. Egli ammise, tuttavia, che non tutti i diritti sociali hanno la medesima struttura. Alcuni diritti sociali sono diritti individuali di libertà, altri sono diritti di prestazione. Tra i diritti di prestazione, alcuni richiedono misure organizzative. Per descrivere il contenuto di quest'ultima tipologia di diritti sociali, Braibant si rifece alla categoria dei cosiddetti obiettivi di valore costituzionale elaborata dalla giurisprudenza del Conseil Constitutionnel francese per alcuni diritti sociali, come il diritto all'abitazione. Gli obiettivi di valore costituzionale individuano finalità costituzionalmente protette, che spetta tuttavia al legislatore implementare¹⁶. La categoria venne richiamata per giustificare l'inserimento nella

¹⁶ Nella giurisprudenza del Conseil Constitutionnel, in realtà, la categoria degli obiettivi di valore costituzionale non copre solo diritti sociali, come il diritto all'abitazione o il diritto alla salute, ma una gamma di interessi sostanziali e strumentali, alcuni espressivi di veri e propri diritti costituzionali, altri di un interesse pubblico: la salvaguardia dell'ordine pubblico, il rispetto della libertà altrui e la conservazione del carattere pluralista delle correnti di espressione socio-culturale, l'accessibilità e chiarezza della legge, la lotta alla frode fiscale, la buona amministrazione della giustizia. La categoria, di origine giurisprudenziale, è distinta e autonoma rispetto alle altre componenti del *bloc de constitutionnalité* (Dichiarazione del 1789; Preambolo del 1946; Preambolo del 1958; principi fondamentali proclamati dalle leggi della Repubblica). Gli obiettivi sono a volte ripetitivi di principi espressi in disposizioni scritte, a volte ricavati dallo spirito generale di una pluralità di disposizioni o anche dalla sola considerazione dell'interesse pubblico, secondo un modello argomentativo simile a quello utilizzato dal Consiglio di Stato francese per la creazione dei principi generali del diritto. Essi costituiscono un esempio di ampia discrezionalità del giudice costituzionale nella definizione del parametro (cfr. D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, 10^a ed., Parigi, 2013, 106). Essi fungono sia da parametro di legittimità, per giustificare limitazioni introdotte dal legislatore a diritti e libertà fondamentali; sia da parametro per giustificare il margine di discrezionalità del legislatore che abbia rimodulato le misure di attuazione di un determinato diritto. Se indubbiamente essi agiscono essenzialmente in seno alla giurisprudenza costituzionale, la dottrina ne ha segnalato l'uso anche da parte dei giudici ordinari per comporre il bilanciamento tra diritti ai fini della soluzione di casi di specie (cfr. B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Parigi, 2002, 430).

Carta di interessi sociali che fossero «meno di un diritto classico, più di un semplice obiettivo politico». Si suggeriva, perciò, di inserire una specifica clausola orizzontale nella Carta, volta a chiarire che alcuni diritti sociali hanno natura particolare, in quanto spetta al legislatore la loro messa in opera¹⁷.

Una proposta simile venne formulata dal rappresentante del Governo spagnolo, volta anch'essa a distinguere, sulla base della propria esperienza costituzionale, diritti sociali perfetti e diritti sociali che «sono principi guida che richiedono l'intermediazione del legislatore e generano una forma di diritto individuale che può essere invocato avanti ai tribunali solo nei termini e nella misura in cui ciò è permesso dalle leggi che incorporano nel dettaglio questi diritti». Tali diritti sono, nell'intenzione del rappresentante spagnolo, «legal rules of principles», dotate della capacità positiva di orientare in maniera vincolante l'attività dei pubblici poteri e della capacità negativa di proibire alle pubbliche autorità di entrare in contraddizione con esse¹⁸.

L'enucleazione della categoria dei «principi» sociali come norme non immediatamente giustiziabili, diverse dai diritti sociali in senso stretto, rappresentò così lo strumento redazionale che consentì di trovare un compromesso tra queste diverse posizioni¹⁹. Se l'ispirazione venne da alcune dottrine costituzionali interne, la nozione fu accettata dal rappresentante inglese, che la definì «un concetto nuovo». A suo avviso, la categoria dei «principi» consentiva di condizionare il contenuto e gli effetti di alcune disposizioni della Carta all'adozione di atti normativi di attuazione. La necessità di un atto normativo di intermediazione avrebbe perciò vincolato l'attuazione delle disposizioni qualificate come «principi» al riparto di competenze tra Unione e Stati. Ciò avrebbe impedito all'Unione di fissare obiettivi o imporre strumenti *ultra vires*.

¹⁷ CHARTE 4280/00, Contrib. 153, 2 maggio 2000 e CHARTE 4322/00, Contrib. 188, 23 maggio 2000.

¹⁸ Álvaro Rodríguez Bereijo, in CHARTE 4372/00, Convent 39, 16 giugno 2000.

¹⁹ L'aggettivo «sociali» che aveva accompagnato la parola «principi» nelle bozze redazionali delle disposizioni finali fu eliminato dal Presidium nell'ultima versione sottoposta al consenso della seduta plenaria; per ribadire l'importanza della distinzione, essa venne, tuttavia, contestualmente inserita nel Preambolo (cfr. resoconto CHARTE 4958/00, Convent 53, 27 ottobre 2000).

In tal modo, nell'assetto delle competenze delineate dai Trattati, i principi in materia sociale sarebbero stati fonte di diritti solo nella misura in cui fossero stati attuati da leggi nazionali, garantendo la discrezionalità statale in materia sociale²⁰.

Suggerimenti tratte dagli ordinamenti costituzionali nazionali sono presenti anche in alcuni dei primi commentatori della Carta. Proprio sulla scorta dei lavori preparatori, vi è chi ha ribadito l'affinità tra i «principi» delle disposizioni finali e gli obiettivi di valore costituzionale francesi, descrivendone l'efficacia giuridica in termini di *giustiziabilità normativa*. La giustiziabilità normativa si esplica in tre funzioni, che esprimono la diversa portata dei «principi» come parametro di legittimità di atti normativi subordinati, siano essi atti di attuazione dei principi stessi, oppure atti che non ne rappresentano l'attuazione, ma che in ogni caso interferiscono con il loro ambito di applicazione. Le tre funzioni sono così riassumibili: funzione di parametro per sanzionare atti che *non* sono attuazione specifica del principio, poiché intervengono in ambiti materiali diversi da quelli coperti dal principio, ma che comportano ciononostante una limitazione del suo contenuto; funzione di parametro nelle operazioni di bilanciamento con altri diritti fondamentali; funzione di parametro per sanzionare misure che *sono* attuazione del principio, ma ne determinano una diminuzione nel grado di attuazione, operando come sorta di clausola di “standstill”²¹. Al di là della loro fondatezza, l'utilizzo di queste dottrine nazionali per interpretare i «principi» testimonia la novità e la difficoltà di maneggiare la nozione contenuta nelle disposizioni finali della Carta.

²⁰ Q.C. GOLDSMITH, *op. cit.*, per cui altri accorgimenti per evitare l'estensione delle competenze dell'Unione erano costituiti dal fatto che la Carta utilizzasse espressioni che attestano la «non-interferenza» dell'Unione con un diritto *accordato* dalle leggi nazionali, come nel caso dell'art. 34, per cui l'Unione «riconosce e rispetta» il diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale e ai servizi sociali; inoltre, il frequente riferimento a «leggi e prassi nazionali». Questi rinvii enfaticavano, a suo avviso, la necessità di rispettare le differenze nazionali, atteso che «non spetta all'Unione imporre diritti in queste aree se non attraverso i procedimenti di revisione dei trattati».

²¹ O. DE SCHUTTER, voce *art. 52*, in Vv.AA., *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, 2006, 405 ss., commentario redatto da un network di esperti indipendenti nominati dalla Commissione europea, accessibile on line http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/networkcommentaryfinal_en.pdf.

4. Seconda dimensione spaziale: la distinzione tra diritti e principi nelle Conclusioni del caso *Maribel Dominguez*

Spostando lo sguardo sui primi tentativi di interpretazione dell'art. 52, par. 5, Carta in sede giurisdizionale, una prima distinzione tra diritti e principi è stata elaborata dall'Avvocato Generale Trstenjak nel caso *Maribel Dominguez*, relativo al diritto al godimento delle ferie annuali ai sensi dell'art. 31, par. 2, Carta²². Questa prima ricostruzione è utile per differenza, per comprendere quando si è in presenza di un diritto e non di un principio. I criteri di distinzione utilizzati risiedono nella lettera e nella struttura delle disposizioni della Carta e, soprattutto, nel bene giuridico tutelato²³. Sarebbero così fonti di diritti soggettivi direttamente azionabili in giudizio le disposizioni della Carta che esprimono un'esigenza individuale. Costituirebbero, invece, fonti di principi le disposizioni recanti una «garanzia giuridica oggettiva», esprimendo interessi che necessitano di una intermediazione legislativa. I principi sono norme, secondo l'Avvocato Generale, che «non fondano alcun diritto soggettivo diretto, ma piuttosto necessitano di una concretizzazione da parte dei destinatari della norma nell'ambito delle loro competenze»²⁴. Il carattere strutturale dei principi consisterebbe, perciò, proprio nella necessità di concretizzazione normativa ed amministrativa.

Nel dettaglio, l'art. 31, par. 2, Carta è per l'Avvocato Generale, espressione del diritto fondamentale alle ferie annuali retribuite, in quanto la disposizione prevede che «ogni lavoratore ha *diritto* ... a ferie

²² Conclusioni Avvocato Generale Trstenjak del 8 settembre 2011, *Maribel Dominguez*, C-282/10. L'art. 31, par. 2, Carta, contenuto nel Titolo IV, *Solidarietà*, e rubricato *Condizioni di lavoro giuste ed eque*, stabilisce: «1. Ogni lavoratore ha diritto a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose. 2. Ogni lavoratore ha diritto a una limitazione della durata massima del lavoro, a periodi di riposo giornalieri e settimanali e a ferie annuali retribuite».

²³ La dottrina del bene giuridico è ripresa in nota da J. SCHWARZE, *Der Grundrechtsschutz für Unternehmen in der Europäischen Grundrechtecharta*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2001, 519.

²⁴ Conclusioni Avvocato Generale Trstenjak, cit., §77. La necessità di norme di attuazione e l'apprestamento di un'organizzazione, quale carattere strutturale dei principi, è tratto, in nota, da M. BOROWSKY, voce art. 51, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3^a ed., Baden-Baden, 2011, 660, par. 34.

annuali retribuite» (con corsivo posto dall'Avvocato Generale). La formulazione si differenzia da altre disposizioni del Titolo IV Carta, *Solidarietà*, che «sono formulate invece piuttosto come una garanzia giuridica oggettiva, nel senso che i diritti ivi previsti sono “riconosciuti” o “rispettati”». Un primo criterio distintivo passa, dunque, dalla formulazione della disposizione come garanzia declinata in termini individuali o come affermazione di carattere generale, di cui si enuncia il riconoscimento o il rispetto.

Il secondo criterio, come accennato, collega la formulazione letterale al bene giuridico tutelato dalla norma. A ben guardare, tuttavia, il bene giuridico oggetto della disposizione non è ricavato dall'Avvocato Generale dalla disposizione stessa, ma da fattori esterni, come se la disposizione avesse incorporato una sostanza già predefinita nei suoi tratti genetici distintivi. Innanzitutto, nelle premesse argomentative, l'Avvocato Generale afferma di allinearsi alla qualificazione del diritto alle ferie retribuite come diritto sociale fondamentale già effettuata dall'Avvocato Generale Tizzano nelle Conclusioni della causa *BECTU* del 2001²⁵. In secondo luogo, il diritto alle ferie è ascritto tra i diritti sociali

²⁵ Conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano del 8 febbraio 2001, *BECTU*, § 23-24, che avevano ascritto il diritto alle ferie retribuite tra i diritti sociali fondamentali sulla base dell'art. 24 Dichiarazione universale del 1948, dell'art. 2, n. 3, Carta sociale europea, dell'art. 7, lett. d), Patto sui diritti economici, sociali e culturali del 1966 e punto 8 Carta comunitaria dei diritti sociali dei lavoratori del 1989. Le Conclusioni del caso *BECTU* sono rimaste famose per aver affiancato a questo materiale normativo la Carta dei diritti UE, art. 31, par. 2, all'epoca non ancora entrata in vigore, con funzione ricognitiva di diritti già altrove sanciti, fornendo «la più qualificata e definitiva conferma della natura di diritto fondamentale che riveste il diritto a ferie annuali retribuite». Nella sentenza Corte di giustizia, 26 giugno 2001, *BECTU*, C-173/99, in Racc. I-4881, la Corte affermò che il diritto alle ferie retribuite costituiva un «un principio particolarmente importante del diritto sociale comunitario», ma ne individuò la fonte nella normativa secondaria, direttiva 93/104/CE, e non in un principio generale del diritto di rango primario. Sull'approccio selettivo e altamente creativo della Corte di giustizia nell'individuazione dei principi generali del diritto, per tutti, T. TRIDIMAS, *The General Principles of the European Union*, 2nd ed., Oxford, 2006, 20-23, 26; G. GAJA, *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. int.*, 1988, 579, ora in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà*, Scritti in onore di Paolo Barile, Padova, 1990, 621-634, secondo cui la Corte di giustizia, dopo un'analisi comparativa sommaria, se non del tutto assente, sceglie discrezionalmente e qualifica

fondamentali sulla base di un ricco apparato dottrinale, tratto prevalentemente dalla dottrina tedesca²⁶. Infine, quale terzo elemento, gioca la correlazione tra il diritto al lavoro e la dignità della persona, per cui: «Da questa norma [l'art. 31, par. 2] emerge con chiarezza come tale garanzia sia un'espressione della tutela dei diritti umani, tanto più che all'interno di questo articolo è posta in primo piano la dignità dell'uomo sul posto di lavoro». Il principio della dignità costituisce così il substrato che spinge la declinazione in senso individuale della garanzia offerta dalla disposizione. L'argomento, rilevante, è però solo accennato, senza motivazione.

Dalla lettura complessiva della motivazione dell'Avvocato Generale Trstenjak si ricava l'impressione di una etero-determinazione della qualificazione della posizione giuridica tutelata, a prescindere dalla stretta lettera dell'art. 31, par. 2, Carta. Per l'identificazione della natura del bene giuridico protetto, come posizione individuale o interesse generale, e più in generale del contenuto della pretesa garantita, rilevano essenzialmente i precedenti giurisprudenziali e gli orientamenti manifestati dalla dottrina. In questo primo tentativo di ricostruzione della distinzione tra diritti e principi, l'art. 31, par. 2, finisce per esprimere un diritto, e non un principio, non tanto per la lettera e la struttura della disposizione, ma perché il diritto alle ferie era già stato inteso come diritto soggettivo nella pregressa giurisprudenza e nelle opinioni dottrinali maggioritarie. L'interpretazione della disposizione, in questo mo-

come principio generale quella che le appare essere la «better law», cioè la regola che meglio si adatta agli obiettivi dell'ordinamento comunitario.

²⁶ K. LENAERTS, *La solidarité ou le chapitre IV de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, in *Rev. trim. dr. homme*, 2010 (82), 217 ss.; H. JARASS, voce art. 31, punto 3, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union - Kommentar*, Monaco di Baviera, 2010, 277, e ID., art. 51, punto 6, *ivi*, 413, spec. nota 32, punto 2; F. PICOD, Art. II-91, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, Partie II - La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, Vol. II, Bruxelles, 2005, 424 e 653; W. FRENZ, *Handbuch Europarecht*, Vol. IV (Europäische Grundrechte), 1078, punto 3597, 1164, punto 3881; E. RIEDEL, art. 31, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3^a ed., Baden-Baden, 2011, 442, punto 12; A. SEIFERT, *Mangold und kein Ende - die Entscheidung der Großen Kammer des EuGH vom 19.1.2010 in der Rechtssache Küçükdeveci*, in *Europarecht*, 2010, 808, si riferisce all'art. 31 n. 2 della Carta come a un diritto fondamentale.

do, vive e si alimenta di un patrimonio di tradizioni giuridiche già acquisite e preesistenti al testo della Carta stessa²⁷.

5. (segue) *La qualificazione dei principi secondo le categorie giuridiche dell'ordinamento europeo; i casi AMS e Glatzel*

Nell'ambito del diritto dell'Unione, la nozione di principi contenuta nelle disposizioni finali della Carta è stata assoggettata a un processo di assimilazione, riportandola a categorie proprie di quell'ordinamento. Questo fenomeno è presente sia nella dottrina, che nella giurisprudenza. Il legame espresso dall'art. 52, par. 5, tra la nozione di principi e l'assenza di giustiziabilità ha fatto associare la nozione di principi alla carenza di effetto diretto²⁸. Questa associazione si spiega se si considera

²⁷ Un ampio ricorso alla dottrina tedesca è effettuato dall'Avvocato Generale Trstenjak anche per affrontare un altro tema centrale delle sue Conclusioni, ossia la capacità delle disposizioni della Carta di produrre effetti orizzontali nei rapporti tra privati (§80-83). Sul tema, cfr. anche Conclusioni del 22 settembre 2011, C-411/10, *N.S.*, §172-173, in materia di diritto d'asilo. L'assenza di efficacia orizzontale delle disposizioni della Carta era, d'altra parte, già emersa negli interventi di alcuni delegati tedeschi nel corso della prima Convenzione [cfr. CHARTE 4269/00, Contrib. 142, 5 marzo 2000 (12.5)]. Il tema degli effetti orizzontali dei diritti, molto caro alla dottrina tedesca sulla scia della teoria dei diritti pubblici subiettivi di Jellinek, esula dal presente contributo. Si accenna solo al fatto che esso costituisce un ulteriore esempio di ricorso a dottrine costituzionali nazionali per inquadrare problematiche attinenti alla Carta europea che presentano margini di incertezza.

²⁸ Per tutti, G. GAJA, *L'incorporazione della Carta dei diritti fondamentali nella Costituzione per l'Europa*, in *I diritti dell'uomo - cronache e battaglie*, 2003, 5-10, spec. 6-7. Sempre utilizzando nozioni note al diritto dell'Unione, O. DE SCHUTTER, *La garantie des droits et principes sociaux*, in J-Y. CARLIER, O. DE SCHUTTER (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, 2002, 117 ss., ritiene che l'art. 52, par. 5, abbia indebitamente sovrapposto due diversi aspetti, ossia la possibilità di una norma di essere invocata nel corso di un giudizio (*invocabilité en justice*) e la sua capacità di produrre la regola per la soluzione del caso di specie (*effet direct*). Per far comprendere la diversità dei piani, l'A. ricorre a categorie proprie delle direttive, per cui se è vero che esse sono prive di effetti diretti, è anche vero che esse sono in ogni caso invocabili in giudizio, in quanto, se non correttamente trasposte, costituiscono la fonte di un'azione di risarcimento dei danni verso lo Stato; danno origine ad un obbligo del giudice nazionale di interpretazione conforme e possono condurre il

che l'effetto diretto è una proprietà delle norme del diritto dell'Unione strettamente connessa alla capacità di essere fonte di un diritto azionabile in giudizio²⁹. Essa è stata inizialmente enucleata per le norme di diritto primario. Poiché la Carta dei diritti fondamentali ha nella gerarchia delle fonti dell'Unione, ai sensi dell'art. 6, par. 1, TUE, la stessa forza giuridica dei Trattati, si comprende l'impostazione della questione negli stessi termini dell'effetto diretto delle norme di diritto primario.

Il legame tra diritti, principi e effetto diretto è presente anche nella giurisprudenza. La giurisprudenza ha affrontato la distinzione tra diritti e principi inizialmente in maniera implicita e con notevole cautela, suc-

giudice a sostituire la norma di diritto nazionale che egli avrebbe applicato, ma in contrasto con la direttiva, con un'altra norma di diritto nazionale, per cui la direttiva conduce in sostanza all'individuazione della norma nazionale applicabile (effetto sostitutivo).

²⁹ Nella giurisprudenza della Corte di giustizia sono state date diverse definizioni di effetto diretto e ancora oggi la dottrina ritiene che il concetto sia circondato da un certo grado di incertezza. La prima definizione di effetto diretto risale alla nota sentenza Corte di giustizia, 5 febbraio 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62, relativa al divieto di introdurre nuovi dazi doganali. In quell'occasione, la Corte stabilì che l'art. 12 CEE produceva effetto diretto in quanto conteneva un divieto chiaro e incondizionato; perciò, «conformemente allo spirito, allo schema generale e alla lettera del Trattato, l'art. 12 deve essere interpretato nel senso di produrre effetti diretti e creare diritti individuali che i tribunali nazionali devono proteggere». L'effetto diretto dunque, alle origini, era la capacità di una disposizione di conferire diritti ai soggetti privati che essi potessero azionare avanti ad un giudice nazionale. Attualmente, la dottrina distingue tra "effetto diretto oggettivo" e "effetto diretto soggettivo". La differenza tra i due concetti può avvicinarsi o essere più marcata a seconda di cosa si intenda per "diritto". Nel primo senso, l'effetto diretto conferisce all'individuo un diritto di azione, ossia il diritto di far valere la disposizione di diritto dell'Unione in un giudizio nazionale, indipendentemente dal fatto che quella disposizione sia anche fonte di una posizione soggettiva sostanziale. Nel secondo senso, la disposizione di diritto dell'Unione non attribuisce all'individuo soltanto un diritto di azione, ma il sotteso diritto sostanziale. L'effetto diretto è stato esteso dalla giurisprudenza, con diverse sfumature, ai regolamenti e alle decisioni. Il cuore del dibattito, tuttavia, ruota da anni intorno alle direttive, cui si è riconosciuto effetto diretto verticale, orizzontale in senso indiretto, come obbligo di interpretazione conforme, orizzontale in senso incidentale, come impedimento all'applicazione di una normativa nazionale difforme, con impatto escludente o impatto sostitutivo. Per una compiuta descrizione di queste categorie, P. CRAIG, G. DE BURCA, *EU Law, Text, cases and materials*, 5^a ed., Oxford, 2011, 180 ss.

cessivamente in maniera più chiara. Si darà conto in breve di due casi, *AMS* e *Glatzel*.

Il caso *AMS* costituisce la prima sentenza in cui la Corte di giustizia ha affrontato – o avrebbe potuto affrontare – la definizione di principio ai sensi dell'art. 52, par. 5, Carta. Oggetto della questione pregiudiziale era la qualificazione di “lavoratore effettivo” ai fini del computo del numero minimo di dipendenti richiesto per aversi rappresentanza sindacale in azienda. La legislazione francese fissava tale numero in undici dipendenti, ma escludeva dal computo alcune categorie di lavoratori assunti con particolari tipologie contrattuali volte al reinserimento sociale. La Corte di Cassazione francese dubitava della compatibilità di tale normativa con la direttiva 2002/14/CE, recante un quadro generale di prescrizioni minime per il diritto all'informazione e alla consultazione dei lavoratori. Consapevole dell'insegnamento della Corte di giustizia secondo cui le direttive non producono effetti orizzontali, il giudice di legittimità chiedeva se l'art. 27 Carta, relativo al diritto all'informazione e alla consultazione, da solo o in combinato disposto con la direttiva, potesse applicarsi ad una controversia tra lavoratori e azienda relativa all'obbligo di elezione di delegati sindacali.

Rispetto al caso *Maribel Dominguez*, non vi erano precedenti giurisprudenziali relativi alla qualificazione del diritto all'informazione e consultazione dei lavoratori come principio generale del diritto. Proprio la novità della questione spinse l'Avvocato Generale Cruz Villalón a compiere una approfondita analisi intorno alla categoria dei principi, per identificare la natura della norma espressa dall'art. 27 Carta. Le Conclusioni rilevano ai nostri fini per due ragioni: in quanto individuano la nozione di principi sulla base delle tradizioni costituzionali; in quanto delineano un metodo per tale qualificazione. Esse rappresentano, dunque, un ulteriore esempio della tendenza a ricostruire la categoria dei «principi» sulla scia delle esperienze costituzionali nazionali.

Per individuare gli elementi che distinguono i principi dai diritti, l'Avvocato Generale effettua una ricognizione delle Costituzioni e prassi dei giudici costituzionali, ricavandone l'esistenza di «categorie simili» di principi in materia sociale accomunate dal contenuto di «mandato» al legislatore. Esse hanno finito per svolgere una funzione interpretativa sul piano giurisprudenziale e, negli Stati dotati di sindaca-

to costituzionale, di parametro di legittimità³⁰. La traslazione dal livello delle Costituzioni nazionali al contenuto della Carta non è tanto giustificata da Cruz Villalón con l'origine dell'espressione «principi» nei lavori preparatori, quanto dalla convinzione che la Carta dei diritti costituisca un fenomeno costituzionale nel suo complesso. Di qui la necessità di trattare la codificazione dei diritti sociali che essa contiene partendo dalle dottrine e prassi costituzionali nazionali. Quanto al secondo aspetto, le modalità di accertamento della qualità di «principio» dipendono essenzialmente dalla struttura della disposizione, dunque richiedono una valutazione caso per caso di ciascun enunciato normativo. I fattori che concorrono ad accertare che si è in presenza di un «principio» sono due: l'esistenza nella disposizione di un rinvio espresso alle legislazioni e prassi dell'Unione o degli Stati membri; l'indeterminatezza del contenuto della disposizione, intesa come mancanza degli elementi essenziali per aversi un diritto soggettivo perfetto, ossia l'identificazione dei titolari del diritto e la descrizione della prestazione dovuta. Entro questo apparato argomentativo, l'art. 27 Carta è qualificato dall'Avvocato Generale come principio. Esso, tuttavia, è ritenuto applicabile al caso di specie in quanto arricchito e sviluppato dal contenuto della normativa secondaria. I requisiti di chiarezza, precisione e assenza di condizioni sarebbero così conferiti all'art. 27 dalla direttiva 2002/14/CE, che ne costituisce lo sviluppo.

Né la ricostruzione sulla natura dei principi né i criteri per la loro identificazione sono ripresi dalla Corte di giustizia. L'argomentazione della Corte è, invece, tutta stretta entro canoni interpretativi tipici del diritto dell'Unione. La Corte di giustizia afferma che l'art. 3 direttiva 2002/14/CE esprime l'obbligo chiaro e incondizionato di prendere in

³⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale Cruz Villalón del 18 luglio 2013, §§47-49, che richiamano l'art. 45 Costituzione irlandese del 1937, sui «principi guida della politica sociale»; l'art. 53 Costituzione spagnola del 1978, recante direttive rivolte al legislatore che hanno finito per improntare la prassi giudiziaria; gli artt. 8, par. 2, 7, par. 1 e 2, e 9, sugli «obiettivi costituzionali», nella Costituzione federale austriaca; l'art. 81 Costituzione polacca sui diritti economici e sociali, cui tuttavia la Corte costituzionale ha riconosciuto una parziale funzione di parametro di legittimità. Tra le prassi costituzionali, sono nuovamente citati gli obiettivi di valore costituzionale del Conseil Constitutionnel.

considerazione tutti i lavoratori nella disciplina degli strumenti interni di informazione e consultazione. La direttiva, però, non può trovare applicazione in una controversia tra privati. La Corte si interroga allora sulla possibilità di applicare lo schema di giudizio della sentenza *Kükükdveci* del 2010, relativa al divieto di discriminazione in base all'età sancito dall'art. 21, par. 1, Carta. Il ragionamento prevede di verificare se la norma tratta dalla direttiva sia in realtà ripetitiva e ricognitiva di un principio. Se questo accade, la norma tratta dal principio produce effetti nella controversia tra privati, superando l'incapacità strutturale della direttiva. Lo schema *Kükükdveci*, però, secondo la Corte, non può essere applicato al caso *AMS* perché mentre l'art. 21, par. 1, Carta esprime di per sé una norma chiara, precisa e incondizionata, non così l'art. 27 Carta. Il divieto di escludere alcune categorie di lavoratori dal calcolo degli effettivi, infatti, è contenuto normativo proprio dell'art. 3 direttiva, ma non si desume dall'art. 27. La Corte conclude che l'art. 27 Carta, da solo o in combinato disposto con la direttiva 2002/14/CE, non può essere invocato al fine di disapplicare una norma nazionale in una controversia fra privati.

Molti argomenti nella sentenza *AMS* restano impliciti. La Corte non qualifica l'art. 27 Carta come un principio; non effettua alcuna ricostruzione generale delle categorie di diritti e principi; non chiarisce cosa significhi la formula dell'art. 52, par. 5, Carta. Nella sentenza non vi è neppure menzione degli artt. 51, par. 1 e 52, par. 5, Carta, né nella parte motiva, né nelle premesse normative. L'omesso riferimento all'art. 52, par. 5, colpisce se si considera l'ampiezza e la profondità delle conclusioni presentate dall'Avvocato Generale Cruz Villalón proprio su questa disposizione. Già questa constatazione è indice della cautela della Corte nel trattare una nozione che evidentemente è percepita come problematica³¹.

³¹ Per esempi di casi in cui la Corte di giustizia ha enunciato un principio generale del diritto senza ampia motivazione, dando tuttavia implicitamente seguito alla ricognizione delle tradizioni e prassi costituzionali compiuta dagli Avvocati Generali, cfr. K. LENAERTS, J.A. GUTIÉRREZ-FONS, *The Role of General Principles in EU Law*, in A. ARNULL, C. BARNARD, M. DOUGAN, E. SPAVENTA (eds.), *A Constitutional Order of States. Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood*, Oxford-Portland, 2011, 179. La sentenza *AMS* non costituisce uno di questi casi.

La Corte è, invece, più precisa nella successiva sentenza *Glatzel*. La questione pregiudiziale aveva ad oggetto la validità di una direttiva i cui allegati disciplinano i requisiti minimi di vista per conseguire la patente di guida³². Il conducente di un camion cui era stata ritirata la patente, trovandosi all'esame medico non idoneo per un significativo deficit visivo monoculare, riteneva che gli indici di vista previsti dalla direttiva fossero in contrasto con gli articoli 20, 21, par. 1, e 26 Carta vertenti, rispettivamente, sull'uguaglianza davanti alla legge, sulla non discriminazione fondata sulla disabilità e sull'inserimento delle persone con disabilità³³. La Corte in questa occasione attiva espressamente l'art. 52, par. 5 e, sulla scorta delle Spiegazioni, ritiene che l'art. 26 sia un principio. La Corte, in secondo luogo, si chiede se la direttiva costituisca un atto di attuazione del principio medesimo. Poiché la risposta è affermativa, l'art. 26 può essere parametro di validità e interpretazione della direttiva. La Corte non ravvisa vizi di invalidità della direttiva, poiché il principio dell'art. 26 non prescrive al legislatore dell'Unione di adottare «questa o quella misura particolare».

La sentenza costituisce un primo esempio di applicazione di un principio in funzione di parametro di validità. La Corte non chiarisce perché l'art. 26 è espressione di un principio, limitandosi a richiamare sul punto le Spiegazioni che, anch'esse senza argomentazione, comprendono l'art. 26 tra gli esempi di principio ai sensi dell'art. 52, par. 5. Nei lapidari passaggi motivazionali, inoltre, la Corte afferma che l'art. 26, dovendo essere concretizzato da misure di attuazione «non può ... conferire di per sé ai singoli un diritto soggettivo autonomamente azio-

³² Allegato III, punto 6.4, della direttiva 2006/126/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 dicembre 2006, concernente la patente di guida, come modificata dalla direttiva 2009/113/CE della Commissione, del 25 agosto 2009, oggetto di Corte di giustizia, 22 maggio 2014, *Glatzel*, C-356/12. La Corte ha ritenuto che le limitazioni al principio della parità di trattamento di cui all'art. 20 Carta, principio generale del diritto dell'Unione, e al principio di non discriminazione di cui all'art. 21, che ne è una particolare espressione (§43) siano legittime e proporzionate rispetto all'obiettivo di interesse generale della sicurezza nella circolazione.

³³ Art. 26 Carta, contenuto nel Titolo III, Eguaglianza: «L'Unione riconosce e rispetta il diritto delle persone con disabilità di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità».

nabile». Questa precisazione è inconferente ai fini della decisione, poiché la Corte era chiamata a svolgere un sindacato di legittimità in senso stretto tra parametro primario e direttiva. La Corte, tuttavia, ha forse percepito la necessità di iniziare ad enunciare alcuni canoni di differenziazione tra diritti e principi, per fornire un minimo di certezza giuridica intorno ad una categoria ancora largamente oscura.

6. Effetti di un processo di assimilazione

La sentenza *AMS* poteva essere considerata un campanello d'allarme rispetto all'atteggiamento della Corte di giustizia nei confronti delle disposizioni della Carta recanti diritti sociali. Dal punto di vista metodologico, tuttavia, non sarebbe corretto valutare il grado di tutela garantito alla dimensione sociale dal giudice europeo sulla base di questo solo caso. In altri ambiti materiali, che fanno parte di terreni ben più arati quali la libertà di circolazione e il principio di non discriminazione, la Corte ha continuato ad assicurare tutela a soggetti singoli, per esempio riconoscendo la spettanza di benefici sociali³⁴. Un'analisi più approfondita della sentenza *AMS* appare in ogni caso utile per comprendere che implicazioni può avere l'iscrizione tra i principi di alcune – poche o molte non è dato al momento saperlo – norme della Carta.

Nella sentenza *AMS* l'adozione degli "occhiali" della direttiva conduce, e in qualche misura impronta, l'intero schema di giudizio. È indubbio che questo modo di impostare la questione pregiudiziale nasca dallo stesso quesito posto dalla Cassazione francese. Sta di fatto che l'aver indossato questi occhiali provoca una traslazione delle problematiche tipiche delle direttive (condizioni per aversi effetto diretto, limite

³⁴ Per esempio, Corte di giustizia (Grande sezione), *Kamberaj*, 24 aprile 2012, C-571/10, sul divieto di disparità di trattamento di un cittadino di paese terzo in materia di sussidio per l'alloggio; Corte di giustizia, *Office national de l'emploi c. Marie-Rose Melchior*, 4 febbraio 2015, C-647/13, sulle condizioni per il riconoscimento dell'indennità di disoccupazione. Un significativo arresto si è verificato, invece, in Corte di giustizia (Grande sezione), *Dano*, 11 novembre 2014, C-333/13, in cui la Corte ha letto restrittivamente il requisito dell'autosufficienza economica ai fini del titolo di soggiorno di un cittadino comunitario in un altro Stato membro.

degli effetti diretti orizzontali) sulle disposizioni della Carta. Ma tale traslazione non è né dovuta, né automatica. È opportuno chiedersi, infatti, se il regime proprio di una specifica tipologia di atti secondari debba estendersi all'interpretazione della Carta, che è invece fonte di diritto primario; ancora, se la negazione di effetti orizzontali si attaglia a norme che disciplinano diritti fondamentali, il cui scopo è anche porre rimedio alle asimmetrie prodotte dai rapporti di forza tra privati.

Una seconda considerazione attiene al risultato finale prodotto dall'interpretazione della Corte di giustizia. Si è visto come, nei lavori preparatori, il punto cardine della definizione di «principio» fosse la necessità di intermediazione legislativa. La necessità, dunque, di un atto di attuazione dell'Unione o degli Stati, nell'ambito delle rispettive competenze. La Corte di giustizia ha applicato, nella sentenza *AMS*, la dottrina dell'autosufficienza delle norme di diritto primario propria dell'effetto diretto. La capacità di produrre effetti diretti c'è nell'art. 21, par. 1, Carta, sul principio di non discriminazione, e non c'è nell'art. 27 Carta, perché la prima norma è di per sé chiara, precisa e incondizionata, mentre la seconda non lo è. Negando la qualità dell'effetto diretto all'art. 27 Carta, la Corte di giustizia ha finito per rispettare l'*original intent*, poiché ha impedito che da una disposizione della Carta potesse trarsi un diritto soggettivo direttamente azionabile in giudizio. Tuttavia, l'applicazione del criterio dell'autosufficienza produce una duplice conseguenza negativa sulla categoria dei principi, che forse va oltre le stesse ragioni originarie che avevano condotto alla sua introduzione nel tessuto della Carta. In primo luogo, il criterio dell'autosufficienza isola il contenuto dell'art. 27 e osta a che esso si arricchisca in futuro della normazione secondaria. Una parte della dottrina che, per prima, aveva commentato l'art. 52, par. 5, Carta aveva descritto i principi come norme dal significato solo parzialmente definito e di per sé incompleto; per completarne il contenuto, si disse, era necessaria una specificazione da parte del diritto derivato. Si era, altresì, ritenuto che la nozione fosse flessibile e cangiante nel tempo, nel senso che proprio con la crescita del diritto derivato si sarebbe potuta colmare l'incompletezza di significato dei principi, con una progressiva assunzione di consistenza delle posizioni soggettive tutelate sino a divenire veri e propri diritti sogget-

tivi³⁵. Il criterio dell'autosufficienza, praticato nel caso *AMS*, impedisce questo accrescimento di contenuto normativo nel tempo, perché concentra l'esame della chiarezza, precisione e assenza di condizioni della norma sul solo contenuto della disposizione primaria, indipendentemente dalle norme di attuazione. Ciò è tanto più paradossale se si considera che la nozione di principi è stata scritta nel timore che omissioni legislative *volute* da parte dell'Unione e degli Stati potessero essere colmate in sede giurisdizionale, ossia che prestazioni che una legislazione derivata non aveva disciplinato potessero essere in ogni caso ottenute per via giudiziaria. Ma in un caso come *AMS* non vi è alcuna omissione legislativa, nel senso che il diritto secondario esiste già e il suo contenuto è proprio una specificazione della norma primaria.

Una seconda conseguenza negativa dell'uso del criterio dell'autosufficienza consiste nel fatto che il regime di applicazione dell'art. 27 è determinato, in definitiva, dalla normativa secondaria. Se tale normativa consiste in una direttiva, il principio espresso dall'art. 27 nulla aggiunge e nulla sposta agli effetti propri di quella tipologia di fonte. La normativa secondaria, in questo modo, definisce l'ambito di applicazione della disciplina primaria, e non viceversa. Tale conseguenza può apparire certamente in linea con il grado di integrazione voluto dagli Stati e riflesso nella tipologia di atto adottato, nella specie una direttiva. Resta il fatto che il ricorso al criterio dell'autosufficienza cristallizza l'art. 27 sia sotto il profilo del contenuto, che è valutato in sé e non in rapporto al possibile arricchimento dato dalla disciplina di attuazione, sia sotto il profilo dell'ambito di applicazione, restando questo definito dal regime del diritto secondario. L'effetto di cristallizzazione è talmente evidente che nella sentenza *AMS* l'art. 27 non dà alcun contributo alla soluzione del caso, tanto che, se non ci fosse stato, il risultato sarebbe stato identico.

³⁵ O. DE SCHUTTER, voce *art. 52*, cit., 408.

7. Conclusioni

Per usare un'immagine, si potrebbe dire che la nozione di principi nelle disposizioni finali della Carta ha rotto la cosiddetta costanza terminologica, ossia l'illusione che, in un dato sistema, il legislatore mantenga una corrispondenza rigida tra concetti normativi e termini degli enunciati, sicché il significato attribuito al termine di un enunciato è proprio anche di tutti gli enunciati in cui ricorre³⁶. Il significato del termine principi nelle disposizioni finali, infatti, pare diverso dal significato di altri «principi» già noti al diritto dell'Unione, sia principi scritti nel diritto primario dei Trattati, sia principi non scritti come i principi generali contenenti diritti fondamentali. Nei paragrafi precedenti, si è tentato di mostrare come questa rottura abbia prodotto due tipi di reazione: per alcuni interpreti, il ricorso a dottrine tratte dalle esperienze costituzionali nazionali; per altri, l'utilizzo di nozioni già ben note e consolidate nel sistema di riferimento, attraverso un processo che abbiamo chiamato di assimilazione.

Alcune delle suggestioni costituzionali che hanno ispirato l'origine del termine «principi» e le sue interpretazioni sono legate a uno specifico contesto nazionale, cosicché difficilmente troveranno eco in quanto tali nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Così è, per esempio, per la dottrina francese degli obiettivi di valore costituzionale. Altre, invece, come gli schemi argomentativi dell'Avvocato Generale Cruz Villalón, sono espressive del tentativo di cogliere un fenomeno più complesso, in cui materiali normativi e prassi nazionali costituiscono elementi e tendenze idonei a identificare un patrimonio comune. Certamente i confini della categoria dei «principi» voluti dai redattori della Carta rendono difficile considerare la natura di veri e propri diritti soggettivi riconosciuta a molti diritti sociali negli Stati membri, attraverso l'opera non solo delle Corti costituzionali, ma anche dei giudici comuni. Se la connotazione dei diritti sociali come diritti soggettivi giustiziabili dovesse prevalere, proprio in virtù delle tradizioni costituzionali nazionali, la categoria dei «principi», per come inquadrata nelle dispo-

³⁶ Sull'argomento della costanza terminologica, G. TARELLO, *op. cit.*, 377.

sizioni finali della Carta, sarebbe destinata a depotenziarsi e risultare del tutto residuale nell'interpretazione delle norme sociali della Carta.

Sull'altro versante della nostra analisi, un'ultima considerazione merita il processo di assimilazione. Tale operazione non è neutra, ma è spesso correlata ad una funzione. La scelta della Corte di giustizia, effettuata nel 1963, di attribuire effetto diretto alle norme dei Trattati precise e incondizionate fu funzionale a definire la peculiare natura dell'ordinamento comunitario: non un ordinamento internazionale nel senso classico, avente per soggetti i soli Stati contraenti, ma un ordinamento avente come soggetti i cittadini. Come disse Pierre Pescatore, alla base di questa ricostruzione vi era un preciso ideale democratico per il quale nella Comunità, esattamente come negli Stati costituzionali, e a differenza del diritto internazionale, le autorità pubbliche dovevano potere essere direttamente chiamate dai cittadini a rispondere dell'esercizio del potere davanti all'autorità giurisdizionale. Un ampio utilizzo della categoria dei principi per ridurre la capacità dei diritti sociali di tutelare in senso pieno posizioni soggettive potrebbe costituire un'inversione di quel preciso ideale democratico. Allo stato, in ogni caso, e al di là delle previsioni future, appare utile dare atto dei movimenti che abbiamo descritto, se si vuole culturali, oltre che strettamente giuridici, in quanto fanno parte di una esperienza in senso ampio di "migrazione di idee costituzionali"³⁷.

³⁷ Nel senso utilizzato da S. CHOUDHRY, *Migration is a New Metaphor in Comparative Constitutional Law*, 21, e N. WALKER, *The Migration of Constitutional Ideas and the Migration of the Constitutional idea: the case of the EU*, 333, in S. CHOUDHRY (eds.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, 2006.

L'UNIVERSO DELLE DISABILITÀ: PER UNA DEFINIZIONE UNITARIA DI UN DIRITTO DISEGUALE

Lucia Busatta

SOMMARIO: *1. Introduzione. 2. Il modello medico-assistenziale. 2.1. I rischi di un paternalismo medico-assistenziale. 3. Il modello sociale e i limiti di un approccio meramente funzionale. 3.1. La scuola: il diritto all'istruzione alla base dell'inclusione sociale. 3.2. Disabili e lavoro: quando le definizioni sfuggono, prevale il profilo funzionale. 4. Possibili soluzioni: le tecnologie assistive e il paradigma minoritario. 4.1. Il superamento della dicotomia (medico/sociale) attraverso le nuove tecnologie a servizio della disabilità. 4.2. Il paradigma minoritario e l'inclusione attraverso la comunicazione. 5. Per la valorizzazione della diseguaglianza.*

1. Introduzione

Il mondo delle disabilità rappresenta un universo multiforme e sfaccettato nel quale coesistono una molteplicità di situazioni individuali fra loro molto diversificate. Dal punto di vista giuridico, tale condizione acquisisce rilevanza in relazione alla necessità di far derivare, dal riconoscimento di una *diversità*, un sistema di tutele differenziate, volte a garantire gli strumenti per l'inclusione sociale, assistenziale, lavorativa o scolastica di persone svantaggiate per motivi fisici o psichici. Tale chiave di lettura rischia però di scontare i limiti connessi all'adozione di un approccio di natura esclusivamente dicotomica, che preveda la rigida contrapposizione tra un concetto di *diversità/disabilità*, da un lato, ed uno di *normalità*, dall'altro lato.

La poliedricità che caratterizza il mondo della disabilità determina, inoltre, le difficoltà definitorie con le quali, almeno a far data dall'emersione di una nuova materia di studio interdisciplinare, la branca

dei *Disability Studies*¹, si misurano organizzazioni internazionali e ordinamenti giuridici statali². In questo contesto, è stata da tempo sottolineata la necessità di abbandonare la definizione meramente medica di disabilità, ancorata ad un atteggiamento tendenzialmente paternalista nei confronti del soggetto destinatario di tutele e fondata sul binomio fisiologia/patologia, a favore di una “dimensione sociale” della disabilità, sicuramente più completa ed inclusiva³. A questo proposito è stato, ad esempio, osservato che «[m]entre la visione tradizionale è incentrata sull’individuo, sulla diagnosi, sulla severità del deficit, il Modello Sociale mette a fuoco la relazione individuo-ambiente e il contesto in cui la persona è inserita, identifica le barriere sociali, economiche ed i comportamenti diffusi che portano all’esclusione, puntando alla rimozione degli ostacoli e dei comportamenti discriminanti. Considera, cioè, la

¹ I Disability Studies (DS) rappresentano un settore di studi inter- e multidisciplinare che, a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, hanno iniziato ad affermarsi, soprattutto nel contesto anglo-americano e in Nord Europa. In base alla definizione proposta dalla Society for Disability Studies (un’associazione internazionale no-profit, <http://disstudies.org/>), la disabilità rappresenta un aspetto centrale dell’esperienza umana e lo studio di un universo tanto differenziato può avere un significativo impatto a livello politico, sociale ed economico, per la società nel suo complesso, per le persone disabili e per i cosiddetti normo-dotati.

² Si pensi, ad esempio, all’articolo 26 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea, oppure alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, adottata il 13 dicembre 2006 con la risoluzione A/RES/61/106. Il Parlamento italiano ne ha autorizzato la ratifica con legge n. 18/2009. Anche l’Unione europea (cfr. *infra*) ha concluso la Convenzione, con Decisione 2010/48/CE del Consiglio, del 26 novembre 2009.

³ Sul punto cfr. A. LORENZETTI, *Dis-eguaglianza e disabilità*, relazione al convegno annuale del Gruppo di Pisa, Campobasso 19-20 giugno 2015, in www.gruppodipisa.it, che sottolinea come la mera dicotomia fisiologia/patologia conduca inevitabilmente ad un approccio paternalistico, la cui principale finalità è quella di rendere il disabile «il più uguale possibile alle altre persone», con il rischio, però, di rafforzare le distanze tra normalità e disabilità (8). La letteratura sul modello sociale di disabilità è ormai assai ampia, soprattutto nel mondo anglosassone; *inter multis* cfr. M. OLIVER, *The social model of disability: thirty years on*, in *Disability & Society*, 28(7), 2013, 1024-1026; D. ANASTASIOU, J. KAUFMANN, *The Social Model of Disability: Dichotomy between Impairment and Disability*, in *Journal of Medicine and Philosophy*, 38(4), 2013, 441-459.

persona disabile un soggetto da includere a pieno titolo nella società, piuttosto che un soggetto da tutelare»⁴.

Le definizioni giuridiche di disabilità, elaborate soprattutto al livello internazionale, si caratterizzano per l'affermazione, pur meramente programmatica, della necessità di adottare un approccio che possa coniugare entrambe le visioni proposte: da un lato, la condizione di disabilità si collega al concetto di salute, in adesione alla più ampia prospettiva psico-fisica, espressa nella nota definizione dell'OMS⁵; dall'altro lato, la dimensione sociale, collettiva e relazione del fenomeno pone in primo piano la necessità di inclusione delle persone portatrici di disabilità all'interno della società o di un determinato gruppo sociale⁶. Se la prima prospettiva valorizza maggiormente il profilo sanitario e assistenziale, che – soprattutto con riguardo ad alcune specifiche situazioni – costituisce il nucleo ineludibile delle tutele a favore del portatore di disabilità, la seconda impostazione evidenzia maggiormente l'esigenza

⁴ A.D. MARRA, *Disabilità*, in *Digesto delle discipline privatistiche sez. civile*, aggiornamento, Torino, 2010, 555-561, 556.

⁵ L'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) definisce la salute come «stato di completo benessere fisico, psichico e sociale e non semplice assenza di malattia». La corretta citazione, tratta dal Preambolo dello Statuto dell'OMS, entrato in vigore il 7 aprile 1948 è recita: «Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity».

⁶ Significativa è, a riguardo, la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, approvata dall'Assemblea Generale dell'Onu il 13 dicembre 2006, sottoscritta dall'Italia il 30 marzo 2007. Con la legge n. 18/2009 (pubblicata in G.U. n. 61 del 14 marzo 2009) il Parlamento ne ha autorizzato la ratifica. In particolare, la lettera e) del Preambolo («Riconoscendo che la disabilità è un concetto in evoluzione e che la disabilità è il risultato dell'interazione tra persone con menomazioni e barriere comportamentali ed ambientali, che impediscono la loro piena ed effettiva partecipazione alla società su base di uguaglianza con gli altri») e il secondo comma dell'art. 1 («Per persone con disabilità si intendono coloro che presentano durature menomazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali che in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su base di uguaglianza con gli altri») prendono atto della intrinseca mutevolezza della condizione di disabilità e della conseguente preferibilità di una definizione inclusiva, che comprenda entrambi i profili sopra evidenziati. Cfr. D. FERRI, *The Conclusion of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities by the EC/EU: A Constitutional Perspective*, in L. WADDINGTON, G. QUINN, *European Yearbook of Disability Law*, Vol. 2, Antwerp-Oxford-Portland, 2010, 47 ss.

di inclusione e, di conseguenza, la necessità che l'ordinamento appresti strumenti idonei a permettere il superamento delle cosiddette "barriere sociali"⁷.

In linea con tale approccio, anche la International Classification of Functioning, Disability and Health (ICF), approvata dall'OMS nel 2001⁸, ha prediletto l'adozione di un modello misto, secondo il quale la

⁷ Su quest'ultimo profilo, si pensi alla funzionalità di talune definizioni di disabilità, per esempio con riguardo agli strumenti promozionali per l'accesso al pubblico impiego o per la garanzia del diritto all'istruzione. Per esempio, cfr. la previsione sulla diagnosi di handicap, al fine di elaborare il percorso educativo personalizzato, come previsto dall'art. 12, co. 5, della legge quadro n. 104/1992: «All'individuazione dell'alunno come persona handicappata ed all'acquisizione della documentazione risultante dalla diagnosi funzionale, fa seguito un profilo dinamico-funzionale ai fini della formulazione di un piano educativo individualizzato, alla cui definizione provvedono congiuntamente, con la collaborazione dei genitori della persona handicappata, gli operatori delle unità sanitarie locali e, per ciascun grado di scuola, personale insegnante specializzato della scuola, con la partecipazione dell'insegnante operatore psico-pedagogico individuato secondo criteri stabiliti dal Ministro della pubblica istruzione».

In tema di accesso al lavoro, le norme di riferimento sono contenute nella l. n. 68/1999, il cui articolo 1, nell'individuare i disabili destinatari delle disposizioni di legge, raccoglie una serie di definizioni che potremmo definire "funzionali". Sono destinatarie delle norme per la promozione dell'inserimento e dell'integrazione lavorativa delle persone disabili le «persone in età lavorativa affette da minorazioni fisiche, psichiche o sensoriali e ai portatori di handicap intellettivo, che comportino una riduzione della capacità lavorativa superiore al 45 per cento, accertata dalle competenti commissioni per il riconoscimento dell'invalidità civile»; le «persone invalide del lavoro con un grado di invalidità superiore al 33 per cento, accertata dall'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali (INAIL) in base alle disposizioni vigenti»; le «persone non vedenti o sordomute»; le «persone invalide di guerra, invalide civili di guerra e invalide per servizio con minorazioni ascritte dalla prima all'ottava categoria di cui alle tabelle annesse al testo unico delle norme in materia di pensioni di guerra». In base al comma 2 del medesimo articolo: «si intendono per non vedenti coloro che sono colpiti da cecità assoluta o hanno un residuo visivo non superiore ad un decimo ad entrambi gli occhi, con eventuale correzione. Si intendono per sordomuti coloro che sono colpiti da sordità dalla nascita o prima dell'apprendimento della lingua parlata».

⁸ International Classification of Functioning, Disability and Health (ICF), approvata con Risoluzione WHA 54.21 dall'assemblea dell'OMS il 22 maggio 2001, e disponibile all'indirizzo internet: <http://www.who.int/classifications/icf/en/> (ultima consultazione 01.10.2015).

condizione di disabilità è collegata sia alla presenza di fattori medici sia all'esistenza di barriere sociali. Fulcro di tale impostazione è il concetto di *funzionamento*, inteso come il «risultato dell'interazione tra la persona e l'ambiente»⁹. Anche se la classificazione dell'OMS non trascurava la dimensione medica della disabilità, significativa è l'inclusione, nel sistema di valutazione, della relazione tra individuo e ambiente, in adesione al modello sociale: in tale prospettiva, il concetto di *normalità* perde la propria originaria funzione di parametro oggettivo cui rapportare la diversità del soggetto disabile, la cui situazione viene, invece, intesa come una delle tante opzioni determinate dalla naturale variabilità degli esseri umani¹⁰.

Se, quindi, in aderenza al “modello medico” di disabilità, il *focus* delle misure d'intervento è rappresentato dalla tutela della salute del soggetto fragile, attraverso la predisposizione di prestazioni sanitarie e assistenziali per rispondere ai bisogni dell'interessato, il paradigma sociale richiede l'individuazione dei canali prioritari di intervento volti a permettere un superamento delle “barriere” che impediscono una completa interazione tra la persona e l'ambiente. Ciò che ne risulta non è altro che uno dei possibili modi di realizzazione del principio d'eguaglianza sostanziale, come enunciato dal secondo comma dell'art. 3 della nostra Costituzione. A ben vedere, dunque, la cifra caratterizzante il sistema di tutele per le persone portatrici di disabilità dimostra l'ineludibile coniugio tra divieto di discriminazioni (*alias*, il principio d'eguaglianza formale, art. 3, co. 1, Cost.) e il perseguimento dell'eguaglianza sostanziale. La disabilità, condizione personale che non può limitare la «pari dignità sociale» della persona e che non tollera discriminazioni, è letta, in chiave costituzionale, quale «ostacolo di fatto» che impedisce il pieno godimento dei diritti. È proprio all'interno dell'espressione «di fatto», il cui inserimento nel testo costituzionale si deve alla più giova-

⁹ G. BORGNOLO (a cura di), *ICF e Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità. Nuove prospettive per l'inclusione*, Trento, 2009, 9.

¹⁰ Così anche A. DI CARLO, E. STRADELLA, *Disabilità e tecnologie innovative: alcuni spunti di riflessione*, in E. VIVALDI (a cura di), *Disabilità e sussidiarietà*, Bologna, 2012, 348.

ne donna dell'Assemblea costituente¹¹, che è racchiusa l'esigenza di rendere concretamente e realmente *effettivi* quei diritti che permettono la piena realizzazione dell'eguaglianza tra le persone.

Nei paragrafi che seguono si tenterà, dunque, di prendere in considerazione le principali caratteristiche dei due modelli qui brevemente presentati, valutandone potenzialità e limiti e tentando, nella parte conclusiva, di proporre una chiave di lettura unitaria, attraverso la valorizzazione della ricchezza derivante dall'intrinseca diversità degli esseri umani. Anche nel nostro ordinamento il duplice approccio (medico e sociale) al mondo delle fragilità pare essere ormai profondamente integrato nel quadro normativo. Da un lato, in chiave sanitario-assistenziale, numerose sono le norme che prevedono sostegni specifici o vie particolari per l'accesso alle prestazioni sanitarie, in presenza di una condizione di fragilità; dall'altro lato, è proprio la legge quadro (l. n. 104/1992) a indicare alcuni prioritari canali d'intervento per garantire l'abbattimento delle barriere sociali per i soggetti portatori di handicap. Come si vedrà nei paragrafi che seguono, le modalità di intervento e gli strumenti di tutela differiscono in natura, grado di precettività ed effettività, rispecchiando quell'ampio livello di variabilità proprio dei diritti sociali.

¹¹ Fu, infatti di Teresa Mattei, l'intervento che cristallizzò tale formula all'interno dell'articolo 3 della Costituzione. La più giovane deputata dell'Assemblea costituente, intervenuta durante il dibattito sui principi fondamentali della Costituzione nella seduta pomeridiana del 18 marzo 1947, sottolineò con forza la necessità di includere tale espressione nel testo costituzionale (pur avendo primariamente in animo l'affermazione di una piena eguaglianza "di fatto" tra uomo e donna): «Voi direte che questo è un pleonasma. Noi però riteniamo che occorra specificare «di fatto». [...] Spetta a tutti noi, e lo afferma anche il Presidente della Commissione per la Costituzione nella sua relazione introduttiva, di partecipare attivamente alla gestione della cosa pubblica per rendere effettiva e piena questa sovranità popolare» (il testo dell'intervento è consultabile sul sito www.nascitacostituzione.it, ultima consultazione 01.10.2015). Sulla figura di Teresa Mattei e sul ruolo delle donne nell'Assemblea costituente cfr. P. PACINI, *La costituente: storia di Teresa Mattei*, Milano, 2011; M. ADDIS SABA, M. DE LEO, *Donne e Costituente: alle origini della Repubblica*, Roma, 1996.

2. *Il modello medico-assistenziale*

A livello normativo, nel nostro ordinamento, il concetto di disabilità è stato definito dalla legge quadro n. 104/1992¹², che ancora oggi costituisce il punto di riferimento principale per il novero dei diritti delle persone in condizione di fragilità. L'atto normativo ha adottato un approccio «a doppio binario»¹³, prevedendo significative misure per l'assistenza socio-sanitaria (in conformità al c.d. modello medico) e individuando, al contempo, i canali d'intervento per l'inclusione delle persone con disabilità e il superamento delle “barriere sociali” (secondo quello che potremmo definire il “modello funzionale”, su cui *infra*). Tale fusione traspare, *in primis*, dalla definizione di disabile espressa dall'art. 3, co. 1, della legge, in base alla quale «È persona handicappata colui che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione». Un approccio simile è adottato anche dalla legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali (l. n. 328/2000) che, pur non proponendo una ulteriore definizione di disabilità o persona disabile, individua una serie di interventi mirati, sia per la tutela della salute sia per la promozione dell'inclusione sociale delle persone in condizioni di fragilità, modulati a seconda del grado di gravità della menomazione e dei bisogni dell'interessato.

La portata trasversale della l. n. 104/1992 e la necessaria uniformità degli interventi in essa previsti sono stati sottolineati, già a breve distanza dall'approvazione dell'atto normativo, dalla Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di alcune disposizioni a seguito di un ricorso della Regione Lombardia: «il suo complessivo disegno è fondato sulla esigenza di perseguire un evidente interesse nazionale, stringente ed infrazionabile, quale è quello di garantire in tutto il territorio nazionale un livello uniforme di realizzazione di diritti costi-

¹² Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 17 febbraio 1992, n. 39.

¹³ A.D. MARRA, *Disabilità*, cit., 557.

tuzionali fondamentali dei soggetti portatori di handicaps»¹⁴. A tali obiettivi devono perciò concorrere, oltre allo Stato, tutti gli enti territoriali.

Per effetto della riforma del Titolo V della Costituzione, inoltre, le responsabilità regionali nell'attuazione dei principi della legge si sono intensificate. Da un lato, infatti, si richiede che le prestazioni (in questo caso sanitarie) volte a garantire il diritto (non solo sociale, ma anche) fondamentale alla salute delle persone disabili ottengano una realizzazione tendenzialmente uniforme sull'intero territorio nazionale; dall'altro lato, per effetto della modifica costituzionale del 2001 e dell'interpretazione data dalla Consulta alle disposizioni del Titolo V, un certo livello di differenziazione nella garanzia di tali diritti è previsto e, anzi, ritenuto funzionale ad una migliore attuazione dei principi costituzionali. A seguito, dunque, della "responsabilizzazione" degli enti territoriali nella garanzia dei diritti e come conseguenza di una diversa modalità di allocazione delle risorse da parte delle Regioni, in questi quindici anni dalla riforma costituzionale, si è giunti ad una sorta di «federalismo sociale»¹⁵, per cui le Regioni operano scelte proprie nell'ambito della cornice generale tracciata a livello statale.

Se ciò, in termini astratti, contribuisce a dimostrare la tesi per cui, oltre alla garanzia delle prestazioni rientranti nei livelli essenziali, le

¹⁴ C. cost., sent. n. 406/1992, punto 2 del considerato in diritto.

¹⁵ E. ROSSI, *I diritti sociali nella prospettiva della sussidiarietà verticale e circolare*, in E. VIVALDI (a cura di), *Disabilità e sussidiarietà*, Bologna, 2012, 43. Numerosissimi sono i contributi sul rapporto tra Stato e Regioni nella garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni, soprattutto con riguardo al settore sanitario e assistenziale. Senza pretesa di esaustività, e soprattutto in riferimento al "federalismo sociale", cfr. L. SCARFARDI, *Politiche regionali e disomogeneità dei servizi erogati. Alla ricerca di una procedura condivisa per la determinazione dei livelli essenziali di assistenza sociale*, in E. BALBONI (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti sociali*, Milano, 2009, 425 ss.; A. D'ALOIA, *Diritti e stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 6, 2003, 1063 ss.; M. LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in E. CATELANI, G. CERRINA FERONI, M.C. GRISOLIA (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione: modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Torino, 2011, 9 ss.; G. D'AMICO, *Il sindacato della Corte costituzionale sulle norme tecniche in tema di diritti all'assistenza sociale*, in P. BONNETTI ET AL. (a cura di), *Spazio della tecnica e spazio del potere nella tutela dei diritti sociali*, Roma, 2014, 769 ss.

autonomie territoriali possono prevedere livelli ulteriori e, dunque, nuovi diritti e prestazioni, in concreto, soprattutto per effetto dell'impatto della recente (e ancora attuale) crisi economica, la differenziazione ha condotto, in alcuni casi, all'impossibilità di mantenere la risposta istituzionale adeguata ai bisogni¹⁶.

Significativo è, a questo riguardo, il punto tracciato dalla Corte costituzionale nella sentenza sulla *social card*¹⁷: pur non avendo diretta attinenza con la garanzia delle prestazioni sanitarie, né con il mondo delle disabilità, i giudici delle leggi hanno avuto occasione di pronunciarsi sull'irrinunciabilità della tutela dei diritti sociali, anche nei momenti in cui essa è resa più difficile a motivo delle particolari difficoltà imposte dalla crisi. Le ragioni dell'autonomia, secondo la Consulta, cedono di fronte al preminente interesse nazionale di garantire a tutte le persone in modo uniforme sul territorio statale quelle prestazioni che contribuiscono a realizzare il nucleo irriducibile dei diritti fondamentali: «Un tale intervento da parte dello Stato deve [...] ritenersi ammissibile, nel caso in cui esso risulti necessario allo scopo di assicurare effettivamente la tutela di soggetti i quali, versando in condizioni di estremo bisogno, vantino un diritto fondamentale che, in quanto strettamente inerente alla tutela del nucleo irrinunciabile della dignità della persona umana, soprattutto in presenza delle peculiari situazioni sopra accenna-

¹⁶ In termini generali cfr. M. BELLETTI, *“Livelli essenziali delle prestazioni” e “coordinamento della finanza pubblica”*, in C. BOTTARI (a cura di), *I livelli essenziali delle prestazioni sociali e sanitarie*, Santarcangelo di Romagna, 2014, 25-27. Significativa è, a riguardo, la sentenza della Corte costituzionale n. 104/2013, che ha escluso la possibilità, per le Regioni sottoposte a Piani di rientro di integrare la lista dei livelli essenziali definiti dallo Stato. Cfr. M. BELLETTI, *Le Regioni «figlie di un Dio minore». L'impossibilità per le Regioni sottoposte a Piano di rientro di implementare i livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 5-6, 2013, 1078-1097; F. GIGLIONI, *La riduzione dei livelli essenziali di assistenza secondo appropriatezza da parte delle Regioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4, 2015, 529 ss.

¹⁷ C. cost., sent. n. 10/2010. Le Regioni ricorrenti lamentavano la violazione delle proprie competenze legislative da parte dello Stato, intervenuto nel settore delle politiche sociali attraverso l'istituzione di un fondo speciale per le esigenze prioritarie alimentari, energetiche e sanitarie dei cittadini meno abbienti. La Corte ha ricostruito la disciplina alla luce dei principi fondamentali della Costituzione (artt. 2, 3, 38 e 117, co. 2, lett. m), Cost.), ampliando notevolmente la portata applicativa della clausola trasversale.

te, deve potere essere garantito su tutto il territorio nazionale in modo uniforme, appropriato e tempestivo, mediante una regolamentazione coerente e congrua rispetto a tale scopo»¹⁸. Il rafforzamento del ruolo statale a discapito delle competenze regionali trova dunque giustificazione nel maggior interesse alla tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, messi a repentaglio dalle contingenze di una congiuntura economica particolarmente svantaggiosa e negativa¹⁹.

Uniformità, effettività e risposta ai bisogni costituiscono dunque i criteri orientatori degli interventi normativi per la garanzia delle prestazioni sociali che contribuiscono a realizzare la dignità della persona umana. È, dunque, ancora una volta, evidente la centralità del principio d'eguaglianza quale fulcro intorno al quale ruota la tutela delle persone in condizione di fragilità²⁰: la realizzazione del diritto alla salute, in queste particolari situazioni, diviene strumentale al soddisfacimento di altri bisogni primari per la persona.

¹⁸ C. cost., sent. n. 10/2010, punto 6.3 considerato in diritto. In modo simile (con specifico riguardo agli interventi a sostegno dell'edilizia abitativa), cfr. C. cost., sent. n. 166/2008 e 94/2007.

¹⁹ In commento alla sentenza e al rapporto dialogico tra competenze statali e regionali nella tutela dei diritti fondamentali e sociali cfr. E. LONGO, *I diritti sociali al tempo della crisi. La Consulta salva la social card e ne ricava un nuovo titolo di competenza statale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 2010, 164 ss.; A. ANZON DEMMIG, *Potestà legislativa regionale residuale e livelli essenziali delle prestazioni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 2010, 155 ss.; A. RUGGERI, "Livelli essenziali" delle prestazioni relative ai diritti e ridefinizione delle sfere di competenza di Stato e Regioni in situazioni di emergenza economica, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 24 febbraio 2010.

²⁰ Di particolare interesse, a tale proposito, è la recente della Corte costituzionale, n. 2/2016, in cui la Consulta ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale relativa ad una disposizione della l. prov. sulle Politiche sociali nella provincia di Trento (l. prov. n. 13/2007) nella parte in cui prevede che ai fini della fruizione di prestazioni sanitarie la compartecipazione sia commisurata alla condizione economico-patrimoniale del nucleo familiare di appartenenza (e non a quella del singolo interessato, come richiesto nell'ordinanza di rinvio). Secondo la Corte, la valutazione delle condizioni economiche anche dei soggetti tenuti all'obbligo alimentare costituisce il punto di congiunzione tra il diritto all'assistenza sociale e la condizione di indigenza, quando si tratta di garantire, in modo eguale, l'accesso a risorse inevitabilmente scarse rispetto alla domanda da soddisfare. In prospettiva critica sulla sentenza cfr. P. ADDIS, *La Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità e la Corte costituzionale*, in *Ferilismi.it*, 17 giugno 2016.

2.1. I rischi di un paternalismo medico-assistenziale

Dal punto di vista del soggetto destinatario di tali tutele, è necessario sottolineare quanto gli interventi istituzionali e le prestazioni garantite debbano mirare anche a rispettare e salvaguardare l'autonomia e la libertà di scelta del disabile, pur tenendo in considerazione le diverse manifestazioni della condizione di fragilità.

A tale proposito, bisogna anzi tutto osservare che gli interventi a tutela della salute del disabile possono, in alcuni casi, spingersi sino ad essere particolarmente invasivi. In ragione della situazione individuale, inoltre, le menomazioni psichiche o fisiche del soggetto possono incidere in modo significativo sulla sua stessa autonomia e capacità. Come conseguenza, da un lato, soprattutto in presenza di una situazione di fragilità quale è quella del disabile, coloro che sono responsabili per la *cura* della persona devono prestare attenzione a rispettare i principi del consenso informato a qualunque trattamento medico, evitando i condizionamenti che potrebbero eventualmente provenire da familiari e *care-givers*. Dall'altro lato, qualora le condizioni del disabile non permettano una piena comunicabilità tra medico e paziente, ogni possibile sforzo deve essere realizzato affinché la persona disabile possa, così come ogni altro malato, comprendere a fondo la propria situazione clinica, le possibilità terapeutiche e le alternative disponibili.

Una recente sentenza della Corte Suprema del Regno Unito, in punto di consenso informato, ha ad esempio sottolineato la necessità che la comunicazione da parte del medico sia commisurata alla capacità di comprensione del paziente, proprio al fine di garantire la piena realizzazione del suo diritto all'autodeterminazione nelle scelte sanitarie²¹. E con riguardo alla valutazione della capacità d'agire di una persona disabile, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha avuto occasione di evidenziare la particolare delicatezza di una decisione che incide in modo così profondo sulla sfera individuale, tanto da poter essere esclusivamente riservata alle autorità nazionali, ma nel rispetto (anche) dei

²¹ UK Supreme Court, *Montgomery v Lanarkshire Health Board* [2015] UKSC 11, 11 marzo 2015.

principi espressi dalla Cedu²². Secondo i giudici di Strasburgo, la limitazione della capacità di agire di un individuo disabile è una misura invasiva della sfera di libertà del soggetto; per tale ragione è necessario che il giudizio sia supportato da oggettivi e incontestabili elementi di fatto che provino l'impossibilità per il destinatario di provvedere da sé ai propri interessi e alle scelte sulla propria salute: «When such an important interest for an individual's private life is at stake a judge has to carefully balance all relevant factors in order to assess the proportionality of the measure to be taken. The necessary procedural safeguards require that any risk of arbitrariness in that respect is reduced to a minimum»²³.

Il problema della capacità dei soggetti disabili o di coloro che, a causa della (anche momentanea) debilitazione imposta dalla malattia soffrono una menomazione fisica o psichica, dimostra, come nel caso croato, il devastante impatto e la potenziale invasività che decisioni di tale tipo possono avere sui diritti individuali. I rischi connessi all'adozione di un approccio meramente "medico" del diritto delle disabilità pongono una forte tara sull'autonomia di soggetti che, proprio per la loro situazione di fragilità, si qualificano come meritevoli di maggiori tutele. La scelta di incidere sulla capacità decisoria e di agire di una persona disabile dovrebbe, a buon diritto, poter essere mitigata e modulata in ragione della situazione concreta, della natura della patologia e della durata della debilitazione (permanente o temporanea). Altrimenti, parafrasando le parole della Corte di Strasburgo, una decisione tanto limitativa della libertà individuale si traduce in un atto arbitrario e tradisce, inevitabilmente, una visione paternalistica del mondo delle disabilità, intese (solo) quali patologie da curare²⁴.

²² Corte EDU, *Ivinović v. Croatia*, ric, n. 13006/13, 18 settembre 2014. In particolare i giudici di Strasburgo hanno ritenuto a limitazione della capacità di agire (che nel caso specifico riguardava atti patrimoniali e decisioni concernenti i trattamenti medici cui sottoporsi) decisa nei confronti di una donna affetta da paralisi cerebrale e costretta sulla sedia a rotelle violasse l'articolo 8 della Convenzione, poiché le corti interne non hanno dato prova di aver svolto approfondite indagini tecniche circa la capacità della ricorrente.

²³ Corte EDU, *Ivinović v. Croatia*, par. 40.

²⁴ Sui rischi di un approccio paternalista al mondo delle disabilità cfr. A. LORENZETTI, *Dis-eguaglianza e disabilità*, cit., 8.

Una soluzione nella quale è possibile ravvisare, almeno a livello potenziale, la sussistenza di equilibrati bilanciamenti e valutazioni improntate alle specificità del caso singolo e dei bisogni del soggetto da tutelare è quella raggiunta, nel nostro ordinamento, con l'istituzione della figura dell'amministratore di sostegno, per effetto della legge n. 6/2004²⁵. La tendenziale elasticità dei poteri dell'amministratore, determinati volta per volta nel decreto del giudice, consente di plasmare l'istituto a seconda delle esigenze specifiche del caso concreto, lasciando alla persona beneficiaria tutto quello spazio di autonomia che, anche in base alle perizie tecniche che possono essere depositate in giudizio, si ritiene possa essere ancora gestibile da parte del soggetto fragile.

3. *Il modello sociale e i limiti di un approccio meramente funzionale*

Come si è visto, la definizione di disabilità oggi dominante è quella ispirata al "modello sociale della disabilità", secondo la quale tale situazione è il risultato di una interazione (negativa) tra individuo e ambiente circostante, a causa di una serie variabile di barriere che si frappongono tra la persona in condizioni di fragilità e il mondo circostante.

Gli ordinamenti nazionali e, in misura non trascurabile, anche l'Unione europea hanno sostanzialmente aderito a tale definizione, adottando di volta in volta misure specifiche volte a garantire il superamento dell'ostacolo che, in base al contesto di riferimento, impedisce la piena interazione del soggetto con l'ambiente. Per effetto della previsione di singoli canali di intervento e di misure mirate a risolvere una determinata problematica (per esempio, in ambito scolastico, per l'accesso al lavoro, nel settore dei trasporti, per l'assistenza sociale, ecc.), si è inevitabilmente giunti ad una frammentazione del quadro giuridico, ad una differenziazione significativa della portata e dell'effettività degli strumenti di intervento e, infine, ad un approccio che potremmo definire *funzionale* al mondo delle disabilità.

²⁵ In termini positivi anche A.D. MARRA, *Disabilità*, cit., 557, secondo il quale la disciplina «è centrata non sui deficit della persona, ma sulle barriere che l'individuo incontra in ragione di una menomazione».

L'atomizzazione della gestione del diritto delle disabilità comporta la mancanza di una disciplina organica del fenomeno e il rischio che tale frammentazione conduca a risultati non sempre coerenti a livello sistematico e talora addirittura antitetici o contraddittori, a discapito dell'effettiva eguaglianza intersoggettiva. D'altra parte, è stata anche la nostra Corte costituzionale a segnalare la necessità che all'intrinseca diversità che caratterizza il mondo delle disabilità corrisponda una modulazione e una differenziazione degli interventi: «va precisato che i disabili non costituiscono un gruppo omogeneo. Vi sono, infatti, forme diverse di disabilità: alcune hanno carattere lieve ed altre gravi. *Per ognuna di esse* è necessario, pertanto, individuare meccanismi di rimozione degli ostacoli che tengano conto della tipologia di handicap da cui risulti essere affetta in concreto una persona. Ciascun disabile è coinvolto in un processo di riabilitazione finalizzato ad un suo completo inserimento nella società; processo all'interno del quale l'istruzione e l'integrazione scolastica rivestono un ruolo di primo piano»²⁶.

Saper distinguere i canali d'intervento e le misure più appropriate in relazione ai bisogni della persona contribuisce sicuramente a riempire di significato una definizione dal contenuto potenzialmente assai ampio; al contempo, però, l'individualizzazione della risposta istituzionale non dovrebbe ridursi ad una mera funzionalizzazione degli interventi per la disabilità, poiché ciò reca il rischio di una eccessiva frammentazione e di una standardizzazione degli interventi, con il risultato di perdere di vista la *centralità della persona*, vero obiettivo delle tutele e degli strumenti di promozione²⁷. L'obiettivo da raggiungere, *rectius* la barriera da superare, implica, dunque, una scelta mirata che, al fine di non rimanere isolata, deve porsi in armonia con il contesto generale e puntare ad una valutazione olistica dei bisogni del destinatario²⁸.

²⁶ C. cost., sent. n. 80/2010, par. 3 considerato in diritto. Corsivo aggiunto.

²⁷ In questa prospettiva anche G. ARCONZO, *Il diritto alla vita indipendente delle persone con disabilità*, in A. MORELLI, L. TRUCCO (a cura di), *Diritti e autonomie territoriali*, Torino, 2014, 269.

²⁸ Verranno ora presi in considerazione alcuni dei canali di intervento a tutela delle disabilità (soprattutto scuola e accesso al lavoro), tentando non tanto di ricostruire in modo completo la disciplina di riferimento (operazione che non sarebbe evidentemente possibile per il taglio e i limiti del presente contributo), quanto piuttosto di evidenziare i

3.1. La scuola: il diritto all'istruzione alla base dell'inclusione sociale

Prendendo le mosse dal settore scolastico, ad esempio, la natura fondamentale del diritto all'istruzione dei disabili ha trovato affermazione *in primis* nell'art. 12 della legge n. 104/1992 e, in seguito, conferma anche nella sentenza n. 80/2010 della Corte costituzionale²⁹. Il quadro normativo italiano, che coniuga i principi costituzionali espressi dagli articoli 2 e 3, alle previsioni degli artt. 33 e 34 sul diritto all'istruzione e del terzo comma dell'art. 38 («Gli inabili ed i minorati hanno diritto all'educazione e all'avviamento professionale»), punta a rendere il mondo dell'istruzione non soltanto il luogo privilegiato per la formazione della persona disabile e degli altri alunni che crescono con essa, ma anche il canale primario per permettere al soggetto destinatario di tutelare una piena partecipazione, attraverso una sua inclusione nella formazione sociale primigenia (la scuola), nella quale apprendere modi e regole dell'inclusione e, per mezzo di questa, nella società nel suo complesso³⁰. Il valore della scuola quale luogo di partecipazione e

limiti di un approccio meramente funzionale e la necessità di una lettura unitaria del mondo delle disabilità. Sulla diversità dei canali d'intervento e su potenzialità e limiti dell'adozione di una definizione "chiusa" di disabilità, cfr. A. LORENZETTI, *Dis-egualianza e disabilità*, cit., 4 ss.

²⁹ C. cost., sent. n. 80/2010, avente ad oggetto la legittimità costituzionale di alcune disposizioni della legge finanziaria per il 2008 (l. n. 244/2007) che fissavano un limite al numero degli insegnanti di sostegno e abolivano la possibilità di assumere con contratto a tempo determinato tali insegnanti. La Corte accolse la questione.

³⁰ Simile è l'approccio proposto anche dalla Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità. Assai interessante è la particolare posizione assunta da tale Convenzione all'interno dell'ordinamento italiano, come ricostruito efficacemente in S. PENASA, *La persona e la funzione promozionale della scuola: la realizzazione del disegno costituzionale e il necessario ruolo dei poteri pubblici. I casi dell'istruzione delle persone disabili e degli alunni stranieri*, in F. CORTESE (a cura di), *Tra amministrazione e scuola. Snodi e crocevia del diritto scolastico italiano*, Napoli, 2014, 19: la Convenzione Onu, la cui ratifica è stata autorizzata in Italia con l. n. 18/2009, può essere utilizzata dalla Corte costituzionale quale parametro interposto che riempie di contenuto gli «obblighi internazionali» di cui all'art. 117, co. 1, in conformità con il sindacato elaborato nelle c.d. sentenze gemelle (sentt. nn. 348-349/2007); ad essa, inoltre, è stata riconosciuta dalla Consulta anche la medesima forza del diritto euro-unitario, limitatamente

trampolino per l'integrazione sociale del disabile è stato già da tempo posto in luce dalla Corte costituzionale che ha segnalato come il processo educativo costituisca un «rilevante fattore di socializzazione e [possa] contribuire in modo decisivo a stimolare le potenzialità dello svantaggiato»³¹.

Proprio la sentenza n. 215/1987 consente di ragionare sulle potenzialità che, in determinate circostanze, possono caratterizzare l'approccio funzionale: il diritto all'istruzione per i disabili, secondo la Corte, è esso stesso *strumentale* ad una piena realizzazione dell'individuo, allo sviluppo della sua personalità, all'integrazione sociale³². Ne segue che gli interventi mirati necessari a garantire questo diritto fondamentale non possono avere carattere di cedevolezza rispetto a eventuali esigenze di bilancio³³; le misure introdotte dovrebbero, inoltre, essere parametrate alle concrete esigenze dell'alunno disabile. Diversamente, il contenuto del diritto non sarebbe garantito a causa di una mancanza di effettività degli strumenti di tutela.

A ben vedere, dunque, si può sostenere che, almeno per quanto concerne l'ambito scolastico e del diritto all'istruzione, la definizione di disabilità abbia ottenuto, tanto in sede legislativa, quanto soprattutto a livello giurisprudenziale, un'interpretazione sufficientemente ampia da escludere una lettura meramente funzionale e teleologica del concetto. Al contrario, la lettura in chiave filantropica fornita dalla Corte costitu-

alle competenze dell'Unione, in seguito all'adesione di quest'ultima alla Convenzione (C. cost., sent. n. 236/2012).

³¹ C. cost., sent. n. 215/1987, par. 5 considerato in diritto. Sul punto cfr. anche M. BELLOCCI, P. PASSAGLIA (a cura di), *La dignità dell'uomo quale principio costituzionale*, Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese, Roma, 2007, 51 (disponibile sul sito web della Corte costituzionale).

³² C. cost., sent. n. 215/1987, par. 8 considerato in diritto.

³³ Cfr. C. cost., sent. n. 80/2010, nonché M. LOTTINI, *Scuola e disabilità. I riflessi della sentenza 80 del 2010 della Corte costituzionale sulla giurisprudenza del giudice amministrativo*, in *Foro amm. TAR*, 7-8, 2011, 2403 ss.; S. PENASA, *La persona e la funzione promozionale della scuola: la realizzazione del disegno costituzionale e il necessario ruolo dei poteri pubblici. I casi dell'istruzione delle persone disabili e degli alunni stranieri*, cit., 24; L. BUSCEMA, *Il diritto all'istruzione degli studenti disabili*, in *Rivista AIC*, 4, 2015.

zionale alle disposizioni legislative ha consentito di estendere il sistema di garanzie per i soggetti affetti da disabilità e di rafforzare gli strumenti posti dall'ordinamento a tutela dell'effettività del diritto. È, forse, quest'ultimo aspetto a rappresentare, purtroppo, l'anello debole delle lungimiranti norme legislative, dal momento che la scarsità delle risorse e i vincoli imposti soprattutto da ultimo dalla negativa congiuntura economica³⁴ hanno inciso profondamente sulla concreta realizzazione di tale diritto.

3.2. Disabili e lavoro: quando le definizioni sfuggono, prevale il profilo funzionale

Uno degli aspetti centrali della tutela dei diritti delle persone con disabilità concerne la protezione dalle discriminazioni con riguardo all'accesso all'occupazione e allo svolgimento di mansioni lavorative. A tale proposito, nel contesto del diritto dell'Unione europea, la dinamica interpretativa di tali norme appare particolarmente significativa per dimostrare in quali possibili limiti possa incappare l'adozione di un approccio prevalentemente funzionale alla nozione di disabilità³⁵.

La Direttiva 2000/78/CE mira a stabilire un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro³⁶. L'atto normativo del Consiglio, diversamente da quanto sovente accade con le direttive UE, non contiene una definizione di disabilità, limitandosi a dedicare specificamente una norma all'obbligo di adozi-

³⁴ Nonostante la Corte costituzionale (cfr. soprattutto sent. n. 80/2010) abbia espressamente escluso che i vincoli di bilancio possano incidere sulla garanzia in concreto delle prestazioni da parte del legislatore, comunque le sofferenze organizzative vissute negli ultimi anni dall'amministrazione scolastica (soprattutto con riguardo alla nomina e all'assegnazione degli insegnanti) non possono non aver inciso, a livello individuale, sulla garanzia in concreto del diritto.

³⁵ Sull'elaborazione di una definizione di disabilità nel diritto dell'Unione europea cfr. S. FAVALLI, D. FERRI, *Tracing the Boundaries between Disability and Sickness in the European Union: Squaring the Circle?*, in *European Journal of Health Law*, 23, 2016, 5-35.

³⁶ Direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, in GU L 303 del 2.12.2000, 16-22.

ne di misure e soluzioni ragionevoli per garantire la parità di trattamento per i disabili rispetto al lavoro³⁷. È stato, quindi, compito della Corte di giustizia interrogarsi sulla possibilità di elaborare una nozione univoca di disabilità, almeno per quanto concerne il mondo del lavoro: in una sentenza del 2006³⁸, vertente proprio sull'interpretazione dell'art. 5 dell'atto, i giudici di Lussemburgo hanno osservato che il termine «handicap» non è definito nella direttiva, che non opera neppure un rinvio al diritto degli Stati membri per la definizione della nozione³⁹. Risulta, dunque, necessario elaborare una definizione del concetto, alla luce degli obiettivi perseguiti dalla direttiva stessa. Pertanto, secondo i giudici: «In tale contesto, deve intendersi che la nozione di “handicap” va intesa come un limite che deriva, in particolare, da minorazioni fisiche, mentali o psichiche e che ostacola la partecipazione della persona considerata alla vita professionale»⁴⁰.

Per quanto ampia possa apparire, a prima vista, la nozione così elaborata, essa è sufficiente per consentire alla Corte di distinguere tra disabilità e “mera” malattia, sottolineando il fatto che alla nozione in esame vada attribuito il significato anche di impossibilità di svolgere una attività professionale per un tempo prolungato. Nel caso di specie,

³⁷ Direttiva 2000/78/CE, articolo 5. In particolare, con riguardo all'accesso all'occupazione, allo svolgimento delle mansioni, alle promozioni e alla formazione dei lavoratori. La direttiva prevede poi norme destinate trasversalmente alle categorie “a rischio” individuate nella direttiva («mira a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento», art. 1) per garantire l'effettività e la difesa dei diritti e la protezione delle vittime di discriminazione.

³⁸ Causa C-13/05, *Chacón Navas*, 11 luglio 2006. Si tratta di un rinvio pregiudiziale, sorto nell'ambito di una controversia che opponeva una donna e il proprio ex-datore di lavoro. La ricorrente aveva dovuto interrompere la propria attività lavorativa (per una ditta specializzata in ristorazione collettiva) per motivi di salute, senza poter riprendere a breve termine la propria attività professionale e veniva pertanto licenziata. Nel ricorso avverso il licenziamento la donna sosteneva di essere stata discriminata a causa della propria condizione di disabilità; dalla necessità di individuare la definizione di disabilità alla luce della direttiva nasce il rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia.

³⁹ Causa C-13/05, cit., par. 39.

⁴⁰ Causa C-13/05, cit., par. 43.

dunque, tale distinzione è funzionale alla Corte per distinguere un licenziamento motivato da una discriminazione a danno delle persone disabili da uno fondato, invece, sullo stato di malattia del lavoratore ed escludere l'applicabilità della direttiva a quest'ultima ipotesi⁴¹.

Più recentemente, chiamata nuovamente a pronunciarsi sull'interpretazione delle disposizioni della direttiva, la Corte di giustizia ha avuto occasione di integrare la (mancante) definizione di disabilità del diritto dell'Unione con quella tratta dalla Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, specificando però che le menomazioni di cui soffre la persona devono essere «durature»⁴²: «la nozione di “handicap” deve essere intesa nel senso che si riferisce ad una limitazione, risultante in particolare in menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori»⁴³. Diversamente dal precedente del 2006, i giudici di Lussemburgo hanno osservato che se una malattia cagiona menomazioni tali da ostacolare una piena ed effettiva partecipazione della persona alla vita professionale, tale patologia può ricadere entro la nozione di “handicap”⁴⁴. Se, inoltre, la menomazione limita solo in modo parziale l'attività lavorativa del soggetto interessato, non vi è ragione di escludere l'applicazione della direttiva: il campo d'applicazione dell'atto normativo non può dunque essere limitato alla sola *impossibilità* di lavorare, ma può essere esteso anche nel caso in cui la menomazione limiti parzialmente lo svolgimento delle mansioni professionali (par. 44). L'adesione dell'Unione alla Convenzione Onu ha pertanto consentito di estendere l'interpretazione giurisprudenziale della nozione di disabilità, permettendo di adattare la defi-

⁴¹ Causa C-13/05, cit., par. 46-47.

⁴² Cause riunite C-335/11 e C-337/11, *HK Danmark*, 11 aprile 2013. La Corte ricorda che con la decisione 2010/48 l'Unione europea ha approvato la Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità. «Di conseguenza, le disposizioni di tale Convenzione formano parte integrante, a partire dalla sua data di entrata in vigore, dell'ordinamento giuridico dell'Unione» (par. 30).

⁴³ Cause riunite C-335/11 e C-337/11, *HK Danmark*, cit., par. 38.

⁴⁴ Cause riunite C-335/11 e C-337/11, *HK Danmark*, cit., par. 41.

nizione elaborata in sede internazionale agli scopi specifici della direttiva.

Da un lato, dunque, anche la lettura teleologico-funzionale della nozione di disabilità può consentire di estendere la portata dei diritti per le persone in condizione di fragilità e può, in alcuni casi, contribuire a garantire l'effettività delle tutele previste a livello legislativo. D'altro lato, però, tale approccio può talora scontare alcuni limiti, poiché la sua stessa natura impone di "definire" l'ambito d'applicazione della definizione stessa.

Con riguardo al primo profilo, ad esempio, la Corte di giustizia ha recentemente avuto l'occasione di affermare che, per quanto attiene alla portata della direttiva 2000/78/CE, anche l'obesità può essere considerata una forma di disabilità, se si tratta di una menomazione fisica tale da ostacolare il pieno svolgimento della vita professionale da parte del soggetto interessato⁴⁵. Con riferimento, invece, alla garanzia di effettività delle misure previste dal legislatore, i giudici di Lussemburgo hanno condannato l'Italia per non aver recepito in modo adeguato gli obblighi previsti dall'art. 5 della direttiva: in particolar modo, si è ritenuto che il nostro ordinamento, pur essendo già dotato di un ricco e completo quadro giuridico per la tutela delle persone disabili, non abbia imposto obblighi sufficientemente precisi e dettagliati nei confronti dei datori di lavoro per l'assunzione dei lavoratori disabili. Gli incentivi non bastano; servono «provvedimenti efficaci e pratici, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, a favore di tutti i disabili, che riguardino i diversi aspetti dell'occupazione e delle condizioni di lavoro e che consentano a tali persone di accedere ad un lavoro, di svolgerlo, di avere una promozione o di ricevere una formazione»⁴⁶.

⁴⁵ C-354/13, *Fag og Arbejde*, 18 dicembre 2014, su cui cfr. F. CANNATA, *Nuovi sviluppi del diritto antidiscriminatorio europeo dopo il riconoscimento "condizionato" dell'obesità come disabilità da parte dei giudici del Lussemburgo*, in *Rivista AIC*, 2, 2015.

⁴⁶ C-312/11, *Commissione europea c. Repubblica italiana*, 4 luglio 2013, par. 62, su cui cfr. F. GIRELLI, *L'Italia deve adeguare la normativa interna in materia di inserimento lavorativo delle persone con disabilità all'art. 5 della direttiva 2000/78/CE del Consiglio*, in *Rivista AIC, Osservatorio*, luglio 2013; C. DANISI, *Disabilità, lavoro e «soluzioni ragionevoli»: l'inadempimento dell'Italia alla Corte di giustizia*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2013, 1005-1008.

In questa prospettiva, appare interessante un'altra pronuncia della Corte di giustizia, in tema di patenti di guida: rispetto al generale divieto di discriminazioni fondate *inter alia* sulla disabilità, sancito dall'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, i giudici hanno stabilito che una disparità di trattamento nei confronti di una persona a seconda della sua acutezza visiva possa trovare giustificazione nel perseguimento di un obiettivo di interesse generale, quello di migliorare la sicurezza della circolazione. Per questo, le limitazioni per il rilascio delle patenti di guida correlate a difetti fisici costituiscono il risultato di un ragionevole bilanciamento tra l'interesse generale alla sicurezza di tutti i consociati, da un lato, e al divieto di discriminazioni nei confronti dei portatori di handicap, dall'altro lato⁴⁷.

Per quanto attiene, invece, al secondo profilo menzionato, paradigmatica dei rischi connessi all'elezione di una definizione funzionale di disabilità è la vicenda al centro della sentenza della Corte di giustizia, C-363/12, *Z. c. A Government department*⁴⁸. In questo caso, una donna, una madre committente che ha avuto un figlio mediante un contratto di maternità surrogata, chiedeva al proprio datore di lavoro di essere ammessa al congedo retribuito (per maternità o per adozione) previsto per legge. Nel ricorso avverso il diniego opposto dalla struttura scolastica presso la quale lavorava, la donna sosteneva di essere stata vittima di una discriminazione, fondata sul sesso, sulla situazione familiare e sul proprio handicap (la mancanza di utero): il datore di lavoro non le aveva proposto soluzioni ragionevoli per accomodare le sue specifiche esigenze, in quanto disabile, né le aveva riconosciuto un congedo retribuito equivalente a quelli previsti per maternità o adozione.

Con riguardo, però, alla definizione di disabilità ai fini della direttiva, la Corte osserva che tale nozione «presuppone che la limitazione di cui soffre la persona, in interazione con barriere di diversa natura, sia in grado di ostacolare *la sua piena ed effettiva partecipazione alla vita professionale* su base di uguaglianza con gli altri lavoratori»: rispetto al

⁴⁷ C- 356/12, *Glatzel*, 22 maggio 2014, par. 50-55.

⁴⁸ C-363/12, *Z. c. A Government department*, 18 marzo 2014, su cui cfr. A. MATTEI, M. TOMASI, *Corte di giustizia UE e maternità surrogata: congedo lavorativo retribuito fra margine di apprezzamento, coerenza e non discriminazione*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 3, 2014, 1409-1420.

caso specifico, quindi, l'incapacità di procreare non può essere considerata un impedimento ad accedere ad un impiego o a svolgere un lavoro. La patologia di cui soffre la ricorrente non può quindi essere considerata un "handicap" secondo le finalità della direttiva, pur rientrando, in termini oggettivi, all'interno della nozione di "menomazione", causa di un ostacolo per il soggetto interessato⁴⁹.

Come si è avuto modo di osservare per mezzo di alcuni e necessariamente incompleti esempi, dunque, gli strumenti di tutela per le persone affette da disabilità sono variamente assortiti quanto a natura prescrittiva, effettività, estensione. In termini generali, non si può non osservare che interventi finalizzati al superamento di una specifica barriera possano condurre a risultati positivi e contribuire ad abbattere, almeno parzialmente, gli ostacoli e le discriminazioni che limitano una piena partecipazione sociale delle persone in condizione di fragilità. Tuttavia, così come avviene per l'approccio meramente medico, anche quello che abbiamo definito "approccio funzionale" alla disabilità deve riuscire a mantenere quale finalità primaria la persona, intesa nella sua integrità, in aderenza al modello sociale di disabilità. Diversamente, una mera riduzione finalistica degli strumenti a sostegno delle disabilità rischia di condurre al risultato opposto di limitare i mezzi a disposizione della persona e, di conseguenza, di depotenziare le tutele.

4. Possibili soluzioni: le tecnologie assistive e il paradigma minoritario

Ragionare sulle problematiche collegate all'estensione della definizione di disabilità rispetto alla tutela dei diritti delle persone in condizione di fragilità ha condotto a individuare potenzialità e limiti dei modelli tradizionali. L'evoluzione storica alla tutela dei disabili, da un approccio paternalista e fondato principalmente sul binomio fisiologia/patologia al modello sociale, portato a valorizzare maggiormente la centralità della persona, oltre ad aver determinato un significativo aumento degli strumenti di tutela, ha anche evidenziato i limiti di definizioni troppo ampie. Se da un lato, infatti, ampliare la portata del concetto

⁴⁹ C-363/12, Z. c. *A Government department*, 18 marzo 2014, par. 77-82.

porta inevitabilmente ad aumentare lo spettro dei mezzi di tutela, dall'altro lato, una definizione troppo vasta rischia di svuotare di significato una disciplina giuridica di carattere promozionale.

Spetta spesso alla giurisdizione il difficile compito di delimitare i confini di una definizione, al fine di verificare l'applicabilità o meno di una data disciplina al caso specifico. Come si è visto, però, l'attività interpretativa delle Corti può talora portare ad un'ulteriore frammentazione delle tutele e ad un'atomizzazione del diritto delle disabilità, riducendolo a meri interventi specifici per il superamento di determinate barriere. Vi sono, tuttavia, strumenti che possono permettere interventi di natura trasversale e possono, quindi, contribuire a definire in modo omogeneo un diritto, per sua natura, *diseguale*. Si propone, quindi, l'individuazione di due possibili chiavi di lettura al fenomeno delle disabilità. Da un lato, quella delle tecnologie assistive, da intendersi quali strumenti in grado di garantire una promozione dell'individuo a tutto tondo; dall'altro lato, pur con inevitabili limiti, il paradigma minoritario, per le ragioni che ora si vedranno.

4.1. Il superamento della dicotomia (medico/sociale) attraverso le nuove tecnologie a servizio della disabilità

Al superamento delle barriere (anche fisiche) che caratterizzano la situazione individuale della persona disabile possono contribuire le nuove tecnologie, in particolar modo l'universo degli ausili assistivi può determinare in modo significativo l'autonomia del disabile e contribuire non soltanto al miglioramento della sua salute psico-fisica, ma anche alla sua vita autonoma e di conseguenza all'interazione con l'ambiente circostante.

Le "menomazioni" fisiche che caratterizzano il fenomeno delle disabilità possono, in questo contesto, essere (parzialmente) superate attraverso il supporto di ausili tecnologici e strumentazioni in grado di colmare le limitazioni che affliggono la persona, consentendole, così, di interagire e comunicare con il mondo esterno. Si pensi, a questo proposito, ai sintetizzatori vocali che hanno consentito a Piergiorgio Welby di diffondere la propria lettera aperta indirizzata all'allora Presidente della

Repubblica Giorgio Napolitano⁵⁰, oppure ai complessi software che permettevano a Stephen Hawking di comunicare con i suoi studenti⁵¹.

In questa prospettiva, ragionare sull’impatto delle nuove tecnologie per le fragilità ci consente di verificare sul campo l’incompletezza della definizione meramente “medica” di disabilità, anche qualora essa sia estesa quanto più possibile, attraverso il rinvio all’ampia definizione di salute elaborata dall’OMS. Ausili e strumenti come quelli menzionati, infatti, proprio perché permettono alla persona disabile di superare i propri limiti e di interagire con la realtà circostante, contribuiscono all’abbattimento di quelle barriere sociali individuate come ostacoli per la pienezza di vita del soggetto da tutelare. In questa prospettiva essi si pongono, dunque, quale ponte tra il mondo delle fragilità e “tutto il resto”. La ricchezza e il potenziale delle tecnologie assistive sta esattamente nella loro capacità di rispondere in modo mirato (talora addirittura personalizzato) ai singoli bisogni dell’utente, in modo tale da elidere o quantomeno colmare quel divario che impedisce una piena realizzazione della persona.

Al contempo, tuttavia, tali strumenti possono risultare anche potenzialmente invasivi per il soggetto che li utilizza, costringendolo ad interazioni non necessariamente desiderate o, in certi casi, anche celando il rischio (peraltro non meramente ipotetico) di una sostituzione della macchina all’uomo e, di conseguenza, di abbandono e solitudine, con il risultato di limitare l’interazione sociale dell’individuo⁵². È proprio in

⁵⁰ Il testo della lettera di Piergiorgio Welby e la risposta del Presidente della Repubblica Napolitano sono disponibili sul sito dell’Associazione Luca Coscioni (<http://www.associazionelucacoscioni.it>). Il video-messaggio è caricato sul portale YouTube al seguente link: <https://youtu.be/zHfVTNVQxGM> (ultima consultazione 01.10.2015).

⁵¹ Stephen Hawking, il celebre fisico, matematico, cosmologo e astrofisco britannico affetto da una grave forma di atrofia muscolare progressiva, comunicava con i propri studenti attraverso un costosissimo dispositivo hi-tech. Recentemente, il produttore statunitense Intel, che aveva elaborato il software, ha deciso di metterlo gratuitamente a disposizione per tutti gli utenti interessati. La notizia, dell’agosto 2015, è riportata da numerosi siti specializzati, cfr., per esempio <http://opensource.com/business/15/8/opensource-intel-speech-system> (ultima consultazione 01.10.2015).

⁵² Sul punto, proprio in relazione all’impatto delle tecnologie sul mondo delle disabilità, cfr. A. DI CARLO, E. STRADELLA, *Disabilità e tecnologie innovative: alcuni spunti di riflessione*, cit., 352 ss.

tale elemento, quello della partecipazione sociale, che deve essere individuata la sfida delle nuove tecnologie a servizio del mondo delle fragilità: riuscire a salvaguardare quello spazio di autonomia e decisione del singolo, pur contribuendo ad una sua migliore inclusione nell'ambiente sociale di riferimento⁵³.

Un approccio a queste tecnologie impostato, dunque, non tanto sul paradigma di qualità della vita elaborato dai c.d. "normodotati" ma completamente disponibile da parte del diretto interessato rappresenterebbe la giusta sintesi tra autonomia e libertà decisionale del singolo, da un lato, e interazione e superamento delle barriere, dall'altro lato.

Un ulteriore elemento problematico del ricorso alle tecnologie assistive è il loro costo, sia nel caso in cui esso impatti sul singolo o sulla sua famiglia, sia qualora le spese necessarie gravino sulla collettività. Se nella prima ipotesi è evidente che strumentazioni troppo avanzate potrebbe essere *esclusive* invece che *inclusive*, anche nel caso in cui il costo degli ausili fosse sostenuto dall'intera collettività, si porrebbero comunque gli ormai classici problemi di allocazione di risorse necessariamente scarse. Come stabilire, in questi casi, le priorità, per esempio, tra diverse forme di disabilità, oppure tra chi abbia diritto a ricevere un ausilio che – per il suo elevato costo – non può essere garantito a tutti coloro che si trovano nella medesima situazione? Per risolvere tali dilemmi sono necessari sistemi di valutazione di *cost-effectiveness* degli strumenti tecnici per le disabilità, in grado di comparare differenti soluzioni fra loro alternative e di compiere stime variabili a seconda dei bisogni dell'utente per il raggiungimento di un livello adeguato di autonomia e vita indipendente⁵⁴.

⁵³ Infatti: «Riservare all'utente ogni aspetto decisionale in merito alle questioni che lo riguardano in prima persona appare di fondamentale importanza, sia affinché il supporto tecnologico possa effettivamente essere d'aiuto sia per evitare il rifiuto dell'aiuto da parte dell'utente», A. DI CARLO, E. STRADELLA, *Disabilità e tecnologie innovative: alcuni spunti di riflessione*, cit., 362. In questi termini anche D. FERRI, G.A. GIANNOUMIS, *A Revaluation of the Cultural Dimension of Disability Policy in the European Union: The Impact of Digitization and Web Accessibility*, in *Behavioral Sciences and the Law*, 32, 2014, 33-51.

⁵⁴ Così A. DI CARLO, E. STRADELLA, *Disabilità e tecnologie innovative: alcuni spunti di riflessione*, cit., 364. Le autrici fanno riferimento ad uno strumento di valutazione di *cost-effectiveness* denominato SCAI (Siva cost analysis instrument), capace

Così, attraverso un approccio incentrato sui bisogni dell'utente è possibile recuperare, in una definizione unitaria, gli elementi rilevanti delle diverse definizioni di disabilità, abbandonandone il taglio meramente funzionale (ossia mirato al superamento di un singolo ostacolo o barriera) e facendoli tutti rientrare al di sotto del loro comune e superiore intendimento. In tal modo, consentire alla persona disabile di vivere una vita indipendente consente di realizzare, conformemente al dettato costituzionale, il pieno svolgimento della personalità umana, lasciando l'utente libero di decidere in autonomia il proprio livello di coinvolgimento e partecipazione nel gruppo sociale di riferimento e di modulare il grado di inclusione a seconda di quanto l'individuo stesso ritenga compatibile con la propria struttura morale.

4.2. *Il paradigma minoritario e l'inclusione attraverso la comunicazione*

Applicare il paradigma minoritario al mondo delle disabilità può rappresentare – seppur con alcune limitazioni – una ulteriore modalità di affrontare in modo unitario un fenomeno per sua natura composito. Così, quello delle persone con disabilità può essere considerato un gruppo minoritario, ossia – mutuando la nota definizione di Capotorti⁵⁵ – un gruppo numericamente inferiore rispetto a quello dominante, con

di valutare *ex ante* i bisogni dell'utente e l'impatto economico delle strumentazioni necessarie ed *ex post* i risultati raggiunti e l'effettivo impiego di risorse. Nella prospettiva del diritto dell'Unione europea cfr. D. FERRI, *Does accessible technology need an "entrepreneurial state"? The creation of an EU market of universally designed and assistive technology through state aid*, in *International Review of Law, Computers & Technologies*, 2015, 1.

⁵⁵ Minoranza è un «gruppo numericamente inferiore al resto della popolazione di uno Stato, in posizione non dominante, i cui membri – essendo di nazionalità dello Stato – possiedono caratteristiche etniche, religiose o linguistiche che differiscono da quelle del resto della popolazione e mostrano, anche solo implicitamente, un senso di solidarietà, diretta a preservare la loro cultura, tradizioni, religione o lingua». F. CAPO-TORTI, *Study on the Rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities*, New York, 1979, Geneva UN Center for Human Rights, UN Doc E/CN.4/Sub.2/384/Add.1-7; ID., *Il regime delle minoranze nel Sistema delle Nazioni unite e secondo l'art. 27 del Patto sui diritti civili e politici*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, V, gennaio-aprile 1992, 107 ss.

caratteristiche che differiscono da quelle della maggioranza. Da un lato, tale approccio non permette di superare le problematiche legate alla dicotomia normalità/disabilità, poiché nella definizione permane la contrapposizione tra due “gruppi” distinti; dall’altro lato, comunque, tale definizione consente di leggere in modo unitario il fenomeno, ovviando ai limiti celati dietro un approccio meramente teleologico-funzionale.

Una delle finalità principali del sistema di tutele per le minoranze consiste nella valorizzazione della diversità, attraverso la previsione di una serie di misure promozionali volte a permettere la conservazione di un patrimonio linguistico e culturale diverso da quello maggioritario⁵⁶. Un possibile vantaggio che questa chiave di lettura può recare alla definizione di disabilità sta nel superamento della dicotomia normale/disabile attraverso la valorizzazione delle differenze e della disegualianza, interpretata non come svantaggio, ma quale elemento caratterizzante il pluralismo sociale.

In tale contesto, efficace è l’esempio rappresentato dagli effetti dell’applicazione del “paradigma minoritario” alla lingua dei segni, intesa normalmente quale veicolo per il superamento delle disabilità della parola e dell’udito. Alcuni ordinamenti (es. la Svezia con lo Swedish Language Act del 2009) hanno integrato, all’interno della legge sulle lingue nazionali, anche tale particolare linguaggio, con l’effetto di estendere in modo innovativo i meccanismi promozionali anche ad un settore tradizionalmente affidato alla disciplina socio-assistenziale. Tale approccio può aiutare a elaborare una definizione unitaria dell’universo delle disabilità, attraverso la valorizzazione della ricchezza e delle potenzialità che derivano dalle diversità e superando l’approccio funzionale che predilige l’omologazione al raggiungimento dell’eguaglianza attraverso l’integrazione.

A riguardo, è significativo sottolineare che, proprio all’interno della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, si è voluto dedicare autonomo spazio al tema della comunicazione e del linguaggio, offrendone una definizione particolarmente ampia. Così, all’art. 2,

⁵⁶ In tale prospettiva, soprattutto con riguardo alla necessità di integrazione all’interno della società, è stato proposto l’adattamento del paradigma minoritario anche ai migranti, definiti “nuove-minoranze”. R. MEDDA-WINDISCHER, *Nuove minoranze. Immigrazione tra diversità culturale e coesione sociale*, Padova, 2010.

per “comunicazione” si intendono «le lingue, la visualizzazione di testi, il Braille, la comunicazione tattile, la stampa a grandi caratteri, i supporti multimediali accessibili nonché i sistemi, gli strumenti ed i formati di comunicazione migliorativa ed alternativa scritta, sonora, semplificata, con ausilio di lettori umani, comprese le tecnologie dell’informazione e della comunicazione accessibili», mentre con il termine “linguaggio” si fa riferimento a «lingue parlate e la lingua dei segni, come pure altre forme di espressione non verbale». La valorizzazione del veicolo di interazione con il mondo circostante, in tutte le sue forme, è considerata lo snodo centrale degli interventi per l’accessibilità e l’integrazione delle persone disabili, da garantirsi in modo trasversale in tutte le politiche⁵⁷.

5. Per la valorizzazione della diseguaglianza

Nel presente contributo ci si è posti l’obiettivo di ragionare sulla possibilità di individuare una definizione unitaria di disabilità, tale da permettere di analizzare la tematica in modo sistematico. Il valore aggiunto rappresentato dall’opzione per una definizione di tale stampo si colloca nella possibilità di delineare strumenti comuni per la piena garanzia dei diritti individuali delle persone in condizione di fragilità senza dover necessariamente parametrare il mezzo di intervento al mero fine da raggiungere, ma puntando alla garanzia della centralità della persona in tutte le sue dimensioni. Da questo punto di vista, la definizione proposta dal c.d. modello sociale di disabilità risulta sicuramente efficace per una valutazione olistica del soggetto da tutelare; tuttavia, a livello operativo, tale approccio si è sovente ridotto ad interventi di natura mera-

⁵⁷ Rappresentativa della funzione ineludibile della comunicazione per l’integrazione dei disabili è una ormai risalente sentenza della Corte costituzionale italiana, in tema di diritto di difesa e garanzia dell’interprete nel processo penale (C. cost., sent. n. 341/1999). In questa pronuncia, la Consulta ha sancito l’incostituzionalità dell’art. 119 c.p.p. nella parte in cui non prevede che l’imputato sordo, muto o sordomuto abbia diritto di farsi assistere gratuitamente da un interprete, scelto di preferenza fra le persone abituate a trattare con lui, estendendo a questa particolare categoria di disabili le tutele già previste per l’imputato che non conosce la lingua italiana.

mente finalistica, volti a proteggere il disabile dalle discriminazioni in uno specifico ambito (per esempio, il lavoro o la scuola) o mirati a superare uno specifico ostacolo (per esempio, l'accesso ai trasporti o agli edifici pubblici). Le modalità per il superamento di tali barriere, inoltre, sono spesso realizzate attraverso diritti sociali, la cui garanzia ed effettività è necessariamente sottoposta, oltre che a valutazioni di discrezionalità politica del legislatore, anche a considerazioni e bilanciamenti di natura economica⁵⁸.

Il valore aggiunto rappresentato da una “pura” applicazione del modello sociale o, similmente, dalla valorizzazione delle funzionalità offerte dalle tecnologie assistive e dalla trasposizione del paradigma minoritario alla tutela dei disabili consente di portare la *persona* al centro delle politiche e degli interventi per la disabilità. In questa prospettiva, la diversità viene considerata quale valore costituzionale che riempie di contenuto il principio personalista di cui all'art. 2 della Costituzione e che contribuisce a riempire di significato il concetto di *pluralismo* sul quale tale principio si fonda. Valorizzare la persona in quanto tale implica, nel settore delle disabilità, la possibilità di differenziare le tutele in relazione ai bisogni individuali (e non necessariamente in base all'obiettivo da raggiungere) e conduce, dunque, ad un approccio fondato sull'utente.

A tal fine sono necessarie misure elastiche, costruite su misura per il destinatario, in aderenza alla definizione di “progettazione universale” proposta nella Convenzione Onu del 2006: «prodotti, strutture, programmi e servizi utilizzabili da tutte le persone, nella misura più estesa possibile, senza il bisogno di adattamenti o di progettazioni specializzate».

Alla luce di queste considerazioni si può quindi recuperare una definizione di disabilità, forgiata su quella elaborata nell'ambito del modello sociale, ma attenta all'individuo, invece che alla barriera da superare, in modo da consentire allo stesso una piena integrazione nella compagine sociale di riferimento, in conformità ai bisogni individuali e nel rispetto delle inclinazioni e dei desideri del destinatario: «più che predi-

⁵⁸ Sulle valutazioni tecniche e politiche del legislatore per la garanzia dei diritti alle persone disabili cfr. G. D'AMICO, *Il sindacato della Corte costituzionale sulle norme tecniche in tema di diritti all'assistenza sociale*, cit.

sporre un quadro di tutele inderogabili, si costruiscono modalità di partecipazione sulla base di eguaglianza e piena cittadinanza»⁵⁹.

⁵⁹ A.D. MARRA, *Disabilità*, cit., 561.

SPAZIO NORMATIVO E DEFINIZIONI. PER UNA CONCEZIONE “TRIDIMENSIONALE” DELLE DEFINIZIONI NORMATIVE

Simone Penasa

SOMMARIO: 1. *Definizioni e in-definizioni: per una concezione tridimensionale delle definizioni normative.* 2. *Indefinibilità e definizioni: dalla attribuzione di ‘valore’ alla attribuzione di ‘senso’.* 3. *Qualificabilità (dei principi) e definibilità (dei fenomeni sociali): normatività e fattualità.* 4. *Quale discrezionalità? Le (in-)definizioni come valvola tra discrezionalità politica e discrezionalità giurisdizionale.*

1. Definizioni e in-definizioni: per una concezione tridimensionale delle definizioni normative

I due contributi che compongono questa Sezione consentono di svolgere alcune riflessioni di carattere generale aventi ad oggetto la natura e le funzioni svolte dalle definizioni all’interno del diritto legislativo e di quello giurisprudenziale¹.

Due questioni che hanno caratterizzato lo “spirito” della call for papers che è alla base degli scritti raccolti in questa opera collettanea sembrano particolarmente stimolare i contributi che qui si commentano brevemente. Da un lato, la questione di come cambiano i contenuti delle definizioni dei diversi ordinamenti giuridici, intesi in senso sia orizzontale sia verticale (dimensione europea e internazionale). Dall’altro lato, come viene delimitato l’ambito di applicazione delle definizioni, il quale risulta evidentemente decisivo al fine di individuare in concreto

¹ Senza pretesa di esaustività, su tale concetto almeno R. GUASTINI, *Il diritto come linguaggio*, Torino, 2006; A. ROSS, *Le definizioni nel linguaggio giuridico*, in U. SCARPELLI (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976; A. MARTINO, *Le definizioni legislative*, Torino, 1975; R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011.

l'ambito di applicazione della fonte nella quale le definizioni sono inserite².

Le due questioni risultano ontologicamente connesse alla natura e alla funzione tipica delle definizioni normative³, in particolare quando queste ultime abbiano ad oggetto concetti di natura extra-giuridica⁴ (in quanto descrivono fenomeni di carattere scientifico, sociale, economico) o si riferiscano ad una dimensione assiologico-valoriale (nel caso in cui la fonte faccia riferimento a concetti giuridici indeterminati o a principi, senza proporre una definizione dei medesimi), ponendosi in questo specifico caso la questione di comprendere se effettivamente ci si trovi di fronte ad un caso di definizione⁵.

Nel primo caso – la “variabilità” della definizione del medesimo fenomeno extra-giuridico in diversi ordinamenti – risulta fondamentale la relazione tra la tecnica legislativa utilizzata (non scevra evidentemente di elementi di politica del diritto e di discrezionalità) e il contesto – sociale, politico, storico, geografico – all'interno del quale tale tecnica viene impiegata. Lo spazio e il tempo⁶ rappresentano variabili decisive all'interno dell'utilizzo delle definizioni in ambito giuridico: la variabile *spaziale* e quella *temporale* possono essere considerate elementi essenziali della definizione giuridica di fenomeni latamente qualificabili

² A. BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano, 1977, 99, ritiene le definizioni «possono essere considerate come indicazioni dell'ambito di applicazione di una certa disciplina, od assumere comunque un preciso ruolo nella tecnica legislativa». Sulle diverse funzioni che le definizioni legislative possono svolgere, D. TRUCHET, *Les définitions législatives*, in R. DRAGO (dir.), *La confection de la loi*, Parigi, 2005, 198 ss.

³ Sull'efficacia delle definizioni legislative, G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 103-105, e Capitolo IV; ID., *Il problema delle definizioni legislative*, in *Politica del diritto*, n. 3, 1975, 345-351; C. GAGGERO, *Intorno alle definizioni legislative*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 6, 2002, 759-787.

⁴ R. PAGANO, *Introduzione alla legalistica L'arte di preparare le leggi*, III ed., Milano, 2004, 148, ricorda, seppur in termini critici, come «il definire non costituisce attività normativa, ma attività scientifica sottoposta al controllo di verità e di falsità», specificando che comunque «la definizione costituisce parte integrante dell'enunciato normativo di cui chiarisce il senso o delimita il campo di applicazione».

⁵ Cfr. *infra* sul contributo di Cozzi.

⁶ Ci si riferisce ad un rilevante aspetto della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (*ex plurimis*, S. H. e altri c. Austria, 2011, §84).

come sociali, in quanto ne esprimono la intrinseca variabilità – in modo da adeguarsi al mutamento (che può essere sia condizionato dall’evolvere del tempo sia orientato dal concreto contesto sociale, culturale e politico all’interno del quale si inseriscono) che il fenomeno ‘definito’ subisce con il trascorrere del tempo – e relatività, in quanto sul contenuto concreto della definizione⁷ incide in modo decisivo lo specifico contesto culturale, sociale e costituzionale che contraddistingue l’ordinamento giuridico di riferimento.

Pertanto, se si riconosce che la variabilità temporale e la relatività spaziale delle definizioni ne rappresentano una qualità costitutiva, appare comunque opportuno evidenziare una variabile ulteriore, che contribuisce a orientare in modo spesso decisivo l’utilizzo di questa tecnica legislativa. Una terza dimensione del fenomeno ‘definizioni normative’, può essere qualificata come *assiologica*, in quanto esprime la connessione – non scevra di conseguenze sul piano della certezza giuridica – tra definizioni e “concezioni”, evidentemente condizionate dalle scelte di natura discrezionale compiute dal legislatore (o da altri operatori del diritto, in primis il giudice) attraverso tale tecnica. Si potrebbe quindi affermare che, attraverso la variabile assiologica, la “pura” tecnica legislativa, apparentemente neutra in termini procedurali, assume carattere concretamente politico⁸ e può risultare anch’essa funzionale alla attuazione progressiva dei contenuti e delle finalità espresse dalla Costituzione.

2. Indefinitività e definizioni: dalla attribuzione di ‘valore’ alla attribuzione di ‘senso’

Questa concezione ‘tridimensionale’ della definizione emerge – a parere di chi scrive – in modo evidente dai due lavori che qui si commentano.

⁷ In particolare quando volta a definire o richiamare in assenza di definizione un principio generale di natura assiologica e non fenomenologica.

⁸ Inteso nel senso della sua potenzialità di essere parte di quella costante trasformazione costituzionale alla quale si riferisce S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004.

Se, infatti, il contributo di Cozzi valorizza – quantomeno nella prospettiva assunta nel presente scritto – la dimensione assiologica intrinsecamente correlata all'utilizzo (o come vedremo, al mancato utilizzo) di questa tecnica, il lavoro di Busatta esprime in modo paradigmatico la variabilità delle definizioni, nonché la loro possibile opinabilità (dal punto di vista della attendibilità e fondatezza della ricostruzione dei caratteri empirici del fenomeno definito, nel caso di specie la disabilità), valorizzando in particolare la dimensione spaziale e temporale della concezione tridimensionale delle definizioni normative.

Infatti, oggetto del primo contributo (Cozzi) è rappresentato dalla funzione dei principi all'interno del rapporto – mediato dal ruolo “investitore” della Corte di giustizia dell'Unione europea – tra livello europeo e livello statale. In tal caso, a parere di chi scrive, non è possibile parlare di attività definitoria *stricto sensu*, in quanto il riferimento a principi a carattere generale non si accompagna ad una scelta discrezionale finalizzata ad attribuire un significato (senso) specifico ai principi enunciati.

Tuttavia, il riferimento ai principi accompagnato dall'assenza – secondo un andamento peraltro tipico – di una concomitante definizione dei medesimi, oltre a risultare funzionale ad un pieno dispiegamento delle diverse funzioni che tale tipo di norme può tradizionalmente svolgere⁹, consente di approfondire la dimensione ‘negativa’ delle definizioni normative: in tale prospettiva, la presenza di principi all'interno di un testo normativo può esprimere – su un piano descrittivo – l'impossibilità di proporre una definizione e – su un piano prescrittivo – l'inopportunità di definire concetti che non richiedono (o non consentono) questo tipo di apporto, tenuto conto della loro elevata carica assiologica.

Il secondo contributo (Busatta) consente invece di valorizzare una questione ulteriore, rappresentata dall'utilizzo della definizione quale tecnica normativa che consente il dispiegarsi di un flusso di normatività

⁹ Sul punto, come noto, V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952. *Ex plurimis*, sul punto, anche R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, 1988, 182 ss.

dal fatto (definito) al diritto (che definisce)¹⁰. Se, nel primo caso (utilizzo di principi in-definiti, o in-definibili in termini statici) emerge la centralità della dimensione assiologica, nel caso delle definizioni di fenomeni sociali o scientifici (quale la disabilità nella pluralità delle sue possibili manifestazioni e qualificazioni) è la dimensione fattuale ad assumere centralità. La prospettiva sembra pertanto ribaltarsi: se nel primo la questione sembra essere tutta interna al ‘giuridico’, risolvendosi nella valutazione della definibilità di un concetto giuridico (i principi), nel secondo caso la questione è piuttosto relativa alla definibilità (non tanto, o non solo, nel suo *an* ma anche nel suo *quomodo*) di un dato di realtà, che peraltro la definizione giuridica contribuisce a determinare in termini prescrittivi¹¹.

In termini sintetici, che verranno sviluppati subito *infra*, è quindi possibile utilizzare i due scritti come esempi paradigmatici rispettivamente della tendenza – nel primo caso (Cozzi) – di individuare il contenuto normativo di un concetto (principio) al fine di definirne la portata (efficacia, cfr. norme programmatiche e norme prescrittive) normativa; e della tendenza (esigenza) di definire – nel secondo caso (Busatta) – il contenuto empirico di un fenomeno extra-giuridico (disabilità) al fine di individuare il concreto ambito di applicazione di una fonte normativa.

Nel primo caso, si tratta di un processo (normativo e attuativo) tutto interno al giuridico, funzionalmente connesso con la funzione ermeneutica svolta dagli organi giurisdizionali (nel caso di specie, la Corte di giustizia) e finalizzato a comprimere la discrezionalità del decisore politico valorizzando al contempo la funzione interpretativa. Nel secondo caso, si tratta di un processo che coinvolge in modo diretto la dimensione extra-giuridica (fattuale), la quale finisce con il condizionare il “verso” del rapporto – che rappresenta il filo rosso della questione – tra discrezionalità politica di chi (im)pone una definizione di concetti o

¹⁰ Cfr. sul punto le riflessioni di D. Quaglioni nel contributo ospitato in questo volume, 13 ss.

¹¹ In tal senso emerge netta la natura circolare del rapporto tra dato di realtà e dato giuridico, mediato dalla funzione interpretativa rispetto alla quale la tecnica delle definizioni non risulta irrilevante, cfr. le osservazioni di V. MARCENÒ, G. ZAGREBELSKY, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 67 ss.

fenomeni extra-giuridici e discrezionalità ermeneutica di chi è chiamato a darvi attuazione.

Da un lato, i principi come strumenti di attribuzione di ‘valore’; dall’altro lato, le definizioni come strumenti di attribuzione di ‘senso’. Assumendo una prospettiva più vicina al tema delle definizioni, si potrebbe pertanto affermare che il primo caso riguarda l’*an* dell’attività definitoria, inteso come volontà politico-normativa di prevedere o meno (come nel caso di specie) definizioni legislative di concetti extra-giuridici dotati di una elevata carica assiologica; al contrario, il secondo caso riguarda il *quomodo* di tale attività, una fase pertanto successiva – ancorché collegata in termini anche teleologici – nella quale risulta determinante la tecnica normativa impiegata nella determinazione in concreto del contenuto delle definizioni.

3. Qualificabilità (dei principi) e definibilità (dei fenomeni sociali): normatività e fattualità

Dalla dimensione della qualificabilità di una norma come principio si muove verso una dimensione relativa alla definibilità (nonché alle modalità di definizione) di concetti o fenomeni di natura extra-giuridica. I livelli sembrano quindi essere diversi e su tale diversità ci si soffermerà nelle riflessioni che seguiranno. Occorre peraltro sottolineare quantomeno un elemento che accomuna queste dimensioni, il quale è costituito dagli effetti che l’utilizzo (o il mancato utilizzo, soprattutto quando sia conseguenza di una consapevole scelta legislativa) dello strumento della definizione normativa può provocare in termini di rapporto tra poteri (definizioni, nonché loro concreto contenuto, come “valvola” del livello di discrezionalità attribuita alla giurisprudenza in fase applicativa).

Muovendo ora verso la natura dei percorsi di analisi – qualificabilità delle norme come ‘principi’, che esprime una natura ermeneutica, e definibilità di fenomeni della realtà, nella quale si esprimono i caratteri della fonte, sia legislativa sia giurisprudenziale – nel primo caso sembra prevalere una natura valoriale-assiologica, che nel secondo caso appare

mitigata da una componente fattuale, rappresentata dall'esigenza di definire in termini normativi il fenomeno "disabilità".

In tale prospettiva, nella individuazione (qualificazione) dei principi l'obiettivo della scelta discrezionale è rappresentato dalla individuazione del contenuto *normativo* finalizzata alla definizione (attribuzione) della portata normativa della disposizione (esprime un principio o attribuisce un diritto?), che avviene prevalentemente attraverso la fonte giurisprudenziale (nel caso, la Corte di giustizia). Al contrario, ma sempre all'interno di un'attività discrezionale (che vede però il legislatore come attore principale rispetto alla giurisprudenza), nella definizione di disabilità si esprime l'esigenza di determinare il contenuto *fattuale* del fenomeno di realtà oggetto dell'intervento normativo, al fine di individuarne l'ambito di applicazione (a quali casi concreti si applica la fonte?).

Pertanto, come anticipato, il primo rappresenta un processo del tutto interno alla dimensione giuridica e riconducibile alla dinamica interpretativa ad elevato contenuto discrezionale, con una tendenziale prevalenza del formante giurisprudenziale: la fonte normativa (positiva), in questo caso, individua il concetto e ne determina gli effetti, ma non giunge a definirlo in modo esplicito – con portata generale – all'interno del testo normativo. Nella logica dell'influenza sul rapporto tra poteri, in questo caso i principi svolgono la funzione di favorire l'attività interpretativa in fase applicativa, in tal modo valorizzando il ruolo della giurisprudenza e "limitando" l'influenza del soggetto che (im)pone la regola.

Nel caso della definizione della disabilità, il processo classificatorio coinvolge (anche) elementi esterni alla dimensione giuridica, in quanto l'esigenza di definire un fenomeno della realtà impone al legislatore (o, in termini più neutri, al soggetto istituzionale competente ad approvare norme giuridicamente vincolanti) di "aprire" valutazioni di natura prettamente normativa ad elementi di carattere extra-giuridico. L'apertura al fatto, quando avviene al momento della determinazione del contenuto della norma, produce una espansione della discrezionalità legislativa, la quale assume la funzione di selezionare gli elementi empirici che comporranno il contenuto normativo della definizione alla luce di valutazioni di natura prevalentemente politico-discrezionale.

In tal modo, il “controllo” del legislatore sulla selezione degli elementi fattuali ai quali viene attribuito valore normativo incide sul rapporto tra discrezionalità legislativa e discrezionalità nella fase applicativa, secondo un andamento opposto a quanto evidenziato nel caso dell’utilizzo dei principi.

L’in-definizione, nel caso dei principi, risulta funzionale ad una attribuzione di valore e diviene uno strumento di qualificazione della norma (principio o diritto?). Questa operazione potrebbe consentire, attraverso una valorizzazione della forza giuridica di un principio che non si esercita esclusivamente a livello legislativo ma piuttosto a fini interpretativi in tutto l’ordinamento¹², una reviviscenza delle funzioni tradizionalmente riconducibili a tale categoria concettuale.

La definizione, nel caso della disabilità, risulta al contrario funzionale ad una attribuzione di senso, ponendosi quale precondizione per la determinazione dell’ambito spaziale di applicazione della norma. In questo caso il processo di definizione del contenuto normativo di un concetto extra-giuridico – la disabilità – si fonda su una preventiva selezione dei criteri utilizzati dal legislatore, i quali possono essere assiologicamente, fattualmente o giuridicamente orientati.

In tale ottica possono essere interpretate le diverse definizioni di disabilità individuate da Busatta, la quale distingue tra una definizione «medica», «ancorata ad un atteggiamento tendenzialmente paternalista», una definizione «sociale», «più completa ed inclusiva», e una concezione «funzionale» della medesima, che si differenzia rispetto al concreto contesto nella quale il fenomeno si radica (scuola, vita sociale, accesso al lavoro, assistenza sociale, trasporti), che conduce alla «atomizzazione della gestione del diritto delle disabilità». Non appare irrilevante, evidenziandosi una connessione diretta tra strumento definitorio e dimensione assiologica, evidenziare che in tale caso a ciascuna opzione definitoria – medica, sociale, funzionale – è possibile ricondurre tendenzialmente una precisa scelta di politica normativa, che dal contributo corrisponde rispettivamente ad un approccio paternalista, pro-

¹² M. BIGNAMI, *Costituzione, Carta di Nizza, Cedu e legge nazionale: una metodologia operativa per il giudice comune impegnato nella tutela dei diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2011, 20.

mozionale o – e su tale approccio sembra propendere l’Autrice – pluralista e tecnologico.

Da un lato, quindi, la in-definizione (che diviene indefinibilità come conseguenza di una precisa scelta di politica normativa, coerente con la natura e la funzione delle norme di principio) attribuisce precettività alla disposizione, mediante una qualificazione (come principio) in assenza di definizione. Dall’altro lato, la definizione “richiede” l’attribuzione di precettività da parte dell’interprete, al quale spetta di applicare, eventualmente anche attraverso una interpretazione teleologica¹³ ed evolutiva, il contenuto concettuale al quale il legislatore ha attribuito forza normativa ai casi concreti oggetto di giudizio.

4. Quale discrezionalità? Le (in-)definizioni come valvola tra discrezionalità politica e discrezionalità giurisdizionale

Le ultime considerazioni, relative alla natura rispettivamente della in-definizione (che si traduce in qualificazione) di norme di principio e della definizione di fenomeni sociali, sembrano evidenziare un elemento comune alla due traiettorie di ricerca: in entrambi i casi, seppur lungo percorsi argomentativi diversi, si giunge ad una valorizzazione del ruolo della fonte giurisprudenziale in un senso che appare essere non meramente applicativo, ma caratterizzato da una portata concretamente attuativa¹⁴. Sia i principi espressi dalla Carta dei diritti fondamentali (art. 51 e art. 52, quinto comma), come la definizione di disabilità si trovano a svolgere la funzione di parametro di giudizio¹⁵ a livello giurisprudenziale. Ci si potrebbe quindi chiedere se in questi casi l’utilizzo di definizioni o di principi all’interno di testi normativi abbia come corollario una espansione della discrezionalità giurisprudenziale.

¹³ Cfr. l’esempio relativo alla giurisprudenza della Corte di giustizia proposto da Busatta.

¹⁴ L. GIANFORMAGGIO, *Modelli di ragionamento giuridico. Modello deduttivo, modello induttivo, modello retorico*, in ID., *Studi sulla giustificazione giuridica*, Torino, 1986, 41 ss.

¹⁵ Ciò che R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, cit., 182, riferendosi alla nota teoria crisafulliana, qualifica come «funzione *negativa*» della norma di principio.

Se appare possibile rispondere in maniera affermativa al quesito appena proposto, dall'analisi dei lavori di Cozzi e Busatta emerge una divaricazione relativa agli effetti che conseguono a tale espansione. Infatti, nel caso dei principi contenuti nella Carta l'aumento di discrezionalità conduce a una sostanziale compressione – o mancato riconoscimento – della tutela dei diritti sociali affermati dal medesimo testo normativo¹⁶. Questo andamento sembra fondarsi sulla possibilità di distinguere – per alcuni famigerata¹⁷, per altri apodittica e anacronistica¹⁸ – tra diritti e principi: appare opportuno chiedersi se tale distinzione sia destinata, nella dinamica dei rapporti tra diversi spazi giuridici (cioè tra diversi ordinamenti), spazi giurisdizionali (cioè tra corti europee, costituzionali e internazionali) e spazi concettuali (principi generali dell'Unione europea e tradizioni costituzionali comuni), ad essere depotenziata e quindi superata.

Si potrebbe quindi assistere – a livello europeo – ad un recupero di normatività dei principi, i quali sembrano esprimere una forza giuridica che si espande all'ordinamento giuridico nel suo complesso, attraverso la costante opera di interpretazione-attuazione del diritto. Recuperando posizioni tipiche del dibattito dottrinale italiano avente ad oggetto la distinguibilità tra norme precettive e norme programmatiche, si potrebbe ritenere che i principi, in forza di una «eccedenza di contenuto assio-

¹⁶ Sul rischio di un indebolimento dei diritti sociali derivante dalla distinzione tra diritti e principi, cfr. ex plurimis S. GAMBINO, *Vantaggi e limiti della protezione multi-level dei diritti e delle libertà fondamentali, fra diritto dell'Unione, convenzioni internazionali e costituzioni nazionali*, in www.forumcostituzionale.it, 11 gennaio 2015.

¹⁷ V. SCARABBA, *La tutela europea dei diritti fondamentali e il giudice italiano*, Relazione al II Workshop in Diritto internazionale e dell'Unione, organizzato da Magistratura Democratica e Medel - Venezia, 8-9 aprile 2011. Cfr. anche V. SCARABBA, *Tra Fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008.

¹⁸ C. SALAZAR, *A Lisbon story: la Carta dei dritti fondamentali dell'Unione europea da un tormentato passato... a un incerto presente?*, Relazione al Convegno su "I diritti sociali dopo Lisbona. Il ruolo delle Corti. Il caso italiano. Il diritto del lavoro fra riforme delle regole e vincoli di sistema" (Facoltà di Giurisprudenza, Università "Mediterranea" di Reggio Calabria, 5 Novembre 2011), in www.gruppodipisa.it, 2011, 8.

logico-deontologico»¹⁹, assumano la natura di «norma giuridica al massimo grado»²⁰, attraverso una continua e progressiva concretizzazione giurisprudenziale, rispetto alla quale l'articolo 52, quinto comma, della Carta di Nizza sembra volere svolgere un ruolo di “blocco”.

Nel caso della disabilità si assiste ad una tendenziale espansione della tutela²¹, che sembra fondarsi in modo sistematico sulla interpretazione compiuta dal giudice come “orientata” (o limitata) dalla presenza di definizioni normative. Nel caso in cui il legislatore preveda una definizione normativa di disabilità, lo scrutinio operato dalle corti tende ad assumere – quantomeno nei casi analizzati da Busatta – un andamento bi-fasico: le corti, infatti, valutano preventivamente il contenuto della definizione, giungendo fino a individuare una definizione propria di disabilità, nel caso in cui essa sia assente a livello normativo²²; quindi, successivamente la definizione viene interpretata alla luce della *ratio* dell'intervento normativo, alla luce quindi di una interpretazione teleologicamente orientata che può condurre anche a una applicazione “riduttiva” della medesima²³.

Riprendendo le fila della proposta di una concezione tridimensionale dell'utilizzo delle definizioni in ambito giuridico, i contributi dai quali sono state ricavate queste brevi osservazioni sembrano confermare che, se le dimensioni temporale e spaziale risultano rilevanti in tale contesto, la dimensione assiologica sembra rappresentare la variabile determinante, sia rispetto alla decisione di introdurre o meno definizioni di fenomeni extra-giuridici, sia come elemento che orienta le concrete modalità attraverso le quali questa tecnica normativa viene effettivamente utilizzata.

¹⁹ Espressione utilizzata, come noto, da E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, 1949, 211.

²⁰ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 213, valorizzandone la funzione essenziale nell'interpretazione giuridica quale «attività intermediaria tra caso e diritto».

²¹ Seppur con significativi arresti, come nel caso del riconoscimento dei permessi di maternità per la madre surrogata Z. c. A. Government Department, cfr. il paper di Busatta.

²² Cfr. il caso Commissione c. Italia, 2013; Chacòn Navas, 2006; HK Danmark, 2013.

²³ Come nel citato caso Z. c. A. Government Department.

Ciò potrebbe lasciare supporre che, lungi dal rappresentare uno strumento che il legislatore può utilizzare al fine di limitare gli altri poteri, sia la scelta di qualificare in assenza di definizione (principi della Carta) sia quella di introdurre definizioni di fenomeni extra-giuridici (disabilità) può produrre il paradossale effetto di una valorizzazione del ruolo della giurisprudenza, tanto europea quanto nazionale. Nel caso della in-definizione dei principi contenuti nella Carta, la qualificazione in assenza di definizione può attribuire alla fase applicativa – e quindi anche alla Corte di giustizia – la responsabilità (*rectius*, discrezionalità) di qualificare in termini di diritti (sociali) o di principi i contenuti della Carta, derivando da questa scelta – più che dalla sistematica del testo normativo – l’attribuzione di forza normativa e la conseguente esigibilità delle posizioni giuridiche riconosciute dalla Carta. In tal senso, più che limitata dalle scelte politiche operate dagli estensori della Carta, la Corte di giustizia sembra in tale contesto auto-limitarsi, scegliendo consapevolmente di non insistere nella tutela dei diritti sociali affermati dal testo normativo.

Nulla impedisce che, anche alla luce della intrinseca dinamicità del rapporto tra qualificazione e definizione, le future traiettorie giurisprudenziali possano variare, nel caso in cui la Corte di giustizia superi la cautela nell’approcciarsi ai contenuti “sociali” della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, provocando come conseguenza indiretta un riallineamento al percorso intrapreso rispetto alla interpretazione del concetto di disabilità, in funzione garantista e di piena valorizzazione²⁴ della persona umana nel pieno rispetto delle caratteristiche fisiche, morali e sociali di quest’ultima.

²⁴ N. OCCHIOCUPO, *Liberazione e promozione umana nella Costituzione. Unità di valori nella pluralità di posizioni*, Milano, 1984.

SEZIONE VI
CONCLUSIONI

CONCLUSIONI

Fulvio Cortese

*Può darsi che la metafisica
abbia validi fondamenti in cielo,
e che l'empirismo dell'Occidente
trovi i suoi pilastri nel diritto romano.
Tale edificio ci sostiene ancora
nelle controversie tra vero e falso;
il diritto come fondamento dell'epistemologia,
il contrario sono Le mille e una notte.*

V. Zeichen¹

Sui contributi qui raccolti *preme* una densa stratificazione di riflessioni e di approfondimenti. Anzi, si può affermare senz'altro che è l'intera tradizione giuridica occidentale a imporsi con tutto il suo peso. Il problema definitorio, d'altra parte, la percorre e la agita sin dalle sue origini più remote. E così, allo stesso modo, ogni giurista se ne sente condizionato, risultando, più o meno consapevolmente, immerso in quell'*angoscia dell'influenza*² che cattura qualsiasi tentativo di decifrazione critica di un sapere e di un canone disciplinare.

Da sempre, infatti, e ancor oggi, il giurista è costretto a confrontarsi ripetutamente con il controverso ammonimento, più volte richiamato anche in questa sede³, di Lucio Giavoleno Prisco: «Omnis definitio in iure civili periculosa est; parum est enim, ut non subverti posset»⁴.

Qualunque sia il significato autentico di tale frammento nel contesto della decifrazione del modo con cui i giuristi romani guardavano alle

¹ V. ZEICHEN, *Aforismi d'autunno*, Roma, 2010, 118.

² Parafrasando il titolo del noto lavoro di H. BLOOM, *The Anxiety of Influence. A Theory of Poetry*, New York, 1973 (tr. it. *L'angoscia dell'influenza*, Milano, 1983).

³ Sin dalla sollecitazione introduttiva di D. QUAGLIONI.

⁴ D 50, 17, 202.

definizioni⁵, non si può negare che esso sintetizzi in modo efficace le molte tensioni che, nel diritto, animano il rapporto tra l'esigenza di *dare certezza* a ciò che di volta in volta si palesa come conflittuale e il bisogno, pure compresente, di far sì che quella *certificazione* non si risolva in una insopportabile camicia di forza.

Si tratta di una dialettica davvero delicata, poiché si può prestare, come di fatto è accaduto, a funzioni eterogenee; non è soltanto il frutto, sul piano descrittivo, della costante fatica che, dinanzi al continuo mutare della realtà sociale, l'operatore giuridico deve compiere per risolvere nel modo migliore i quesiti nei quali si imbatte o sui quali è chiamato a pronunciarsi. Dietro le definizioni, nel diritto, si cela un vero «elefante invisibile», al pari dell'universo di credenze e di *tools* cognitivi che non sono immediatamente visibili e che, nonostante ciò, costituiscono la radice delle diversità culturali⁶.

Le modalità della definizione giuridica e delle tecniche che sono state via via elaborate per rafforzarla, o a seconda dei casi *per uscirne*, o possono servire, pragmaticamente, a premiare determinate ragioni di equità o di flessibilità nel trattamento di specifiche fattispecie, o possono anche rivelarsi strumentali, proprio per mezzo di queste dinamiche, a istituzionalizzare il ruolo dell'interprete (di un determinato interprete...), e quindi, ad esempio, della dottrina o della giurisprudenza rispetto al legislatore, o viceversa.

Può esservi, pertanto, nella definizione, sia un problema ermeneutico sia un problema di individuazione e di riaffermazione dell'identità del sistema giuridico. Più precisamente, nelle tante questioni del definire giuridico si nasconde un'invariante molto chiara, valvola di entrambe le oscillazioni da ultimo richiamate: è il complesso rapporto tra testo e

⁵ La letteratura romanistica, sul punto, è particolarmente ampia, a partire dai lavori classici (e coevi) di R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano, 1966, A. CASCATERRA, *Le definizioni dei giuristi romani: metodo, mezzi e fini*, Milano, 1966, e P. STEIN, *Regulae Iuris: From Juristic Rules to Legal Maxims*, Edinburgh, 1966; lavori che, a più riprese, sono stati oggetto di ulteriori meditazioni e di altrettanti ripensamenti.

⁶ G. MANTOVANI, *L'elefante invisibile. Alla scoperta delle differenze culturali*, Firenze, 2005.

contesto a venire in gioco; ed esso a sua volta rimanda all'ambigua relazione tra ruolo del giurista e identificazione delle regole giuridiche⁷.

Da un lato questa invariante è attraversata dai grandi sommovimenti cui sono state sottoposte, storicamente, tutte le alternative epistemologiche del pensiero occidentale: su di essa, in particolare, gravita il ragionamento sulla possibilità stessa di un discorso pratico, di un linguaggio, di una comunicazione sociale che possa dirsi *vera* ed efficace, o *utile* (in quanto stabile), allo stesso tempo⁸. Dall'altro lato la medesima invariante mette in campo il fattore decisivo che in quei sommovimenti è dato dalla coscienza del punto d'osservazione e delle capacità creative o manipolative che esso introduce: lo stabilimento di *chi definisce che cosa* o, ancor meglio, di *chi attribuisce valore specifico alle definizioni* non è altro che lo specchio del modo con cui si pone, in un dato momento, l'assetto del sistema di controllo sulla produzione delle regole e, con esso, il regime dei rapporti di forza (o dei valori) che innervano il tessuto sociale e che ne sollecitano gli sviluppi⁹.

Si capisce, perciò, la ragione intrinseca della “pericolosità” – vale a dire nel senso della *potenzialità* – della “definizione giuridica”, che deve indurre ad *agitarla con cura*: perché, evidentemente, essa interagisce con i due poli dell'invariante ora richiamata, rischiando costantemente di “eccedere”; di agevolare, cioè, al di là dei confini dell'occasione che

⁷ In tal senso, può ben dirsi che questo testo continua coerentemente, sotto altre vesti, l'indagine collettiva avviata in S. BONINI, L. BUSATTA, I. MARCHI (a cura di), *L'eccezione nel diritto. Atti della giornata di studio (Trento, 31 ottobre 2013)*, Napoli, 2015.

⁸ Cfr., sul punto, la versione demolitoria di un “cattivo maestro” per eccellenza: v. F. NIETZSCHE, *Über Wahrheit und Lüge im außermoralischen Sinn* (1873), tr. it. *Su verità e menzogna in senso extramurale*, a cura di G. Colli, Milano, 2015.

⁹ Cfr. le osservazioni apparentemente eterodosse di F. BENVENUTI, *Caso e incertezza del diritto*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, II, Milano, 1988, 29 ss., e in ID., *Scritti giuridici*, V, Milano, 2006, 4023 ss. Ma v. anche ID., *Disegno dell'Amministrazione Italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996, in part. 490 ss. In entrambi gli scritti l'Autore evidenzia come la consapevolezza del ruolo essenziale dell'interprete derivi anche dal carattere decisivo, così come affermato da tempo anche nel dibattito delle scienze naturali, della posizione dell'angolo visuale da cui si osserva un determinato fenomeno. Per uno sviluppo recente di un'impostazione in larga parte corrispondente v. R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva quantistica*, Milano, 2013.

la genera, processi di *slittamento*, da un significato ad un altro (per un verso) come da un equilibrio socio-economico ad un altro (per altro verso).

Sicché, insistendo sulla “definizione”, o risolvendosi in essa (e *solo* in essa), il diritto non solo può essere meglio ricondotto, se del caso, ad adeguata misura dei rapporti che si propone di regolare; il diritto, “definendo”, può giungere anche a farsi improvvisamente motivo di prevaricazione, di conquista, di arbitrio, o ancora di alterazione sistematica di un equilibrio pre-definito, o pure, semplicemente, ma gravemente, di speculazione esclusivamente astratta ovvero di svuotamento stesso dell’autonomia del fenomeno giuridico, vale a dire della capacità, tipica del diritto della tradizione occidentale, di essere innanzitutto *altro* (o *terzo*) rispetto ai fattori del conflitto sociale, culturale ed economico (e quindi anche rispetto alla sola *legge*), o, più recentemente, di quel diverso e particolare conflitto che consiste nel dibattito scientifico (di qualsivoglia genere)¹⁰.

Di ciò gli approfondimenti e gli stimoli proposti nel volume sono particolarmente rappresentativi, ponendosi in primo luogo a dimostrazione circostanziata dei tanti luoghi, e dei tanti modi (ora negativi, ora positivi), in cui la definizione o la non-definizione operano, oggi, quali elementi di possibile “crisi” e di correlata “trasformazione” dell’ordinamento, dall’interno o dall’esterno.

Ma in tutti i saggi l’analisi di queste situazioni presuppone anche l’assunzione di una posizione, di una scelta idonea a fronteggiarle e a razionalizzarle. E con ciò si rimanda inevitabilmente non solo agli *escamotages* che lo stesso ordinamento prova ad allestire in talune ipotesi (spostando, ad esempio, la soluzione definitiva dal piano sostanziale della cristallizzazione previa a quello procedurale dell’individuazione dei modi e degli attori di un peculiare momento definitorio), ma anche, ed essenzialmente, all’irrinunciabile dimensione dell’apporto puntuale e circostanziato del giurista.

¹⁰ E non solo, dunque, nel senso delle cc.dd. “scienze dure”: v., ad esempio, la spinosa questione della criminalizzazione del negazionismo e dei cortocircuiti che in argomento possono sorgere tra dibattito storiografico e giurisprudenza ovvero tra legislatore e giudice. In argomento cfr., per tutti, E. FRONZA, *Negazionismo (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali, VIII, Milano, 2015, 633 ss.

Paradossalmente – così, almeno, partendo dal senso comune di ciò che il diritto vorrebbe significare per i non giuristi (ossia la regola certa, chiara e univoca, o meglio la *definizione* di un quadro riconoscibile *a priori*) – la piena acquisizione della labilità del meccanismo definitorio è il primo tassello per riscoprire e valorizzare quella dimensione.

In questa direzione si potrebbe richiamare il carattere esemplare – proprio dal punto di vista metodologico – dell’invito al *self-restraint* espresso da Santi Romano nella voce *Glissez, mortels, n’appuyez pas* dei *Frammenti di un dizionario giuridico*, opera che già di per sé, sin dalla sua denominazione complessiva, può rivelarsi particolarmente sintomatica¹¹:

(...) il giurista non deve compiacersi e innamorarsi troppo delle sue speculazioni, né proseguirle sempre e inesorabilmente fin dove la logica permette il gioco delle deduzioni e induzioni, giacché tali speculazioni hanno un limite che non bisogna oltrepassare e che è segnato dagli scopi pratici e concreti cui esse debbono mirare: proseguirle al di là può essere non solo inutile, ma pericoloso, se si giunge a conseguenze che, logicamente ineccepibili, contrastano con quegli scopi che sono quelli che l’ordinamento giuridico si propone per le sue esigenze le quali non sono quelle della logica astratta. Il *cave a consequentiariis* e anche l’*omnis definitio in iure periculosa* sono consigli e avvertimenti che il giurista deve aver presenti, perché possa imparare a *glisser*, si intende quando ne è il caso, giacché questa non è né leggerezza né superficialità, ma è arte difficile e raffinata.

È un appello alla *prudentia iuris*, alla presa d’atto che anche il tema definitorio può essere facilmente coinvolto, in modo esiziale, in distorsioni degli scopi ultimi dell’ordinamento o in meccanismi puramente autoreferenziali, e che pertanto al giurista si addice una cautela tutta particolare.

Eppure, di fronte al problema definitorio, non si tratta soltanto di ribadire un profilo *passivo*. La *prudentia* di cui si discute, come è noto, è qualcosa di totalmente differente dalla semplice *prudenza*.

Se non fosse così, ci si troverebbe pur sempre di fronte ad una sensazione di paralizzante incompletezza, di debolezza, quasi; come se si

¹¹ SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947 (rist. 1983), in part. 118.

dovesse constatare l'inevitabilità della propria strutturale insufficienza, la propria limitazione ad un ruolo com-primario, l'inaccessibilità di una funzione veramente propositiva. Sarebbe, questo, un errore di prospettiva, anche perché, a ben vedere, della sollecitazione a *glisser* non si può dare una lettura ingenua, ma si deve, piuttosto, enfatizzare, e scoprire, la spinta ad interloquire per mezzo della propria "arte", non solo (o non tanto) per mezzo di saperi diversi, né (tanto meno) con l'ausilio della sola logica.

Il rinvio, quindi, è ad una virtù attiva, forse a quella stessa competenza cui intendeva riferirsi anche Francesco Guicciardini in uno dei suoi più celebri *Ricordi* (II 6):

È grande errore parlare delle cose del mondo indistintamente ed assolutamente, e per dire così, per regola; perché quasi tutte hanno distinzione ed eccezione per la varietà delle circostanze, in le quali non si possono fermare con una medesima misura; e queste distinzioni ed eccezioni non si trovano scritte in su' libri, ma bisogna le insegnare la discrezione¹².

Il rapporto tra giurista e definizione stimola questa "discrezione" e pone l'attenzione sulla funzione di mediazione positiva che il secondo svolge allorché la prima tende ad occupare il campo dello *ius dicere*. In questo campo il giurista, se non ha una proiezione immediatamente "produttiva", non è neppure tenuto ad un orizzonte meramente esegetico:

Chi si limitasse ad una pura esegesi degli ordinamenti non farebbe opera di giurista, nel senso più alto dell'espressione, ma solo eserciterebbe una tecnica che, per quanto raffinata, non può considerarsi mai idonea alla comprensione e attuazione di un sistema che è generale. Ma chi è chiamato a fare opera di giurista, e perciò a prefigurarsi un sistema generale, corre rischi che sono propri di un impegno personale e cioè i rischi della propria verità. In questa confessione di debolezza connessa al rischio, vi è anche una confessione di forza, connessa a quella inevitabile-

¹² F. GUICCIARDINI, *Ricordi*, Milano, 1951, 69.

CONCLUSIONI

le ricerca di verità e di certezza che è l'aspirazione più viva e profonda di ogni uomo¹³.

È nell'estrapolazione di questa *grandezza*, nella sperimentazione costante di una proporzione tanto fragile quanto fondamentale che si risolve la responsabilità cui, più di ogni altro nella società, è chiamato il giurista. L'*attrito* con la definizione ne costituisce la palestra ideale e la prova più ardua.

¹³ Così F. BENVENUTI, *Disegno dell'Amministrazione Italiana*, cit., 492.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

Chiara Bergonzini: dottoressa di ricerca in Diritto costituzionale; assegnista di ricerca, Università degli Studi di Ferrara

Sergio Bonini: professore aggregato di Diritto penale, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Trento

Lucia Busatta: dottoressa di ricerca in Studi giuridici comparati ed europei; assegnista di ricerca, Università degli Studi di Trento

Ilaria Campagna: dottoranda in Studi giuridici comparati ed europei, Università degli Studi di Trento

Francesco Campodonico: dottorando in Sistemi costituzionali comparati, Università degli Studi di Genova

Fulvio Cortese: professore ordinario di Diritto amministrativo, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Trento

Alessia-Ottavia Cozzi: dottoressa di ricerca in Diritto costituzionale, Università degli Studi di Trieste

Maurizio Di Masi: dottore di ricerca in Diritto privato e nuove tecnologie; assegnista di ricerca in Diritto privato, Università di Perugia

Rossana Ducato: dottoressa di ricerca in Studi giuridici comparati ed europei; assegnista di ricerca, Università degli Studi di Trento

Flavio Guella: dottore di ricerca in Studi giuridici comparati ed europei; assegnista di ricerca, Università degli Studi di Trento

Antonella Mirabile: dottoranda in Scienze giuridiche, Università degli Studi di Perugia

Simone Penasa: dottore di ricerca in Studi giuridici comparati ed europei, assegnista di ricerca, Università degli Studi di Trento

Diego Quagliani: professore ordinario di Storia del diritto medievale e moderno, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Trento

Marco Rizzuti: dottore di ricerca in Diritto civile; assegnista di ricerca, Università degli Studi di Firenze

Daria Sartori: dottoressa di ricerca in Studi giuridici comparati ed europei, Università degli Studi di Trento

Alvise Schiavon: dottore di ricerca in Studi giuridici comparati ed europei; assegnista di ricerca, Università degli Studi di Trento

Marta Tomasi: dottoressa di ricerca in Studi giuridici comparati ed europei; assegnista di ricerca, Libera Università di Bolzano

Giovanni Zaniol: dottorando in Studi giuridici comparati ed europei, Università degli Studi di Trento

COLLANA
‘QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA’

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

1. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del IV Convegno Antitrust tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2014)

2. *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza* - (a cura di) FULVIO CORTESE, GIANNI SANTUCCI, ANNA SIMONATI (2014)

3. *Il riconoscimento dei diritti storici negli ordinamenti costituzionali* - (a cura di) MATTEO COSULICH, GIANCARLO ROLLA (2014)

4. *Il diritto del lavoro tra decentramento e ricentralizzazione. Il modello trentino nello spazio giuridico europeo* - (a cura di) ALBERTO MATTEI (2014)

5. *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice* - JOHN A.E. VERVAELE, with a prologue by Gabriele Fornasari and Daria Sartori (Eds.) (2014)

6. *I beni comuni digitali. Valorizzazione delle informazioni pubbliche in Trentino* - (a cura di) ANDREA PRADI, ANDREA ROSSATO (2014)

7. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2015)

8. *Il coordinamento dei meccanismi di stabilità finanziaria nelle Regioni a Statuto speciale* - (a cura di) ROBERTO TONIATTI, FLAVIO GUELLA (2014)

9. *Reti di libertà. Wireless Community Networks: un'analisi interdisciplinare* - (a cura di) ROBERTO CASO, FEDERICA GIOVANELLA (2015)

10. *Studies on Argumentation and Legal Philosophy. Further Steps Towards a Pluralistic Approach* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2015)

11. *L'eccezione nel diritto. Atti della giornata di studio (Trento, 31 ottobre 2013)* - (a cura di) SERGIO BONINI, LUCIA BUSATTA, ILARIA MARCHI (2015)

12. José Luis Guzmán D'Albora, *Elementi di filosofia giuridico-penale* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ALESSANDRA MACILLO (2015)

13. *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto* - (a cura di) GIANDOMENICO FALCON, BARBARA MARCHETTI (2015)

14. *Convergences and Divergences between the Italian and the Brazilian Legal Systems* - (Ed. by) GIUSEPPE BELLANTUONO, FEDERICO PUPPO (2015)

15. *La persecuzione dei crimini internazionali. Una riflessione sui diversi meccanismi di risposta. Atti del XLII Seminario internazionale di studi italo-tedeschi, Merano 14-15 novembre 2014 - Die Verfolgung der internationalen Verbrechen. Eine Überlegung zu den verschiedenen Reaktionsmechanismen. Akten des XLII. Internationalen Seminars deutsch-italienischer Studien, Meran 14.-15. November 2014* - (a cura di / herausgegeben von) ROBERTO WENIN, GABRIELE FORNASARI, EMANUELA FRONZA (2015)

16. *Luigi Ferrari Bravo. Il diritto internazionale come professione* - (a cura di) GIUSEPPE NESI, PIETRO GARGIULO (2015)

17. *Pensare il diritto pubblico. Liber Amicorum per Giandomenico Falcon* - (a cura di) MAURIZIO MALO, BARBARA MARCHETTI, DARIA DE PRETIS (2015)
18. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del V Convegno biennale Antitrust. Trento, 16-18 aprile 2015* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2015)
19. *From Contract to Registration. An Overview of the Transfer of Immoveable Property in Europe* - (ed. by) ANDREA PRADI (2015)
20. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo. Volume II* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2016)
21. *Democrazie e religioni: libertà religiosa, diversità e convivenza nell'Europa del XXI secolo. Atti del convegno nazionale Adec Trento, 22 e 23 ottobre 2015* - (a cura di) ERMINIA CAMASSA (2016)
22. *Modelli di disciplina dell'accoglienza nell'"emergenza immigrazione". La situazione dei richiedenti asilo dal diritto internazionale a quello regionale* - (a cura di) JENS WOELK, FLAVIO GUELLA, GRACY PELACANI (2016)
23. *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione* - (a cura di) MARCO BOMBARDELLI (2016)
24. *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Atti del IV Congresso nazionale SIRD. Trento, 24-26 settembre 2015* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE GRAZIADEI (2016)
25. *Fiat Intabulatio. Studi in materia di diritto tavolare con una raccolta di normativa* - (a cura di) ANDREA NICOLUSSI, GIANNI SANTUCCI (2016)

COLLANA 'QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA'

26. *Le definizioni nel diritto. Atti delle giornate di studio, 30-31 ottobre 2015* - (a cura di) FULVIO CORTESE, MARTA TOMASI (2016)