

ISSN 2704-8667
[online]

ISTITUZIONI DIRITTO ECONOMIA

Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche, Economiche e Sociali

International Review of Legal, Economic and Social Science



con il patrocinio
dell' Università degli Studi di Napoli Parthenope

WWW.ISTITUZIONIDIRITTOECONOMIA.EU

Anno III
Numero 1 - 2021
GENNAIO - APRILE

IERDISAF

ISTITUZIONI DIRITTO ECONOMIA

Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche, Economiche e Sociali
International Review of Legal, Economic and Social Science

Periodico scientifico quadrimestrale *open access* di dottrina, giurisprudenza
e documentazione pubblicato all'indirizzo:

URL <https://www.istituzionidirittoeconomia.eu>

Editore (*Publisher*):

IERDISAF – Istituto Europeo di Ricerca e studio comparato del
Diritto e delle Scienze Amministrative e Finanziarie – NAPOLI (IT)

C.F. 95228970638

Sede, Redazione e Direzione della Rivista:

c/o IERDISAF

Via Traversa Nuova Marina n. 8 – 80133 Napoli (IT)

Contatti:

Tel. (+39) 371 11 96 605

Email: redazione@istituzionidirittoeconomia.eu

Direttore Responsabile:

Avv. DOMENICO DENTE GATTOLA

Data pubblicazione web:

APRILE 2021

DIREZIONE SCIENTIFICA

Direttore: DOMENICO CROCCO, *IERDISAF – UPM Uni-internazionale, Milano* - Condirettori: DARIO LUONGO, *Università degli Studi di Napoli Parthenope* - FEDERICO PICA, *SVIMEZ - Università degli Studi di Napoli Federico II* - ANDREA A. SALEMME, *Corte di Cassazione* - MARCO TIBERII, *Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli*

COMITATO SCIENTIFICO

SALVATORE ACETO DI CAPRIGLIA, *Università degli Studi di Napoli Parthenope* - CARLO AMATUCCI, *Università degli Studi di Napoli Federico II* - CARLO AMIRANTE, *Università degli Studi di Napoli Federico II* - ENRICO BONELLI, *Università degli Studi di Napoli Federico II* - SERGIO CAPOZZI, *Università degli Studi di Napoli Parthenope* - RAFFAELLO CAPUNZO, *Università degli Studi di Napoli Federico II* - ANDREA R. CASTALDO, *Università degli Studi di Salerno* - STEFANO CHERTI, *Università degli Studi di Cassino e del Lazio meridionale* - MANLIO INGROSSO, *Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli* - PIER FRANCESCO LOTTITO, *Università degli Studi di Firenze* - VINCENZO MASTRONARDI, *Sapienza Università di Roma* - GIOVANNI NERI, *IERDISAF – UPM Uni-internazionale, Milano* - EMILIO PAGANO, *Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Napoli* - GIORGIO SPANGHER, *Sapienza Università di Roma* - GENNARO TERRACCIANO, *Università degli Studi di Roma Foro Italico* - SALVATORE VILLANI, *Università degli Studi di Napoli Federico II* - PAOLO WULZER, *Università degli Studi di Napoli L'Orientale*

COMITATO SCIENTIFICO INTERNAZIONALE

SANDRA CASSOTTA, *Aalborg University Copenhagen, Danimarca* - RENATA FRANC, *Institute of Social Sciences Ivo Pilar, University of Zagreb, Croazia* - MARGARETH HELFER, *Istituto di Diritto Italiano, Universität Innsbruck, Austria* - ANTHONY W. MCKENZIE, *Miami International University, USA* - ANDREA NUvoli, *Universitat Abat Oliba CEU, Barcelona, Spagna* - CARMEN PARRA RODRIGUEZ, *Universitat Abat Oliba CEU, Barcelona, Spagna* - COSIMO RISI, *USI, Lugano, Svizzera* - FRANCESCO A. SCHURR, *Istituto di Diritto Italiano, Universität Innsbruck,*

*Austria - SILVIA TRIFONOVA, University of National and World Economy
Sofia, Bulgaria - MATTHIAS THEODOR VOGT, Hochschule Zittau-
Görlitz, University of Applied Sciences, Germania*

RAPPORTI INTERNAZIONALI

SALVATORE VILLANI, *Università degli Studi di Napoli Federico II*

COMITATO DI REDAZIONE

ANGELINA CIRILLO, MASSIMINO CRISCI, IVAN CUOCOLO
JEAN PAUL DE JORIO, MARCELLA FERRANTE
MICHELE MICCOLI

SEGRETERIA DI REDAZIONE

FRANCESCO CAMPLANI, CARMINE A. A. QUERCIA
LUCIA ROCCO, FULVIO TUDISCO,

DIRETTORE RESPONSABILE

DOMENICO DENTE GATTOLA

Con il patrocinio dell'Università degli Studi di Napoli Parthenope



* * * * *

La Rivista *Istituzioni Diritto Economia*, che tratta esclusivamente argomenti scientifici e si avvale della collaborazione di diverse Istituzioni Universitarie italiane e straniere, è un periodico scientifico senza finalità lucrative pubblicato, con periodicità quadrimestrale, esclusivamente *online*.

Essa è resa liberamente disponibile secondo i canoni dell'*Open Access*, in accordo con i principi espressi nella Dichiarazione di Berlino: accesso aperto alla conoscenza, massima diffusione e visibilità sul *WEB* per la ricerca scientifica, diffusione pubblica dei risultati delle ricerche finanziate con fondi pubblici e/o privati. Il lettore può infatti condividere, riprodurre, distribuire, stampare e comunicare al pubblico ogni lavoro scientifico pubblicato su *Istituzioni Diritto Economia*, con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dal diritto d'autore, in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale della Rivista, nonché dell'autore del contributo.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono sempre a titolo gratuito. Le opere pubblicate su la Rivista *Istituzioni Diritto Economia* sono attribuite dagli autori. Sono fatte salve, in ogni caso, le garanzie previste dalla disciplina vigente in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (legge n. 633/1941).

La Rivista non è soggetta alla registrazione presso il Tribunale, dal momento che tale adempimento è obbligatorio per le pubblicazioni

periodiche *online* esclusivamente per le attività per le quali i prestatori dei servizi intendano avvalersi delle provvidenze in favore dell'editoria previste dalla legge 7 marzo 2001, n. 62, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 7 del decreto legge n. 70 del 2003.

Modalità di citazione.

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli della Rivista *Istituzioni Diritto Economia*, può essere utilizzata la forma di seguito indicata: N. COGNOME, Titolo del contributo, in *Istituzioni Diritto Economia – Rivista online*, Anno I, Num. 1, 2019, p. 10 ss.

Peer review.

Salvo diversa indicazione, tutti i contributi pubblicati in questo fascicolo sono soggetti a previa valutazione secondo il metodo *double blind peer review*.

La redazione della Rivista conserva idonea documentazione di tutte le operazioni della procedura di referaggio.

Avvertenza.

Le opinioni espresse nei contributi pubblicati impegnano i soli Autori. La Direzione non assume alcuna responsabilità nemmeno per eventuali errori od omissioni nella correzione delle bozze.

INDICE

EDITORIALE

<i>Presentazione</i>	»	4
----------------------------	---	---

CONTRIBUTI E RICERCHE

DARIO LUONGO <i>Il problema della rappresentanza in Federico Persico</i>	»	9
FRANCESCA ROSETTI <i>Ispesioni, perquisizioni e sequestri In materia informatica nella prospettiva del tribunale del riesame</i>	»	83
FRANCESCA SINISCALCHI <i>La democrazia deliberativa: crisi della rappresentanza politica e tentativi di integrazione della rappresentanza elettiva</i>	»	110
PIETRO MANCINI <i>Al di là dei limiti dello Stato moderno. Appunti di filosofia giuridica. ...</i>	»	146
IVAN CUOCOLO <i>Ma le streghe possono volare? Prolegomena al congresso notturno di Girolamo Tartarotti</i>	»	163
SALVATORE ACETO DI CAPRIGLIA <i>Questione aperta in merito alla trasmissibilità dei nuovi contenuti informatici: un dialogo tra saperi giuridici</i>	»	187
ROSSELLA CISCOGNETTI <i>Privacy, micro e pmi: tra esigenze di tutela e necessità di semplificazione</i>	»	231

GIURISPRUDENZA ANNOTATA

A. A. STIGLIANO – M. CANZONERI – C. BETTINZOLI <i>Truffa contrattuale e illecito civilistico: ai confini del penalmente rilevante</i> (Nota a Corte di Cassazione – Sezione VI Penale, sentenza 22 settembre 2020, n. 28957).....	»	253
---	---	-----

RECENSIONI

- É. DE LA BOÉTIE, *Discorso Sulla Servitù Volontaria*, (a cura di)
Enrico Donaggio, Milano, Feltrinelli, 2014, pp. 125.
(a cura di PIETRO MANCINI) » 275

Editoriale



PRESENTAZIONE

Quello dello Stato è un tema che fin dalla nascita di Istituzioni, diritto, economia ha costituito la trama unificante di percorsi di ricerca pure caratterizzati in senso fortemente plurale. La riflessione sullo Stato coinvolge inevitabilmente un complesso di saperi di varia natura: giuridici, politologici, sociologici, economici, filosofici e storici. Ed è quindi tema del tutto congruo alla vocazione interdisciplinare della Rivista. In questo numero ad esso sono dedicati tre contributi.

In quello di Dario Luongo si esamina il problema della rappresentanza in Federico Persico. L'opera dell'amministrativista napoletano costituisce una plastica esemplificazione di come, a cavallo fra Otto e Novecento, il tema della rappresentanza fu oggetto di una vivace dialettica politico-ideologica. Persico, polemizzando aspramente con il modello di rappresentanza affermatosi nello Stato liberale e che egli riteneva un retaggio delle visioni atomistiche impostesi all'indomani della Rivoluzione francese, proponeva un nuovo modello di rappresentanza, imperniato sulle classi e ispirato a una forte valorizzazione del governo locale. Governo locale che era stato depauperato da quella destrutturazione del particolarismo territoriale d'Antico Regime che, secondo lo studioso, era stata uno dei frutti perversi della Rivoluzione francese. Era innegabile l'ispirazione conservatrice delle posizioni di Persico: al fondo delle sue polemiche vi era la preoccupazione che la concezione atomistica della rappresentanza che egli avversava potesse mettere capo alla nascita del suffragio universale. Ma negli scritti dell'amministrativista napoletano non mancavano intuizioni brillanti. Ad esempio, egli si mostrava pienamente consapevole del

fatto che la separazione fra Stato e società civile rappresentava un elemento costitutivo dell'ideologia giuspolitica borghese. A quella consapevolezza si accompagnava una critica alla configurazione che lo stesso diritto privato aveva assunto a causa di quella separazione.

Se uno studioso come Persico vedeva nella destrutturazione del particolarismo territoriale uno degli effetti nefasti del crollo dell'Antico Regime, la globalizzazione degli ultimi decenni ha innescato processi di deterritorializzazione di ben più vasta portata. Processi che hanno reso sempre meno rispondente ai caratteri assunti dalla statualità la classica teorizzazione che riteneva il territorio, il popolo e la sovranità gli elementi costitutivi dello Stato. Quel tema viene opportunamente affrontato nel contributo di Pietro Mancini. L'emergere, per effetto della globalizzazione, di grandi concentrazioni di potere economico-finanziario, ha messo in crisi lo Stato-nazione, creando le premesse di un enorme deficit di legittimazione democratica dei processi decisionali. Per oltre un secolo era stato nella cornice dello Stato nazionale che si era combattuta la battaglia per il conseguimento di più elevati traguardi di cittadinanza sociale. La posta in gioco, per le classi lavoratrici, era stata quella di poter ascendere alla direzione politica attraverso la conquista della maggioranza dell'elettorato. E ciò in una lunghissima fase storica in cui i meccanismi redistributivi erano stati saldamente nelle mani degli apparati statali e questi ultimi avevano potuto agire come strumenti effettivi di governo dell'economia. Negli ultimi decenni l'efficacia di quegli strumenti è stata resa sempre più evanescente dai processi di globalizzazione.

Vi è perciò una stretta connessione fra il contributo di Mancini e quello di Francesca Siniscalchi. Nel quale è posto a fuoco uno degli aspetti più rilevanti dell'attuale crisi dello Stato nazionale: la soggezione a stringenti vincoli di bilancio posti dalle organizzazioni

sovrnazionali. L’A. non manca di far cenno alla genesi dei populismi come conseguenza dell’impoverimento dei ceti medi e della crescita delle disuguaglianze: tutti fenomeni che rinviano alla crisi dei riformismi nazionali. Anche nel suo contributo l’accento cade sul nesso esistente fra i processi di dislocazione dei poteri per effetto della globalizzazione e la crescita del deficit di partecipazione democratica. Ma non si trascura di prendere in esame i tentativi di uscire da quella difficoltà attraverso nuove sperimentazioni istituzionali. Di qui l’ampia trattazione dedicata alla Citizens’ Assembly irlandese. Come si precisa nel saggio, non si tratta di ipotizzare improbabili fuoriuscite dalla democrazia rappresentativa o l’adozione di antistorici modelli di democrazia diretta, ma di sperimentare tutte le soluzioni che consentano di riattivare le dinamiche partecipative.

Tra i fattori delle trasformazioni degli ultimi decenni vi è stato il poderoso sviluppo delle tecnologie informatiche. Sviluppo che non è stato privo di effetti sul piano giuridico. Di due rilevanti ricadute dell’espansione di quelle tecnologie si occupano due contributi confluiti nel nuovo numero della Rivista. Quello di Francesca Roseti riguarda il problema delle ispezioni, delle perquisizioni e dei sequestri aventi ad oggetto i dati informatici, mentre quello di Salvatore Aceto di Capriglia tratta della successione nei dati informatici. Il primo dei saggi affronta l’impatto delle tecnologie informatiche sull’assunzione della prova. Tema della prova che, al di là dei suoi innegabili risvolti tecnici, costituisce, a ogni tornante della storia, una cartina di tornasole delle visioni complessive dell’ordine giuridico. Aceto affronta invece il problema della successione nei dati informatici su un ampio sfondo comparatistico e trae dall’esame delle più rilevanti esperienze internazionali in materia interessanti spunti de iure condendo.

Indiscutibilmente influenzata dai processi di globalizzazione e dallo sviluppo delle tecnologie informatiche è la tematica della privacy, di cui si occupa Rossella Ciscognetti. L'A. si sofferma su un particolare aspetto di quella tematica: i costi che sono tenute ad affrontare le imprese micro, piccole e medie per assicurare il rispetto del diritto alla privacy, specie alla luce del recente Regolamento europeo in materia. Si tratta di una problematica che presenta fra l'altro delicati risvolti costituzionali, essendo il diritto alla privacy senz'altro ascrivibile al novero dei diritti fondamentali.

Il saggio di Ivan Cuocolo esamina le posizioni di Girolamo Tartarotti in tema di stregoneria. Posizioni emblematiche di atteggiamenti profondamente radicati in settori consistenti della cultura dei novatores a metà Settecento. Quella cultura, da un lato, avvalendosi degli insegnamenti del pensiero della Rivoluzione scientifica e della crisi della coscienza europea, sul piano teoretico sottopose a una demolizione radicale il consensus gentium; dall'altro, per ragioni prudenziali, osservò delle cautele che le impedirono di condurre alle estreme conseguenze la critica dei pregiudizi. Per questo Tartarotti, mentre criticò in maniera netta il perseguimento delle streghe, non prese altrettanto nettamente le distanze dalla credenza nella magia. Una dialettica culturale che trova nello scritto di Cuocolo una puntuale descrizione. Coerentemente con un'impostazione seguita fin dal primo numero, gli approfondimenti storiografici occupano uno spazio centrale nella Rivista. Una storia non apologetica, ma critica degli assetti di potere e delle tradizioni culturali è una componente irrinunciabile dell'ideazione di nuovi assetti giuridico-istituzionali.

Contributi e Ricerche



DARIO LUONGO*

IL PROBLEMA DELLA RAPPRESENTANZA IN FEDERICO PERSICO

SOMMARIO: 1. L'unificazione nazionale e i compiti della scienza giuridica. - 2. Organismo e gerarchia *versus* individualismo e contrattualismo. - 3. La rilevanza strategica del governo locale. - 4. Un'unificazione «violenta» nata dallo «scimmieggiare» la Rivoluzione. - 5. Il radicamento storico-culturale degli assetti costituzionali. - 6. Un tormentato giudizio sulla Rivoluzione francese. - 7. Partiti, classi e pubblica opinione. - 8. Suffragio limitato, elezione indiretta e voto dinamico. - 9. Il fondamento dell'obbligazione politica. - 10. Gli interessi come bisogni sociali. - 11. Un nuovo sistema elettorale per la nascita di un vero bipartitismo. - 12. Sociologia e scienza del diritto pubblico. - 13. Contrastare l'avanzata del socialismo. - 14. Natura e artificio nei sistemi di voto.

1. *L'unificazione nazionale e i compiti della scienza giuridica*

La cultura giuridica meridionale si presentava all'appuntamento dell'Unità forte di una ricca elaborazione intellettuale, che affondava le sue radici in quella peculiare esperienza giuridico-istituzionale che era stata la *respublica* dei togati napoletana. Specie durante il periodo viceregnale a Napoli il vertice politico aveva teso a identificarsi *tout court* col vertice giurisdizionale. La cultura illuministica aveva rivolto critiche severe a quell'assetto dei poteri, denunciando gli arbitrî delle magistrature e mettendo in discussione l'autarchia disciplinare della *scientia juris*. Ma nell'Ottocento la più avvertita cultura giuridica aveva fortemente rivalutato la tradizione. Si era trattato di una sofisticata strategia culturale, tesa a rilanciare, contro il legicentrismo illuministico, la centralità della scienza giuridica. Emblematiche erano state al riguardo le posizioni espresse da uno dei maggiori esponenti della scienza giuridica meridionale del XIX secolo come Nicola Nicolini. Sostenendo che la Cassazione aveva avuto dei precedenti significativi nei grandi tribunali napoletani d'Antico Regime e che molte delle

* Professore ordinario di Storia del diritto medievale e moderno, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Napoli "Parthenope".

innovazioni giuridiche realizzate all'indomani della Rivoluzione francese erano state anticipate, oltre che dalla prassi delle magistrature, dai punti alti di quel riformismo settecentesco che era stato fortemente alimentato dalla cultura giuridica dei *novatores*, il penalista abruzzese aveva giustificato l'attribuzione alla scienza giuridica di compiti ben più elevati di quelli consistenti nella mera esegesi della «nuova legislazione».

Nel 1839 alla funzione svolta dal foro nella vicenda storica meridionale aveva dedicato un'approfondita riflessione il giovanissimo Giovanni Manna, che sarebbe stato di lì a poco uno degli artefici della costruzione della scienza del diritto amministrativo. La disamina di Manna era stata tutt'altro che ingenuamente apologetica. Il giurista aveva lucidamente visto nelle dimensioni esorbitanti assunte dalla presenza del ceto forense nel Mezzogiorno il segno indubbio anche di difficoltà materiali e socio-ambientali che rinviavano allo scarso dinamismo economico della società meridionale. Ma lo studioso napoletano era stato netto nel rifiuto del radicalismo antigiusprudenziale, affermando che la tradizione non poteva non costituire una componente decisiva dell'edificazione dei nuovi assetti giuridici. Per questo Manna, pur senza prendere le distanze dalle principali innovazioni prodotte dal crollo dell'Antico Regime, a cominciare dalla codificazione, aveva sostenuto che quelle trasformazioni avrebbero potuto avere esiti meno traumatici ed essere quindi, nei tempi lunghi, più incisive, se non fossero avvenute nel segno dell'imposizione dei modelli francesi. Di qui il riferimento all'Inghilterra e alla Germania, paesi le cui istituzioni amministrative si erano evolute gradualmente senza conoscere drastiche soluzioni di continuità. Ai tempi lunghi del diritto facevano da contraltare le esorbitanze della politica. Quella politica che aveva acquistato un'inedita e per Manna arbitraria centralità con la torsione volontaristica innescata dalla Rivoluzione francese. A quei giudizi si era accompagnato, non a caso, nel giurista napoletano, un sostanziale agnosticismo verso le forme di governo. Ancora nel 1860 egli rifiutava di prendere esplicitamente posizione sull'alternativa fra monarchia assoluta e monarchia rappresentativa. Atteggiamento riconducibile all'avversione per quella che giuristi analogamente critici verso i modelli giuspolitici di impronta francese chiamavano 'idolatria delle forme

politiche¹. Erano tutti elementi destinati a vivere nella riflessione di Federico Persico².

La cui *Prolusione al corso di diritto amministrativo*, tenuta nell'Università di Napoli il 21 dicembre 1861, si apriva con un'esaltazione del contributo scientifico di Manna, di cui lo studioso aveva ereditato la cattedra. Nel tracciare le linee a cui intendeva ispirare il suo insegnamento, Persico preannunciava che avrebbe riservato un'approfondita trattazione alla tematica del decentramento³, che aveva occupato un posto centrale nell'opera del suo predecessore⁴. E che all'indomani dell'unificazione nazionale era destinata ad assumere una rilevanza centrale.

La riflessione di Persico sul decentramento muoveva da un giudizio meditato sull'eredità dell'Antico Regime. Il Medioevo – notava lo studioso – era stato epoca di *self-government*. Ma quel giudizio sintetico non era la premessa di una valutazione apologetica dell'esperienza comunale. A suo avviso non erano da rimpiangere quelle «repubbliche», dominate dall'antagonismo fazionale, in cui l'unica libertà effettivamente praticata era quella di alcuni contro tutti gli altri.

¹ Su questi aspetti del rapporto della cultura giuridica napoletana del XIX secolo con la tradizione cfr. D. LUONGO, *La «nuova legislazione» e l'eredità dell'Antico Regime: percezioni storiografiche nella cultura giuridica meridionale dell'Ottocento*, in F. MASTROBERTI, G. MASIELLO (cur.), *Il "Codice per lo regno delle Due Sicilie". Elaborazione, applicazione e dimensione europea del modello codicistico borbonico*, Napoli, Editoriale scientifica, 2020, pp. 321-428. Per una recente efficace delineazione dei caratteri della cultura giuridica della Restaurazione cfr. L. LACCHÈ, *Il canone eclettico. Alla ricerca di uno strato profondo della cultura giuridica italiana dell'Ottocento*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XXXIX, 2010, pp. 153-228.

² Per una ricostruzione della vicenda biografica del giurista napoletano cfr. A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, Giuffrè, 2009, *passim*; ID., *Persico, Federico*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, diretto da I. Birocchi, E. Cortese, A. Matrone, M. N. Miletta, Bologna, Il Mulino, 2013, vol. II, pp. 1547-1548.

³ F. PERSICO, *Prolusione al corso di diritto amministrativo nella Regia Università di Napoli per l'anno 1861-62 letta addì 21 di dicembre del 1861*, Napoli, Tipografia di G. Cardamone, 1861, p. 4.

⁴ Sul problema del decentramento in Manna cfr. O. ABBAMONTE, *Potere pubblico e privata autonomia. Giovanni Manna e la scienza amministrativa nel Mezzogiorno*, Napoli, Jovene, 1991, pp. 165-197.

I comuni, con la nascita dello Stato moderno, erano diventati poi uno strumento nelle mani dei sovrani contro l'aristocrazia feudale⁵. Al riguardo, era netta la critica che Persico rivolgeva al particolarismo feudale e al pluralismo giurisdizionale d'Antico Regime. A fronte di quella frammentazione potestativa stava l'accentramento portato avanti dai sovrani d'Antico Regime, di cui lo studioso non taceva il carattere progressivo⁶. Egli coglieva esattamente il rapporto che vi era fra individualismo e assolutismo⁷. Era stato il potere centrale a condurre un'energica azione tesa ad affrancare l'individuo da ogni vincolo di dipendenza personale, realizzando quel «valore astratto della personalità umana» che il Rinascimento aveva affermato con forza. In proposito Persico evocava in maniera del tutto appropriata la 'legge regia necessaria' di Vico, autore che aveva visto nella monarchia una forza tesa a spezzare le cristallizzazioni attuali. Ma il giurista teneva a sottolineare che anche «nelle [...] società presenti [...] la democrazia non» aveva «altra forma vera e durabile per costituirsi [...] fuori della monarchia». La quale non era che la «democrazia concentrata in un capo»⁸.

Non era negativo il giudizio che qui Persico esprimeva su quelle che erano state le principali innovazioni giuridiche seguite alla Rivoluzione francese: dalla nascita di «un Codice di leggi uniforme», che aveva segnato il superamento del farraginoso coacervo di fonti che aveva caratterizzato l'Antico Regime, alla razionalizzazione del sistema fiscale all'accentramento giurisdizionale, che aveva messo capo alla creazione della Corte di Cassazione come «cervello regolatore» delle «membra» giudiziarie⁹. In proposito è da notare che, se da un lato Persico, a differenza di un Nicolini, coglieva l'assoluta novità della Cassazione senza vedere nei tribunali supremi italiani d'Antico Regime un suo

⁵ PERSICO, *Prolusione*, cit., p. 9.

⁶ Ivi, pp. 14-15.

⁷ Nesso sottolineato da R. SCHNUR, *Individualismo e assolutismo. Aspetti della teoria politica europea prima di Thomas Hobbes (1600-1640)*, Milano, Giuffrè, 1979.

⁸ PERSICO, *Prolusione*, cit., p. 10. Sulla 'legge regia necessaria' in Vico cfr. D. LUONGO, *Consensus gentium. Criteri di legittimazione dell'ordine giuridico moderno*, vol. II, *Verso il fondamento sociale del diritto*, Napoli, Arte tipografica editrice, 2008, pp. 989-991.

⁹ PERSICO, *Prolusione*, cit., pp. 15-16.

precorrimento, dall'altro, a differenza di un Carcano, non rifiutava la Suprema Corte in quanto prodotto del radicalismo rivoluzionario¹⁰.

Ma già nel 1861 Persico non mancava di avvertire i guasti prodotti dalla centralizzazione. Questa, a suo avviso, era stata causa di un'esiziale separazione della vita politica da quella sociale. Le classi di cui si componeva la società, «per la eguaglianza astratta» che costituiva «il principio delle società continentali», erano state «quasi [...] disciolte [...] negli atomi individuali». Perciò, «nonostante le forme libere e costituzionali» degli assetti politici, la forza finiva per essere il principio di coesione delle parti¹¹.

A fronte delle esperienze continentali stava quella della «prospera Inghilterra», che non aveva conosciuto quel «duro accentramento» ed era caratterizzata dalla convivenza dei «vari elementi dello Stato» in un «accordo» che molti ritenevano perfetto. Persico considerava la forma di governo inglese un'incarnazione del modello del governo misto. Ma nel suo richiamo alla costituzione inglese l'accento non cadeva solo sugli assetti statuali in senso stretto. Decisiva era, a suo avviso, l'esistenza, in Inghilterra, di una robusta opinione pubblica e di un diritto che non si risolveva nella legge del sovrano. In quel quadro avevano ottenuto «un modo di vita e di soddisfazione [...] la Chiesa, il commercio, le arti, tutti gli ordini in somma e tutti i bisogni». Ma Persico si rifiutava di chiamare quell'accordo «equilibrio dei poteri». Espressione il cui impiego avrebbe implicato l'applicazione agli Stati di «una formola prettamente meccanica»¹². Solo qualche anno dopo Giovanni Carcano, nel criticare quella meccanica costituzionale, avrebbe parlato di «bilancia politica»¹³.

¹⁰ La tesi secondo cui i tribunali supremi italiani d'Antico Regime avevano percorso la Cassazione era in N. NICOLINI, *Le quistioni di dritto, Parte prima*, Napoli, Nicola Jovene e C. Pedone Lauriel, 1870, p. 3. Quella tesi era stata criticata da P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, vol. I, *Storia e legislazioni*, Milano-Torino-Roma, Fratelli Bocca Editori, 1920, pp. 237-240. Sulla polemica di Carcano contro la Cassazione cfr. D. LUONGO, *Per l'edificazione di una giurisprudenza nazionale: Giovanni Carcano e la magistratura italiana all'indomani dell'Unità*, in *Iurisdictio*, n. 0/2019, pp. 50-114.

¹¹ PERSICO, *Prolusione*, cit., pp. 17-18.

¹² Ivi, pp. 5-7.

¹³ G. CARCANO, *Sul quesito: Cassazione o Terza istanza?*, Milano, Stabilimento Redaelli, 1866, p. 60.

In quelle affermazioni erano *in nuce* molte delle premesse delle successive elaborazioni di Persico. Elaborazioni che lo avrebbero portato a esprimere giudizi molto critici sugli assetti istituzionali dello Stato italiano. Ma, all'indomani dell'unificazione, egli sembrava animato da una forte fiducia nella possibilità che l'Italia imboccasse un percorso virtuoso. Infatti, avvertiva che «l'imitazione estrinseca e la materiale importazione di qualche istituzione inglese, ovvero un arbitrario e teoretico discentramento», sarebbero stati «opera vana e funesta». Temperare l'accentramento non voleva dire introdurre il *self-government*. Se la «severità» del principio dell'accentramento andava mitigata, bisognava nel contempo ribadire la necessità che tutti potessero contare sull'esistenza di discipline uniformi, ossia non dipendenti dalle differenze di luogo, di cultura e di classe¹⁴. E, pure «fra i travagli dell'agitata [...] vita nazionale italiana», non era giustificato alcun rimpianto per l'Antico Regime né era legittima alcuna invidia per l'Inghilterra. Se il governo inglese era «stabile, e la nazione concorde», gli Italiani avevano dalla loro «il riso della gioventù e la speranza di un più vasto avvenire»¹⁵.

2. *Organismo e gerarchia* versus *individualismo e contrattualismo*

Nel 1866 vedeva la luce la prima edizione dei *Principii di diritto amministrativo*. Lo scritto si apriva con un'aspra critica del contrattualismo rousseauiano, che, secondo Persico, in Francia aveva finito per diventare un «catechismo politico». Della dottrina di Rousseau lo studioso napoletano censurava in primo luogo l'assolutizzazione della volontà. Ponendo quest'ultima a fondamento del diritto, le istituzioni diventavano un mero prodotto dell'arbitrio. Quella teorica avrebbe potuto prestarsi alla giustificazione di qualsiasi tirannide, purché questa fosse «il risultato di una volontà collettiva». Facendola propria, infatti, il fine dello Stato variava col variare dei «sentimenti della maggioranza». La legge cessava di essere «espressione di un'idea giuridica», riducendosi alla «determinazione di una verità imperante».

¹⁴ PERSICO, *Prolusione*, cit., pp. 18-19.

¹⁵ Ivi, p. 13.

È significativo che fra le più gravi conseguenze dell'adozione di quel punto di vista Persico ponesse la crisi della scienza giuridica. Se tutto era prodotto dell'«arbitrio sovrano», non vi erano più «idee e principî» da «invocare». Il compito del giurista si riduceva alla spiegazione del «volere» della legge, alla conciliazione delle antinomie e alla ricerca della volontà del legislatore nei casi omessi. Allo studioso del diritto pubblico e privato non restava che «da più esterna esegesi». Contro il legicentrismo illuministico Persico esaltava invece i meriti della Scuola storica, che, lungi dal ritenere le istituzioni «una creazione riflessa e arbitraria» dei legislatori, le aveva collegate ai costumi, alle tradizioni e a tutte le altre condizioni sociali di un popolo¹⁶.

Di seguito il giurista napoletano approfondiva la sua critica alle teoriche giusnaturalistiche, a cominciare dalla presupposizione dell'esistenza di uno stato di natura. Assodato che l'uomo era per natura socievole, puntualizzava che la socievolezza andava fondata su basi solide. Tali non erano quelle di chi sosteneva che l'uomo aveva istinti che lo portavano ad associarsi, che solo nella società poteva sviluppare al meglio le sue potenzialità e che vivendo isolato sarebbe stato esposto a danni irreparabili. Il limite di quelle argomentazioni – scriveva – era che facevano della società un prodotto della volontà umana¹⁷. Persico non citava Pufendorf, ma gli argomenti richiamati erano, in larga misura, quelli che il filosofo sassone aveva posto a fondamento della *socialitas*¹⁸.

L'autore dei *Principii* teneva comunque a sottolineare che nel XIX secolo, pur superata la teorica del contratto sociale, le concezioni del pubblico potere, delle forme politiche e della rappresentanza avevano continuato a muovere «dall'astratta e infeconda idea dell'individuo». La dottrina dell'«atomismo» aveva continuato a fare del caso e dell'arbitrio i «signori della storia e delle società civili». Invece, secondo Persico, per

¹⁶ F. PERSICO, *Principii di diritto amministrativo*, Napoli, Riccardo Marghieri di Gius., 1890, vol. I, prefazione, pp. 5-8. Sulla portata strategica degli enunciati anti-individualistici di Persico cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986, *passim*. Per una recente messa a punto sulla questione dell'organicismo nella riflessione giuspolitica cfr. P. ALVAZZI DEL FRATE, *Individuo e comunità. Considerazioni storico-giuridiche sull'individualismo*, Torino, Giappichelli, 2020.

¹⁷ PERSICO, *Principii*, cit., vol. I, preliminari, cap. I, pp. 15-17.

¹⁸ Sul punto cfr. LUONGO, *Consensus gentium*, vol. II, cit., pp. 651-674.

società doveva intendersi «ogni comunione organica di esseri che» tendevano a realizzare «un unico fine». La natura umana non andava confusa con l'individuo. Il genere umano aveva infatti una natura organica e un fine ragionevole da perseguire. Pertanto, lo Stato non era riducibile a un meccanismo. Esso era «un tutto organico sotto forma di *personalità*». Ma lo Stato – puntualizzava Persico – era persona in quanto organismo. Di qui la critica che lo studioso muoveva a Hobbes per averlo considerato una persona astratta, ritenendo persone reali i soli individui¹⁹.

Organismo e gerarchia erano strettamente connessi. Se la società era naturale, ne derivava che era «razionale» e «necessario [...] un ordine gerarchico di superiori ed inferiori». La sovranità non era pertanto «un fatto arbitrario [...], ma pertinente alla nozione stessa di società». D'altro canto, il principio di uguaglianza in sé era «inorganico e insufficiente a costituire un vero ordine vivente». La sovranità era imperniata sul «dritto proprio e maggiore dei migliori di natura». Concezione, come si vedrà, puntualmente richiamata più tardi da Persico nel suo scritto sulla rappresentanza. Lo studioso concludeva così che il diritto pubblico era «fondato sulle inegualità ordinate degli uomini».

Da quelle premesse scaturiva la sua critica contestuale delle teoriche del diritto divino e della sovranità popolare. La prima restringeva la sovranità in un individuo o in una famiglia. Da essa scaturivano un «falso *legittimismo* e la tirannica dottrina della obbedienza passiva ad ogni costo». Persico scriveva che il pensiero di Rousseau era stato una reazione naturale alla dottrina del diritto divino dei re. Ma la dottrina della sovranità popolare non aveva fatto che sostituire a uno o a pochi la massa degli individui. In tal modo aveva affermato l'uguaglianza, ma aveva nel contempo distrutto l'essenza della sovranità. Quella dottrina implicava infatti la possibilità, per il popolo, di modificare continuamente gli assetti costituzionali²⁰. Come ha sottolineato Maurizio Fioravanti, l'instabilità a cui erano esposti gli equilibri istituzionali fu uno degli assi portanti delle critiche rivolte alle teorie giuspolitiche della Rivoluzione, specie nella loro torsione volontaristica

¹⁹ PERSICO, *Principii*, cit., vol. I, preliminari, cap. I, pp. 17-22.

²⁰ Ivi, vol. I, preliminari, cap. I, pp. 28-30.

di matrice giacobina, dagli esponenti di quello che lo studioso ha chiamato ‘modello statualistico’²¹.

Ed era nell’esprimere una netta opzione per il governo misto, fra l’altro con un esplicito richiamo a Polibio, che Persico esaltava la «costituzione inglese», caratterizzata dalla «temperanza [...] tra l’elemento monarchico, aristocratico e popolare». La storia di quel paese mostrava come le lotte che vi avevano avuto per protagonisti i vari «ordini sociali» si fossero mantenute entro limiti tali che nessuno di quegli ordini era mai giunto ad abbattere del tutto l’altro. L’accento cadeva sulla spontaneità e sulla gradualità dell’evoluzione della costituzione inglese. Ossia, per dirla con una terminologia molto congeniale a Persico, sull’assenza di ogni elemento di arbitrio nella determinazione degli assetti costituzionali di quel popolo.

Ma lo studioso napoletano teneva soprattutto a sottolineare che la «prosperità politica» dell’Inghilterra e l’«armonia» del suo governo non derivavano solo dall’adozione del principio rappresentativo e dei connessi meccanismi elettorali. Anzi, secondo Persico, ritenere che fossero soddisfatte «tutte le condizioni di prosperità e di libertà in un popolo [...] soltanto col costituire meccanicamente un potere elettorale e un sistema rappresentativo» era un «errore superficiale». Errore che nasceva dal dottrinarismo che concepiva lo Stato come una «macchina da far giocare con finzioni, puntelli e ruote d’ingegnosa creazione».

Così il cerchio si chiudeva: l’enfasi posta sulle elezioni e sui connessi congegni rappresentativi era riconducibile a quelle concezioni meccanicistiche che Persico considerava espressione di artificio e di sofisticazione. D’altro canto, come egli teneva a precisare, elezioni e rappresentanze politiche erano solo una delle componenti del «sistema di governo inglese», di cui erano componenti altrettanto essenziali l’autonomia amministrativa e locale e le libertà individuali. Quel sistema di governo era «il risultato complesso, storico ed organico, non forzato, riflesso, fattizio e meccanico» di quegli «elementi fondamentali»²². Storico e organico *versus* meccanico e artificiale: quella contrapposizione costituiva la stella polare della lettura comparativa che Persico conduceva degli assetti costituzionali.

²¹ M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, vol. I, *Le libertà: presupposti culturali e modelli storici*, Torino, Giappichelli, 1991, *passim*.

²² PERSICO, *Principii*, cit., vol. I, preliminari, cap. II, pp. 37-39.

Di seguito lo studioso corroborava la sua polemica contro il volontarismo puntualizzando che il popolo non era una massa indistinta e astratta di individui, ma un «insieme vivente» accomunato da «origine, [...] razza, [...], sentimenti, [...] interessi e [...] attitudini». Ma perché quella comunanza fosse all'origine di uno Stato era necessario anche il territorio. Di qui la polemica con chi identificava popolo e Stato, «trascurando l'essenziale elemento storico e naturale di un territorio abitato e coltivato stabilmente». Al riguardo Persico evocava il rapporto fra corpo e spirito, scrivendo che la natura era «assai più vasta e possente» di quanto non ritenessero «certi spiritualisti». Quanto fosse condizionante la geografia sulla «sorte» di una nazione – notava peraltro lo studioso napoletano – era stato «avvertito profondamente da Carlo Ritter»²³.

L'enfasi posta sul territorio era la premessa di una netta polemica contro quell'artificiosa riduzione dello Stato a uno spazio giuridico uniforme che era un retaggio della Rivoluzione francese. Persico sviluppava qui spunti contenuti già nella *Prolusione*. Ma nei *Principii* si avvertivano accenti maggiormente critici verso il processo di centralizzazione. Nel rammentare che il particolarismo feudale era stato caratterizzato da una stretta connessione fra divisioni territoriali e differenze istituzionali, il giurista napoletano definiva «continui», ma «quasi sempre avventurati» i tentativi messi in atto dalle monarchie d'Antico Regime per «condurre il popolo a unità di Stato»²⁴. Che gli sforzi condotti dal potere sovrano nell'*Ancien Régime* per realizzare l'accentramento fossero stati contrassegnati da un elevato tasso di empirismo era giudizio in cui apparivano evidenti gli echi toquevilliani²⁵. Ed era stato solo con la Rivoluzione – scriveva Persico – che un «accentramento enorme dell'amministrazione pubblica» aveva spento «ogni vita locale», giacché, come aveva avvertito il deputato Thouret, la divisione di un grande Stato aveva in sé una valenza eminentemente costituzionale²⁶.

²³ Ivi, vol. I, parte I, sez. II, cap. I, pp. 229-232.

²⁴ Ivi, vol. I, parte I, sez. II, cap. I, p. 234.

²⁵ A. DE TOCQUEVILLE, *L'Antico Regime e la Rivoluzione*, lib. II, cap. V, in ID., *Scritti politici*, a cura di N. Matteucci, vol. II, Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1969, pp. 660-661.

²⁶ PERSICO, *Principii*, cit., vol. I, parte I, sez. II, cap. I, pp. 235-236.

3. *La rilevanza strategica del governo locale*

Nel trattare dell'esperienza giuridico-istituzionale d'Antico Regime Persico poneva invece l'accento sul fatto che giurisdizioni e privilegi di cui avevano goduto province e città avevano costituito un limite indubbio per il potere sovrano. Era quella la forma assunta dalla libertà politica e civile nell'epoca che presentava «il più compiuto *self-government*», ossia il Medioevo (espressione che, analogamente ad altri teorici ottocenteschi, Persico usava in un'accezione comprensiva dell'intero Antico Regime).

Con accenti anche qui tocquevilliani il giurista sottolineava la continuità esistente fra l'azione accentratrice perseguita dalla monarchia durante l'Antico Regime e quella condotta dai protagonisti della Rivoluzione francese²⁷. Rivoluzione a cui Persico rivolgeva una critica radicale. Il principio di uguaglianza, che costituiva «una verità santissima nel mondo morale», trasferito nell'ambito giuridico, aveva «rotto ogni organica relazione sociale, e sgranellato le nazioni in molecole individuali, e in persone fittizie ed artificiali». In quell'accentramento che la Rivoluzione aveva condotto alle estreme conseguenze Persico vedeva certo un lato positivo, la nascita dello Stato nazionale, ma anche e soprattutto un lato negativo, «il predominio eccessivo del governo centrale»²⁸.

Il contraltare era rappresentato dall'Inghilterra, che aveva conservato la libertà grazie alla «sua secolare e storica divisione, benchè irregolarissima e disforme di contee, di parrocchie e di borghi»²⁹. Entità che non erano «in connessione tra loro e pochissimo in relazione gerarchica col governo centrale». Della suddivisione territoriale dell'Inghilterra Persico apprezzava in primo luogo il fatto di essere il frutto della storia. Radicamento nella storia che era in sé una garanzia contro l'arbitrio.

Ma il giurista teneva soprattutto a precisare che non era l'elettività il carattere precipuo del *self-government* inglese. Il cui organo più importante era il giudice di pace, che era anche il più «contrario a' costumi del continente». Era nominato dal re. Aveva fra le sue

²⁷ Ivi, vol. I, parte I, sez. II, cap. II, p. 238.

²⁸ Ivi, vol. I, parte I, sez. II, cap. II, pp. 239-240.

²⁹ Ivi, vol. I, parte I, sez. II, cap. I, p. 236.

attribuzioni quella di deliberare sulle imposte a cui era assoggettata la contea «senza assemblea e voti di contribuenti». Se le elezioni erano «la fonte delle autorità municipali», non erano invece operanti meccanismi elettorali nella contea, dove, tranne quello di *coroner*, tutti gli uffici maggiori erano di nomina regia, e nella parrocchia, dove tutti i contribuenti avevano «diretta e democratica partecipazione» attraverso la *vestry*³⁰.

Evidentemente, per Persico, la partecipazione di chi era contribuente e quindi proprietario costituiva una garanzia sufficiente di democraticità. Egli non aveva infatti difficoltà a scrivere che il principio fondamentale del *self-government* inglese (che egli qui mostrava senz'altro di apprezzare) era quello secondo cui l'amministrazione andava attribuita a chi ne aveva interesse e diritto: condizioni garantite dalla «dimora nel luogo e soprattutto dal censo». Era il censo, infatti, a conferire «soprattutto ed esclusivamente il diritto e le possibilità di dirigere l'amministrazione locale»³¹.

L'esplicito apprezzamento per il *self-government* inglese rendeva tuttavia ineludibile un interrogativo: quel sistema, che affondava le sue radici in un'epoca dominata dalla feudalità, in quale rapporto era con le dinamiche economiche e sociali che avevano portato alla progressiva affermazione della borghesia? Persico non mancava di sottolineare che in Inghilterra sembrava vivere l'eredità dell'Antico Regime. Ad esempio, le antiche province della Francia assomigliavano più alle contee inglesi che agli odierni dipartimenti francesi, «vere frazioni artificiali volute da un legislatore». Le città d'Antico Regime erano poi molto simili ai «*borghi incorporati inglesi*»³².

Ma di seguito lo studioso puntualizzava che per molti versi «il privilegio odioso di alcune classi e la rozzezza degli ordini civili dei mezzi tempi» erano cessati «assai prima in Inghilterra che altrove». La borghesia da tempo ricopriva cariche pubbliche in quel paese. E tuttavia «l'aristocrazia di natali e territoriale» non vi era stata «atterrata violentemente» né si era «corrotta e annullata da sè come altrove». In Inghilterra il Medioevo era «andato tramontando a poco a poco». Il progresso non aveva avuto bisogno di rivoluzioni. Il censo non era

³⁰ Ivi, vol. I, parte I, sez. II, cap. II, pp. 240-244.

³¹ Ivi, vol. I, parte I, sez. II, cap. II, p. 249.

³² Ivi, vol. I, parte I, sez. II, cap. II, p. 241.

infatti dei soli aristocratici. E il principio dell'amministrazione inglese era non l'aristocrazia, ma la proprietà³³.

In quella disamina storica Persico esponeva i capisaldi di una teoria della rappresentanza le cui linee essenziali erano già accennate nella *Prolusione*. Egli criticava in maniera netta il punto di vista secondo cui l'«intervento del popolo nel reggimento dello Stato» era un diritto assoluto. Al contrario, quell'intervento non poteva consistere che «nell'organica partecipazione di una forza e di un elemento sociale alla vita dell'insieme». Secondo il punto di vista criticato tutto ciò che non proveniva dal popolo era «un potere ostile e senza ragione di essere». Ma quella posizione era in contrasto con l'idea stessa di rappresentanza perché conduceva al «governo immediato di tutti». Infatti, si sosteneva che la rappresentanza era stata introdotta negli Stati grandi e popolosi per rimediare alle difficoltà del 'governo diretto'. Il sistema elettorale che scaturiva da quella dottrina era il suffragio universale.

Laddove invece il suffragio era limitato secondo criteri censitari e professionali la capacità elettorale era presunta sulla base della proprietà e delle qualità del cittadino. Ma, a prescindere dalla difficoltà di definire quelle qualità, Persico riteneva anche quei sistemi elettorali viziati dal fatto di porre la volontà popolare a fondamento della rappresentanza. L'unica differenza era che, invece che della volontà popolare considerata in assoluto, si teneva conto della volontà capace. In entrambi i casi quello che si rappresentava «astrattamente sia nel Parlamento, che nelle località» era «sempre il popolo e la sua volontà in generale».

Persico riteneva inorganiche tutte quelle concezioni della rappresentanza. In Inghilterra, invece, il cui diritto lo studioso

³³ Ivi, vol. I, parte I, sez. II, cap. II, p. 250. Diverso il giudizio di un autore pure molto vicino a Persico come Ahrens, che non aveva mancato di rivolgere alcune critiche al *self-government* inglese, scrivendo che questo, avendo riposato per molto tempo sull'aristocrazia (nobiltà e *gentry*), si era reso responsabile di abusi al pari di «ogni sistema politico esclusivo». Era stato a causa del *self-government* che il popolo non si era potuto educare all'esercizio delle funzioni amministrative e che la borghesia, anche dopo che «il sistema tradizionale era stato intaccato dalla nascita di nuove istituzioni amministrative» (in materia di sanità, di pauperismo e di polizia di sicurezza), non si era mostrata molto incline all'esercizio di quelle funzioni. Cfr. E. AHRENS, *Corso di diritto naturale o di filosofia del diritto*, vol. II, Napoli, Presso Giuseppe Marghieri Editore, 1872, § 129, p. 446.

apprezzava perché, al pari di quello romano, non formulava teorie, ma si sviluppava «con un senso di verità e di giustizia», la rappresentanza non poggiava né sulla volontà popolare né sulle capacità, ma sugli interessi. Lo stesso censo, infatti, a differenza di quanto ritenevano «alcuni politici del continente», non era presunzione di capacità, ma misura dell'interesse. Pertanto, la contea non era meno libera per il fatto che la nomina della sua autorità più importante era effettuata dal re. A rendere rappresentativo il sistema istituzionale della contea, dove pure sembrava che mancasse ogni rappresentanza, era il fatto che i giudici di pace erano scelti fra i maggiori proprietari. In Inghilterra il sistema rappresentativo, lungi dall'essere una teoria o un puro meccanismo, era espressione naturale di forze e interessi sociali. Peraltro, dal fatto che ricoprendo una carica si rappresentavano i propri interessi scaturiva la gratuità dei maggiori uffici: gratuità che era, a sua volta, garanzia d'indipendenza.

Nei *Principii* Persico si diceva realisticamente consapevole del fatto che non era possibile trapiantare nel continente le istituzioni locali inglesi³⁴. Era tuttavia possibile introdurre qualche correttivo. Egli auspicava pertanto che a disciplinare le elezioni comunali e provinciali intervenisse una legge elettorale che prevedesse alcune condizioni di dimora e di censo. Il giurista poneva infatti l'accento sulla rilevanza strategica delle rappresentanze comunali e provinciali. L'organizzazione dei comuni e delle province non era «una faccenda di mera amministrazione», ma atteneva «alla costituzione politica degli Stati». Tutte le rappresentanze dovevano infatti provenire da un

³⁴ PERSICO, *Principii*, cit., vol. I, parte I, sez. II, cap. II, pp. 253-258. Sull'inadattabilità delle istituzioni d'Oltremarica ai paesi dell'Europa continentale Persico ritornava in un intervento del 1898 sul giuri inglese. In esso, a proposito delle critiche che il giuri incontrava in Italia e delle richieste di abolizione formulate anche da procuratori generali, scriveva che anche il sistema parlamentare inglese, trapiantato nel continente e specialmente in Francia, era oggetto di aspre critiche. L'accento cadeva sulle peculiarità degli ordinamenti inglesi, a cominciare dai giudici di pace, che, «stabiliti da oltre cinque secoli, sparsi per tutto il territorio», avevano «un ufficio gratuito». Inoltre, lo studioso richiamava l'attenzione sulla mancanza dei codici, sulla mancata distinzione fra diritto pubblico e privato, sulla sottoposizione dello stesso sovrano al *common law* e sul vincolo del precedente. Di qui la difficoltà di trapiantare nell'Europa continentale il *self-government*. Cfr. F. PERSICO, *Il giuri inglese*, in *Società reale di Napoli. Rendiconto delle tornate e dei lavori dell'Accademia di scienze morali e politiche*, anno XXXVII, Napoli, Tipografia della R. Università, 1898, pp. 148-153.

«popolo concreto, e socialmente organato, e non da una numerosa e astratta moltitudine». E perché le rappresentanze politiche «potessero [...] effettivamente [...] manifestare i voti sociali» dovevano innestarsi su quelle locali. Ancora una volta l'esempio proveniva dall'Inghilterra, dove la Camera bassa era composta dai deputati delle contee, dei borghi e delle università. In tal modo quelle «minori associazioni» non erano «escluse dal governo politico»³⁵.

Coerentemente col punto di vista generale secondo cui la rappresentanza andava calibrata sugli interessi, Persico scriveva che, nel decidere quale sistema elettorale adottare per la provincia, bisognava chiedersi quali interessi questa era chiamata a tutelare. Ebbene, secondo lo studioso, gli interessi affidati alle cure dell'amministrazione provinciale avevano «un'indole reale anzi che personale»: erano «quelli dell'agricoltura, della pastorizia e della grande industria in generale». Perciò, legittimi rappresentanti della provincia erano i suoi «proprietari», i suoi «fittaiuoli» e i suoi «grandi industriali». A chi era chiamato a «vigilare alla prosperità dell'agricoltura e della grande industria provinciale» era richiesto il possesso del censo immobiliare. Persico proponeva pertanto che la rappresentanza provinciale fosse imperniata «sul principio della proprietà territoriale in genere». A conferma di quel punto di vista adduceva due altri argomenti. In Inghilterra il censo richiesto per ricoprire la carica di giudice di pace era quello immobiliare. Inoltre, numerose legislazioni prevedevano che le imposte provinciali fossero sovrattasse sull'imposta fondiaria: il che si spiegava col fatto che l'organizzazione della provincia poggiava sulla terra. Per contro, «è della più aperta ingiustizia che un mediconzolo o un avvocato aggravi il tributo delle terre che non possiede, e per opere della cui utilità egli non può essere sì buon giudice come il fittaiuolo o il proprietario»³⁶.

Del comune Persico scriveva che era la parte più importante e più intricata della pubblica amministrazione. Primo nucleo dello Stato, viveva di vita propria ancor prima che sorgesse lo Stato. Ed era impossibile la «libertà politica generale [...] senza un libero ed organico ordinamento del comune». Perciò, nella lettura di Persico la vicenda dei comuni francesi assurgeva a paradigma delle modalità con cui si era

³⁵ PERSICO, *Principii*, cit., vol. I, parte I, sez. II, cap. II, pp. 259-265.

³⁶ Ivi, vol. I, parte I, sez. II, cap. III, pp. 279-282.

sviluppato l'accentramento nel grande paese d'Oltralpe. La monarchia francese – scriveva il giurista – si servì dei comuni e delle «nuove forze sociali» in essi emerse «per dilatare la sua azione e abbattere le potestà rivali». La vita dei comuni finì così per essere «quasi» sequestrata da quella dello Stato. All'indomani della Rivoluzione agirono poi due tendenze in apparenza opposte, ma che in realtà cospirarono entrambe a distruggere l'essenza della vita comunale: «la democratica del suffragio universale, e l'imperialista della burocrazia». Con l'abolizione dei privilegi e delle corporazioni «si mostrò come potere unico [...] la massa nazionale». La «sorgente della potestà nello Stato» divenne il voto di tutti, fatta salva qualche modesta limitazione di censo, peraltro invisibile ai democratici più conseguenti. L'assoluta uguaglianza perseguita dagli artefici della Rivoluzione fece poi venire meno ogni distinzione fra comune e comune. Concentratasi la vita politica nella rappresentanza nazionale, i municipi divennero «mere *località*». Il regime consolare e quello imperiale furono ispirati da una visione non dissimile. Il comune da frazione di una massa, quale era stato all'indomani della Rivoluzione, divenne frazione del governo e della macchina amministrativa. Il sistema uscito dalla Rivoluzione e quello napoleonico furono accomunati dall'errore di impennare la vita dello Stato su «un centro artificiale ed inorganico».

L'assetto attuale dei comuni, con la sola eccezione dell'Inghilterra e degli Stati Uniti, era derivato da una transazione fra il principio «popolare» e quello «imperialista», che avevano trovato una mediazione «dopo essersi disputato aspramente il governo delle società moderne». Il suffragio universale si era unito all'ingerenza governativa, di cui erano espressione la nomina dei capi dei comuni, il potere di sospendere e sciogliere i municipi e il bando dato a ogni partecipazione di questi ultimi alla vita politica dello Stato. Secondo Persico si trattava di un sistema «più sincretico che organico». Infatti, specie in Francia, «dove [...] l'impero del voto popolare» si era unito «al maggiore accentramento e alla maggiore ingerenza governativa», il «cozzo» fra i due principi era stato «continuo»³⁷. Invece, secondo lo studioso, era

³⁷ Ivi, vol. I, parte I, sez. II, cap. VIII, pp. 313-320. Sul potere di scioglimento dei consigli comunali Persico ritornava in uno scritto del 1909. In esso lo studioso sottolineava che la facoltà del potere esecutivo di sciogliere i consigli comunali era prevista, oltre che dalla legislazione italiana, da quelle francese e spagnola, ma era

dall'idea del comune che bisognava «derivare la sua interna costituzione». Esso era, a suo avviso, una «società naturale» come la famiglia e lo Stato. Questo riteneva il comune «un suo prodotto da poter ampliare o distruggere a piacimento». Ma la verità era che il comune – ribadiva Persico – aveva «preceduto nella storica evoluzione lo Stato».

L'attenzione dello studioso cadeva quindi sulla Rivoluzione francese. Egli riteneva senza dubbio un effetto positivo della Rivoluzione l'abolizione dei privilegi, delle «pastroie» che paralizzavano le «arti» e l'«industria» e del monopolio ereditario del potere. Invece era stata senz'altro un male la pretesa d'imporre «un'astratta [...] eguaglianza di tutti gli stati e di tutti gli individui» e una «falsa ed inorganica democrazia». Astratta parificazione degli uomini che sarebbe stata sempre in palese contraddizione col «sentimento» e con la «storia». Secondo Persico l'uguaglianza civile e politica non poteva essere infatti che «virtuale». Al contrario, dall'aver avuto la pretesa d'imporre un'«eguaglianza attuale ed amorfa» e dall'aver fatto del numero il «criterio del governo degli Stati» era derivato che la vita locale era stata costretta a «soggiacere alle prepotenze dello Stato». Ma dall'«annullamento» del comune non era certamente derivata una «maggiore ricchezza e libertà dello Stato», essendo anche questo «costituito in modo meccanico e inorganico».

Bisognava invece fare in modo che i comuni potessero vivere la loro «organata libertà» in conformità alla loro essenza. Il che presupponeva innanzitutto una distinzione fra comuni urbani e rurali. Distinzione che doveva essere imperniata sulle attività economiche prevalenti e quindi sul tipo di proprietà prevalente in un dato territorio. Mentre l'agricoltura e la pastorizia erano condizionate dalla proprietà fondiaria,

ignota a «nazioni civili» come la Germania, l'Austria, l'Inghilterra, gli Stati Uniti e lo stesso Belgio, che pure aveva ispirato l'ordinamento italiano delle autonomie locali. Persico riconosceva un qualche fondamento all'esigenza che vi era stata, al momento dell'unificazione, di amalgamare realtà che presentavano caratteri molto diversi. Ma riteneva attualmente insussistenti i paventati rischi che l'ordine pubblico avrebbe corso sopprimendo il potere di scioglimento. Peraltro – notava – la nozione di ordine pubblico era «qualcosa di relativo, di elastico e di oscuro», che sfuggiva alla «determinazione». Cfr. F. PERSICO, *Lo scioglimento dei consigli comunali*, in *Atti della Reale Accademia delle scienze morali e politiche*, vol. XXXVIII, Napoli, Tipografia della R. Università, 1909, pp. 350-353.

artigianato, industria e commercio lo erano dalla proprietà mobiliare. Pertanto, i comuni rurali avevano interessi maggiormente affini a quelli della provincia. Proprietari e coloni residenti in quei territori erano i loro «soli e naturali amministratori, perchè direttamente interessati all'economia e alla prosperità delle campagne». Alla luce di quelle considerazioni, secondo Persico, era conforme alla «costituzione organica» del comune rurale affidarne l'amministrazione a tutti i proprietari e coloni. Ispirandosi al modello della parrocchia inglese, il giurista scriveva che la semplicità e uniformità di vita che erano proprie del borgo rurale consentivano la «diretta partecipazione di tutti gl'interessati ai negozj comuni», ossia si accordavano con quello che egli non aveva esitazione a definire «un organismo eminentemente democratico»³⁸. Persico non sembrava qui concepire altra democrazia che non fosse quella basata sul censo. Fatta salva un'uguaglianza che non poteva essere se non meramente virtuale.

Più varia era la vita dei comuni urbani, caratterizzata da una molteplicità di interessi e di classi sociali. Non si poteva negare, infatti, che era nelle maggiori città che germogliavano «i semi della civiltà generale». Perciò, se la semplicità della vita dei borghi consentiva che le loro scarse esigenze fossero soddisfatte da un'assemblea generale dei proprietari e dei coloni, la molteplicità degli interessi e la diversità delle professioni, dei costumi e dei bisogni cittadini non permettevano «un così semplice ordinamento». Anche a tal proposito Persico ribadiva tuttavia di ritenere «del tutto estrinseco» e insoddisfacente il motivo addotto da alcuni «politici» per spiegare l'introduzione del «sistema rappresentativo», ossia l'impossibilità di riunire i cittadini, il cui numero era cresciuto rispetto all'antichità. Facendo proprio quel punto di vista, la rappresentanza si configurava come «uno spediente» piuttosto che come «un modo organico e vero di partecipazione al governo dello Stato».

Il giurista napoletano auspicava perciò che fosse accuratamente studiato un sistema elettorale adatto alla città. Erano necessarie «esatte statistiche» per distinguere le varie classi e professioni e attribuire a ciascuna di esse una rappresentanza. La riorganizzazione della vita comunale doveva essere preceduta da una vera e propria ristrutturazione degli ordini sociali.

³⁸ PERSICO, *Principii*, cit., vol. I, parte I, sez. II, cap. VIII, pp. 321-326.

Lo studioso precisava che non intendeva proporre un ritorno all'assetto corporativo dell'Antico Regime: bisognava senz'altro preservare la libertà dell'industria e delle arti «già irrevocabilmente conquistata». Ma occorreva nel contempo «ricomporre in corpi sociali i varj elementi cittadini disciolti e sgominati violentemente dalla Rivoluzione francese e dalle dottrine individualistiche» del XVIII secolo. Da quella ricomposizione avrebbero tratto vantaggio «non solo gli ordini politici», ma anche quelli «sociali».

Dalla stretta connessione fra interessi e rappresentanza più volte ribadita da Persico derivava infine l'insistenza dello studioso sull'«indigenato». La partecipazione al governo dei comuni, a suo avviso, non doveva essere consentita se non a chi identificava «i suoi interessi e la sua vita con» quelli degli «abitanti del luogo»³⁹.

³⁹ Ivi, vol. I, parte I, sez. II, cap. VIII, pp. 327-331. Molto simili a quelle di Persico erano le posizioni di Ahrens sui comuni e sulle province. Lo studioso tedesco era partito dall'assunto secondo cui il comune era un 'ordine' non solo politico, ma anche sociale. Analogamente al giurista napoletano, aveva pertanto distinto due modi di intendere il comune. Il primo, conservatosi in Germania anche sotto regimi dispotici, riteneva il comune «un'individualità naturale collettiva, avente [...] in sè stesso [...] il principio di una vita propria» e che perciò intratteneva col potere centrale rapporti organici. L'altro era quello per cui il comune ripeteva la propria esistenza dallo Stato ed esercitava i suoi poteri solo per delegazione del centro. Concezione che aveva avuto la sua «funesta esecuzione» in Francia. Il «lavoro di estenuamento» dei comuni, iniziato nell'Antico Regime, vi era stato portato a termine dalla Rivoluzione in applicazione delle «false idee astratte intorno all'unità dello Stato e del suo potere» che avevano ispirato gli artefici del crollo del vecchio ordine. Critica dell'astrattezza delle concezioni rivoluzionarie che accomunava Persico ad Ahrens. Quanto alla provincia, secondo lo studioso tedesco, era non solo il «punto culminante» del *self-government*, ma anche una delle garanzie del suo mantenimento. Lo 'Stato moderno' (ossia quello ottocentesco), anche se organizzato su basi nuove, poteva pertanto dare prova di «attitudine politica» se, rispettando la migliore eredità dell'Antico Regime, prendeva le distanze dalla Rivoluzione francese, che, abolendo le province, aveva «gagliardamente ribadito le catene che il potere centrale» aveva in diverse epoche imposto al popolo. Cfr. AHRENS, *Corso*, vol. II, cit., §§ 128-129, pp. 441-445. Lo spartiacque, secondo lo studioso tedesco, era stato in ogni caso rappresentato dalla Rivoluzione. Il che non escludeva che già durante l'Antico Regime si fosse tentato di ridimensionare il particolarismo territoriale.

4. *Un'unificazione «violenta» nata dallo «scimmieggiare» la Rivoluzione*

Nell'opera dello studioso napoletano l'elaborazione dottrinale era strettamente intrecciata alla polemica politica. Vi era un nucleo fondamentale di assunti teorici destinato a restare pressoché immutato negli anni. Ma il giudizio sugli assetti istituzionali era inevitabilmente influenzato dalla contingenza politica. Così, dopo poco più di un lustro di governo della Destra storica il suo giudizio sui caratteri assunti dallo Stato unitario era già molto negativo. In un discorso pronunciato il 23 marzo 1867 egli lamentava che negli ultimi anni il governo era stato piuttosto che un vero governo un partito, ossia una «confederazione [...] di uomini [...] che bada innanzi tutto alla dominazione dei proprii affiliati e si sostituisce [...] alla nazione»⁴⁰.

Ma il tarlo del ceto politico dominante all'indomani dell'Unità era pur sempre costituito, a suo avviso, da quel dottrinarismo che, come egli non si stancava di ripetere, consisteva nel mutuare modelli politici e organizzativi dalla Rivoluzione francese, ritenendo «simili le condizioni d'Italia a quelle di Francia nell'89»⁴¹. Il dottrinarismo, per il giurista napoletano, era il segno di «una prodigiosa debolezza di logica». La censura di Persico colpiva non solo i rivoluzionari puri, che partivano dalla sovranità popolare per approdare alla repubblica democratica, a quella sociale «e finalmente alla comunistica», ma anche i «rivoluzionarii annacquati» e i «costituzionalisti a uso francese», che, accettando «alla leggiera la teoria dei democratici puri» e quindi il principio della sovranità popolare, erano costretti ad arrampicarsi sugli specchi per «rappezzare una monarchia, un senato, un censo, un principio d'autorità pur che sia».

L'apprezzamento di Persico andava invece ancora una volta agli Inglesi, che, senza escogitare astratte «teoriche» e progettare utopiche «organizzazioni sociali», governavano «sapientemente secondo il bisogno», pensando «all'Inghilterra e non alle [...] ubbie riformatrici». Scongiurando in tal modo i rischi insiti nel dottrinarismo, che non era in grado di porre alcun argine alla rivoluzione. Rivoluzione che del dottrinarismo costituiva anzi un esito inevitabile. Non a caso in Francia i girondini erano stati «disfatti» dai giacobini e la Monarchia di luglio

⁴⁰ F. PERSICO, *Governo o rivoluzione?*, Napoli, 1867, p. 3.

⁴¹ Ivi, p. 4.

era stata rovesciata dalla «repubblica sociale». La sola Inghilterra era «esente da rivoluzioni» perché la sua libertà non era «un meccanismo esteriore, ma un'educazione continua» e le sue leggi erano nel contempo «la manifestazione» di «un vero bisogno sociale e la soddisfazione proporzionata ed opportuna di esso». Per cui non avrebbe potuto non essere estranea ai politici di quel paese la pretesa di «far di pianta sei o sette codici».

Netta era la presa di distanza di Persico dal volontarismo e dal legicentrismo rivoluzionari. Presa di distanza che qui, a differenza che nella *Prolusione* del 1861, si traduceva anche in un'esplicita polemica contro la pretesa di irreggimentare la vita giuridica attraverso la codificazione. Il rifiuto del volontarismo si esprimeva poi nell'apprezzamento per un assetto costituzionale che si era formato attraverso una lenta e graduale evoluzione, escludendo ogni pretesa di «cangiar di botto la costituzione dello Stato». Politici all'inglese erano stati in Italia, secondo Persico, uomini come Gioberti, Balbo e D'Azeglio. Loro merito indiscutibile era stato di aver condotto «il piccolo Piemonte a libertà ordinata» e di aver tenuto «alto il vessillo dell'avvenire d'Italia». Invece la rivoluzione del '60 e l'unità d'Italia avevano segnato rispetto al pensiero e all'azione politica di quegli uomini una netta soluzione di continuità: erano avvenute infatti «come un colpo di mano».

Ma era tempo di «finirla con le pretese rivoluzionarie». L'Italia aveva di fronte tre problemi: la liberazione compiuta dallo straniero, la questione romana e la necessità di avere un solido assetto istituzionale. Alla soluzione di nessuno di quei problemi si addiceva la rivoluzione. Non serviva all'indipendenza, che era legata, alla resa dei conti, al buon esito di trattative con le potenze straniere. Non alla soluzione della questione romana, non potendo la forza nulla contro un'idea che era nella coscienza non dei soli Italiani. Del resto, in quella materia l'«aver creduto che le vie rivoluzionarie potessero [...] ancora [...] qualcosa» aveva condotto ai «fatti di [...] Aspromonte»⁴². Non si poteva non tenere conto dell'esempio di Napoleone I, «che s'intendeva di governo» e che aveva chiuso «la rivoluzione di cui era l'espressione personale col

⁴² Ivi, pp. 7-9.

Concordato». E di certo non si poteva dire che lo avesse fatto «per tenerezze clericali»⁴³.

Lo «scimmieggiare» la Rivoluzione francese aveva messo capo infine a un'unificazione «violenta»⁴⁴. Rinunciando al decentramento, si erano creati amministratori senza poteri e senza responsabilità, col risultato di annullare «ogni fisionomia locale»⁴⁵. E se l'indebolimento dell'autorità religiosa finiva per minacciare la stessa autorità sovrana, l'inflazione legislativa faceva venir meno l'ossequio alla legge, mentre il rapido succedersi dei ministeri infiacchiva l'autorità del governo. Religione, autonomismo e rispetto della proprietà erano, secondo Persico, i cardini su cui avviare la ricostruzione del tessuto nazionale⁴⁶.

5. *Il radicamento storico-culturale degli assetti costituzionali*

Meno di due decenni dopo, nel 1885, Persico dava un'organica esposizione alle sue posizioni giuspolitiche in un impegnativo scritto specificamente dedicato alla rappresentanza. La polemica antiparlamentare occupava la prima parte del volume. Lo studioso escludeva in primo luogo che il sintagma 'governo parlamentare' potesse essere impiegato per definire la forma di governo dei paesi più importanti. Un trentennio o un quarantennio prima – scriveva – non si sarebbe fatta distinzione fra governo costituzionale, rappresentativo e parlamentare. Ma l'esperienza degli ultimi decenni aveva dimostrato invece come quella distinzione fosse nelle cose. Di quello di Napoleone III, ad esempio, si poteva dire che fosse stato un governo costituzionale avente «le apparenze del rappresentativo», ma non certo un governo parlamentare. Il governo degli Stati Uniti d'America era rappresentativo, ma non parlamentare. Quanto a Bismarck, aveva esplicitamente dichiarato che la monarchia prussiana era costituzionale e rappresentativa, ma non parlamentare⁴⁷. Insomma, l'esperienza aveva

⁴³ Ivi, p. 13.

⁴⁴ Ivi, p. 9.

⁴⁵ Ivi, pp. 14-15.

⁴⁶ Ivi, pp. 10-12.

⁴⁷ F. PERSICO, *Le rappresentanze politiche e amministrative*, Napoli, Gufo, 1942, I, pp. 23-24.

fortemente ridimensionato la pretesa che la forma di governo parlamentare fosse quella dominante nell'Ottocento.

Regime parlamentare – puntualizzava Persico – non era altro che il governo di gabinetto, ossia «l'unione dei ministri responsabili verso il Parlamento». Era caratterizzato dal fatto che il Gabinetto poteva non curarsi «degli umori e degli ostacoli» del Re e della Camera alta. Il Re sceglieva solo in apparenza i ministri, essendo, di fatto, tenuto a nominare come Capo del Governo l'uomo indicato dalla maggioranza della Camera elettiva. Del tutto astratto era anche il potere regio di scioglimento, che non poteva essere esercitato quando il Governo disponeva di una maggioranza parlamentare. Il Gabinetto si configurava pertanto come «un comitato» della Camera elettiva.

Ma, se quello era l'idealtipo del regime parlamentare – aggiungeva Persico –, era dubbio che vi corrispondesse la forma di governo effettivamente vigente nella stessa Inghilterra. Bagehot – rammentava lo studioso – aveva distinto fra parti imponenti e parti efficienti della costituzione inglese. Alle prime erano da ascrivere la Corona e i *Lords*, alle seconde la Camera dei Comuni e il Gabinetto. Secondo Bagehot era l'esistenza delle parti imponenti, conservate, più che per il loro intrinseco valore, per l'ascendente che esercitavano sulla fasce più incolte della popolazione, a distinguere la costituzione inglese da una forma di governo meramente parlamentare⁴⁸. Persico notava che sarebbe stato errato inferire dal ragionamento dello studioso inglese che egli auspicasse un superamento di quei dispositivi frenanti⁴⁹. Ma, per parte sua, il giurista napoletano andava oltre lo stesso Bagehot, negando la fondatezza della distinzione fra parti imponenti e parti efficienti. Egli si chiedeva se istituzioni come la Corona e i *Lords* non dovessero ritenersi esse stesse efficienti, essendo segno di un'«efficienza grandissima» la capacità «d'imporre il rispetto alle moltitudini». Insomma, «le parti imponenti per nobiltà, per antichità, per credito pubblico» erano anch'esse efficienti.

Persico si chiedeva poi se il Gabinetto potesse ritenersi un mero «comitato» della Camera elettiva. Ebbene, quella definizione, a suo avviso, poteva adattarsi solo a una realtà bipartitica come quella

⁴⁸ Ivi, II, pp. 27-28. Per quella distinzione cfr. W. BAGEHOT, *The English Constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 5-9.

⁴⁹ PERSICO, *Le rappresentanze*, cit., II, p. 29.

dell'Inghilterra. In un sistema pluripartitico, invece, non vi era un vero *leader* della maggioranza e il «ministero che» nasceva «dopo una crisi» era «spesso più» una «transazione ed un accozzo laborioso ed eterogeneo che la genuina espressione del maggior numero dei deputati».

Il giurista napoletano muoveva inoltre a Bagehot la critica di aver tenuto conto delle sole istituzioni centrali dello Stato. Lo studioso inglese aveva trascurato di considerare «da base della piramide politica della sua nazione»: non aveva tenuto conto non solo delle contee, dei borghi, delle istituzioni e delle magistrature locali, ma dell'intera vita sociale e politica inglese, «spontanea» e nel contempo «tradizionale». La forma di governo inglese era il «risultato» di tutte le «altre istituzioni particolari dell'Inghilterra»⁵⁰. Spontaneità e tradizione: erano quelli, secondo Persico, gli assi portanti di un assetto socio-istituzionale immune dal rischio di torsioni volontaristiche.

Lo studioso napoletano poneva infatti l'accento sul radicamento storico-culturale degli assetti costituzionali. Di qui la presa di distanza da quanti ritenevano possibile una pedissequa imitazione della costituzione inglese. Egli parlava senza mezzi termini di una «mania d'imitare, di citare a sostegno di qualche novità l'esempio di quel che accade in Inghilterra». La critica investiva in primo luogo un male inteso *self-government*. Si riteneva semplicisticamente che in Italia il *self-government* potesse ritenersi realizzato prevedendo che il sindaco non fosse più nominato dal re, che il prefetto non presiedesse più la deputazione provinciale o che certi atti dei comuni e delle province non fossero più soggetti all'approvazione del governo. Ma la verità era che la contea inglese non assomigliava alla provincia italiana né assomigliavano ai comuni italiani i borghi e le parrocchie inglesi⁵¹.

Nel delineare i caratteri dell'amministrazione locale inglese Persico richiamava l'attenzione su due elementi su cui si era soffermato già nei *Principii*: la non coincidenza fra rappresentatività ed elettività (come dimostrato in maniera emblematica dai giudici di pace) e la dipendenza dei meccanismi elettorali dal censo. Lo studioso, pur constatando che negli ultimi tempi era ravvisabile anche in Inghilterra una tendenza all'accentramento, poneva inoltre l'accento sul fatto che in quel paese

⁵⁰ Ivi, II, pp. 32-35.

⁵¹ Ivi, III, pp. 37-38.

il governo non poteva «quasi» ingerirsi nell'amministrazione locale e sull'inesistenza di «una vasta gerarchia» amministrativa. Il giurista non mancava poi di rilevare che in Inghilterra il bene comune era in larga misura perseguito attraverso l'attivazione di energie private. Ciò spiegava perché non fossero ambiti gli «impieghi pubblici, stipendiati dallo Stato, [...] e» perché «uno speciale» arricchitosi «col commercio delle sue droghe» fosse «tenuto per dappiù di qualsiasi funzionario».

Così Persico riassumeva efficacemente quei caratteri degli assetti costituzionali inglesi: «La aristocrazia e le ricchezze, il prodotto della storia e dell'industria sono in credito in Inghilterra e si dividono il potere». Radicamento degli assetti costituzionali nella storia e stretta connessione fra accesso alle cariche pubbliche e proprietà facevano tutt'uno. In proposito il giurista napoletano si rifaceva alla tesi di Gladstone secondo cui niente aveva contribuito alla formazione del sistema politico inglese meno della passione dell'uguaglianza. Anzi, secondo lo statista inglese, l'amore dell'ineguaglianza era stato una «grande salvaguardia», che aveva reso innocui i mutamenti passati e avrebbe reso inoffensivi quelli futuri. Era stata quella forza stabilizzatrice a ispirare l'avversione per il suffragio universale e per la forza del numero⁵².

Quel lungo *excursus*, ricco di spunti storici e teorici, serviva a Persico, fra l'altro, per corroborare l'assunto secondo cui il sistema parlamentare inglese non era imperniato sulla forza incontrastata della maggioranza della Camera popolare. Sostenere il contrario – notava lo studioso – sarebbe stato possibile solo facendo «astrazione dai freni, dai compensi e» dai «contrappesi naturali» e «storici» derivanti da «altre forze, altri sentimenti ed abitudini»⁵³. Ma proprio per questo la forma parlamentare inglese non avrebbe potuto adattarsi a contesti in cui non operavano le condizioni storiche, i costumi e le convinzioni collettive in cui essa era fiorita⁵⁴. La forma di governo non poteva essere infatti in contrasto con l'«indole di un popolo».

Al riguardo Persico distingueva due «razze»: quella latina, a cui appartenevano Italiani, Belgi, Francesi e Spagnoli, e quella germanica, che comprendeva gli Anglosassoni, i popoli scandinavi e i Tedeschi.

⁵² Ivi, III, pp. 39-43.

⁵³ Ivi, III, p. 45.

⁵⁴ Ivi, IV, p. 46.

Carattere dei popoli latini era la propensione all'unità. Da quel carattere derivava il fatto di aver mantenuto in vita il cattolicesimo e di aver manifestato una spiccata propensione per la monarchia. I popoli settentrionali, invece, avevano a cuore i «subcentri» piuttosto che la vita dell'insieme. Il sistema feudale, diffuso dalle popolazioni germaniche, non era stato che espressione di quella tendenza.

Quando, fra i secoli XVI e XVII, il sistema feudale s'indebolì, le società nordiche mostrarono di essere inclini alla «federazione», mentre quelle latine confermarono la loro forte propensione per la monarchia. Di quella fondamentale differenza erano una dimostrazione i divergenti percorsi costituzionali dell'Inghilterra e della Francia.

In Inghilterra l'aristocrazia e le «classi inferiori» vennero a patti col «principato», conservando le franchigie locali, i privilegi e gli ordinamenti particolari. Quando la monarchia mise in discussione quei limiti del potere, cercando, come in Francia, di subordinare gli altri ordini e di conculcare le libertà delle parti, il sovrano fu «sopraffatto» e «condannato a morte». La restaurazione della monarchia segnò poi il ripristino di un assetto costituzionale che Persico non esitava a definire una «repubblica aristocratica». Viceversa, gli Inglesi non tardarono a seguire il «capriccio adultero di un re» perché insofferenti del potere straniero, benché solo spirituale, del pontefice. E quando l'ascesa della borghesia sancì il primato della Camera dei Comuni su quella dei *Lords*, l'instaurarsi del governo di gabinetto non segnò l'abbattimento degli altri poteri costituzionali. In Inghilterra – commentava Persico – il progresso civile si attuava infatti attraverso riforme che vi venivano introdotte gradualmente⁵⁵.

6. *Un tormentato giudizio sulla Rivoluzione francese*

Invece il «moto politico e civile della Francia fu il pretto contrario». Se anche nella Gallia la conquista franca portò all'introduzione del feudalesimo e alla nascita di un'aristocrazia, «l'indole della razza, le tradizioni e il diritto romano risorsero». Persico richiamava in particolare l'attenzione sul processo di accentramento che aveva avuto luogo in Francia durante l'Antico Regime, ponendo l'accento, fra

⁵⁵ Ivi, IV, pp. 50-55.

l'altro, sul ridimensionamento delle competenze degli stati generali e sul ruolo svolto dagli intendenti.

Della Rivoluzione francese, che attribuiva allo sviluppo della borghesia, alla crisi fiscale dello Stato e alla diffusione del pensiero illuministico, lo studioso scriveva che aveva demolito «passato, [...] tradizioni, [...] istituti esistenti, [...] interessi delle classi». Riferimento, quest'ultimo, che, unito alla polemica contro la «preponderanza del centro» e l'indifferenza per la «prosperità dei comuni e delle provincie», era riconducibile alla netta presa di distanza di Persico dalla «logica astratta» che aveva ispirato gli artefici della Rivoluzione⁵⁶.

More solito, sotto attacco era infatti il pensiero di Rousseau, il cui *Contratto sociale* il giurista napoletano non aveva ritengo a definire un libro «assai nojoso». La cifra di quello scritto era l'astrattezza. Per Rousseau l'uomo era «una quantità matematica [...]; astratta dalla razza, dalle inclinazioni, dal carattere, dall'educazione avuta, dalla classe in cui nacque, dalla cultura che acquistò».

Un limite indubbio del pensiero rousseauiano e della conseguente ideologia rivoluzionaria era per Persico l'aver preteso di prescindere dalle appartenenze di classe. Era invece sulle differenze di classe, come si vedrà, che lo studioso intendeva impennare la rappresentanza.

Peraltro, del *Contratto sociale* Persico denunciava «le contraddizioni e le assurdità». Egli notava in primo luogo che, se la società nasceva da un contratto, le generazioni successive non vi erano vincolate. Insomma, il contrattualismo esponeva all'instabilità i pubblici poteri. Inoltre, il giurista rilevava che, se era nell'essenza del contratto l'essere stipulato a proprio vantaggio, in esso non poteva trovare alcuna legittimazione il diritto di punire. L'uguaglianza dei contraenti faceva poi venir meno il fondamento stesso del comando e dell'obbedienza. Infine, alla luce del contrattualismo rousseauiano, non era chiaro a quale titolo i rappresentanti potessero esprimere la volontà generale.

Persico, mentre poneva in stretta correlazione il pensiero di Rousseau con l'ideologia dei «costituenti» e dei «legislatori francesi» operanti all'indomani della Rivoluzione, scriveva che quella dottrina informava «ancora la scienza e la costituzione degli Stati latini del continente». Era l'attualità politica e giuridica a esigere quindi una robusta consapevolezza storica. Perciò, la comparazione fra il modello

⁵⁶ Ivi, IV, pp. 56-57.

costituzionale inglese e quello francese era declinata da Persico, fra l'altro, nei termini di un confronto fra la Rivoluzione del 1688 e quella del 1789. Quella inglese era stata una rivoluzione politica, tesa a «moderare le prerogative della Corona senza distruggerle» e a «consolidare le antiche libertà del paese». La Rivoluzione francese era stata invece «piuttosto sociale che politica». E, a ulteriore dimostrazione dell'astrattezza dei principi a cui si erano ispirati i rivoluzionari francesi, Persico scriveva che essi avevano avuto la pretesa di dar legge non alla sola Francia, ma a tutta l'umanità. Infatti, da quella Rivoluzione era nata una dichiarazione dei diritti dell'uomo, non dei diritti dei Francesi.

La tesi toquevilliana della continuità del processo di accentramento riemergeva poi nell'affermazione secondo cui Napoleone I aveva ripreso e perfezionato l'opera della monarchia d'Antico Regime creando un'amministrazione strutturata secondo una disciplina militare. Ma, nel porre l'accento sulla diffusione, per effetto delle conquiste rivoluzionarie, dei «nuovi ordinamenti» e dei codici, lo studioso non riprendeva la polemica contro la codificazione svolta nel *Discorso* del 1867. Anzi, scriveva che dopo la Restaurazione «quelle leggi e quegli ordini nuovi» erano rimasti in vigore con leggere modifiche. L'ennesimo richiamo alla gerarchia amministrativa organizzata secondo una disciplina militare era invece una sicura conferma dell'opzione autonomistica dello studioso⁵⁷. Sul piano della politica costituzionale la critica del volontarismo sfociava poi nella denuncia del rapido susseguirsi di regimi a cui si era assistito in Francia, che aveva «sfruttato e lacerato [...] in meno di un secolo [...] una dozzina di costituzioni».

Se l'Italia non aveva fino a quel momento conosciuto l'instabilità della Francia, si doveva alla prevalenza delle classi agricole su quelle industriali (la funzione stabilizzatrice svolta dalle prime era una costante degli scritti di Persico), all'esistenza di una dinastia «gloriosa» e «prudente» e al carattere degli Italiani, poco inclini alle avventure. Fra l'altro, lo studioso citava i numerosi illustri studiosi e uomini politici che in Italia avevano criticato il regime parlamentare: Spaventa, Jacini, De Sanctis, Minghetti, Villari, Bonghi, Franchetti, Turiello, Mosca e Arcoleo⁵⁸.

⁵⁷ Ivi, IV, pp. 58-61.

⁵⁸ Ivi, IV, pp. 46-50.

Nelle pagine successive sembrava di assistere a una repentina virata teorica. Persico, non solo, come aveva già fatto in precedenza, metteva in guardia dall'errore di una «servile imitazione» del modello costituzionale inglese, ma sembrava rivalutare la Rivoluzione francese. Questa, nonostante i «molti errori» che l'avevano contrassegnata, aveva insegnato «le idee più larghe, più feconde, più umane, e soprattutto più conformi all'indole e alla storia delle nazioni latine». Che erano più lontane dal Medioevo di quanto non lo fossero quelle dominanti in Inghilterra. Costatazione che suonava qui come un apprezzamento. Nel continente – aggiungeva Persico – il «sentimento» e il «moto democratico» erano più intensi e universali. Vi erano stati distrutti «l'aristocrazia della nascita» e i privilegi sociali. Si era aperto un processo teso «a liberare dai ceppi le classi tutte del popolo». Le carriere erano state aperte a tutti i cittadini. Le norme del diritto civile e penale erano state semplificate e raccolte in codici. La proprietà immobiliare era stata liberata dai vincoli che la impacciavano. Era stato superato l'intrico delle giurisdizioni.

Insomma, Persico diceva di apprezzare tutte le principali conquiste giuridiche legate al crollo dell'Antico Regime, a cominciare dalla codificazione. Egli non esitava a scrivere persino che le scienze e la letteratura del continente avevano orizzonti più vasti di quelli inglesi. Non taceva che le conquiste realizzate dalla Rivoluzione francese avevano avuto un tale carattere espansivo che l'Inghilterra, negli ultimi tempi, era sembrata porsi nella scia degli sviluppi continentali, riordinando le corti di giustizia e creando servizi pubblici sottratti ai corpi locali. Inoltre, lo studioso teneva a puntualizzare che non si dovevano mettere in discussione l'uguaglianza civile e politica né «il movimento ascendente democratico», rimpiangendo i privilegi cetuali e il caos giurisdizionale che erano stati propri dell'Antico Regime⁵⁹.

Come altri teorici ottocenteschi (ad esempio Giovanni Carcano) Persico, pur rivolgendo critiche severe alla Rivoluzione, sembrava affascinato dalla grandiosità delle dinamiche da essa innescate. Perciò, lo studioso napoletano, mentre denunciava le efferatezze dei patiboli, non taceva la forza della proiezione rivoluzionaria delle masse con le sue positive ricadute in termini militari. Il popolo rivoluzionario era stato in grado di «far sorgere dalle rovine [...] parecchi eserciti, che

⁵⁹ Ivi, IX, pp. 105-107.

senza paga, senza scarpe, affamati, mal guidati resistevano ad eserciti agguerriti, disciplinati, stipendiati, numerosi». Persico non aveva remore a riconoscere il potenziale trasformatore innescato dalla Rivoluzione, arrivando a scrivere che essa era stata un prodotto sia pure «torbido, violento» e «inconscio» del Cristianesimo. Infatti, era stata in grado di «diffondere il suo spirito, le sue conquiste, i suoi rinnovamenti sociali negli altri popoli, con altrettanto ardore e successo»⁶⁰.

Ma quelle ammissioni non comportavano una rinuncia dello studioso alla sua critica radicale dell'individualismo sotteso alla concezione della rappresentanza posta alla base della Rivoluzione francese. La libertà – scriveva Persico – non muoveva dall'individuo. E poiché l'umanità era suddivisa in numerosi Stati, a ciascuno di questi si addicevano forme diverse di libertà. Individualismo e astrattezza erano la cifra delle visioni del potere affermatesi con la Rivoluzione. Ma proprio perché la Rivoluzione aveva fortemente demolito, c'era bisogno di teoria politica e giuridica per ricostruire. L'Inghilterra poteva riformare le sue istituzioni restando nel solco della tradizione e facendo appello al senso comune. Invece l'Europa continentale, i cui assetti giuspolitici erano nati da una radicale soluzione di continuità col passato, aveva bisogno di «trovare qualche caposaldo su cui edificare»⁶¹.

7. Partiti, classi e pubblica opinione

Era in quel contesto argomentativo che Persico affrontava il problema dei partiti. Egli esprimeva un forte apprezzamento per il bipartitismo inglese. In Inghilterra i partiti – notava – erano utili allo Stato. Erano come la sistole e la diastole. La dialettica delle posizioni non escludeva infatti la loro comune condivisione dei «fondamenti» della costituzione inglese. I partiti erano non fazioni o sette, ma parti di un tutto.

Molto negativo era invece il giudizio di Persico sul pluripartitismo francese, belga e italiano. Lo studioso napoletano, che, nonostante la sua sensibilità neoguelfa, specie guardando al precedente belga, si pronunciava in maniera netta contro la nascita di un partito cattolico,

⁶⁰ Ivi, XVII, pp. 169-170. Per le posizioni di Carcano sulla Rivoluzione francese cfr. LUONGO, *Per l'edificazione*, cit., *passim*.

⁶¹ PERSICO, *Le rappresentanze*, cit., IX, pp. 107-108.

riteneva falso il bipartitismo incarnato in Italia dalla Destra e dalla Sinistra storiche. I sedicenti moderati non erano conservatori né i sedicenti progressisti avevano un programma di governo realmente alternativo.

Ma Persico non si limitava alla denuncia: si sforzava di spiegare l'inesistenza, in Italia e in altri paesi, di veri e propri partiti parlamentari. Premesso che ciò sarebbe potuto apparire paradossale, egli affermava che «partiti di governo utili al progresso della vita sociale» non nascevano se non laddove vi erano degli ordini. Ad esempio, l'antica Roma repubblicana aveva avuto dei partiti grazie alla presenza degli ordini. Persico definiva «ordine [...] una categoria di persone, di famiglie, socialmente e politicamente diverse da altre, con privilegi e interessi propri». Ordini erano la Corona e l'aristocrazia. Le aristocrazie erano state inizialmente chiuse nella difesa dei propri privilegi. Ma in seguito, se «sagge», «moderate» e «amanti del bene dello Stato», si erano piegate sia pure in modo guardingo alle rivendicazioni delle altre «classi». Laddove ciò era avvenuto erano nati «una doppia corrente d'idee» e «un doppio moto nella vita pubblica», rappresentati da chi auspicava le novità e da chi resisteva ad esse.

Naturalmente, Persico non mancava di ribadire che le innovazioni dovevano essere prudenti. Ma era significativa la sua insistenza sul fatto che quella dialettica politica doveva poter contare su istituzioni capaci di dare ad essa espressione. Erano il Senato e il tribunato della plebe nella Roma antica, la Camera dei *Lords* e la Camera dei Comuni con la Corona in funzione mediatrice in Inghilterra.

Il giurista non mancava di avvertire che non sempre vi era una perfetta corrispondenza fra posizioni sociali e credo politico: ad esempio, Edmund Burke «usciva dalle classi più modeste e fu un *tory* tenace». Ma l'accento cadeva sulla connessione esistente fra dinamiche sociali e dinamiche istituzionali. Ad esempio, nella Roma antica il dualismo dei partiti era venuto meno quando Cesare aveva abbattuto la Repubblica. Ed era inevitabile che subissero l'urto delle passioni popolari le «monarchie democratiche» laddove non esistesse un «ordine mediatore» analogo a quello operante in Inghilterra⁶².

⁶² Ivi, VI, pp. 68-74. Sulle posizioni neoguelfe di Persico cfr. F. TESSITORE, *Aspetti del pensiero neoguelfo napoletano dopo il Sessanta*, Napoli, Morano, 1962, *passim*; G. CIANFEROTTI, *Storia della letteratura amministrativistica italiana*, vol. I, *Dall'Unità alla fine*

Era sul presupposto secondo cui agli ordini andava attribuita una decisiva funzione politica che Persico innestava una critica articolata della visione secondo cui il Parlamento garantiva una rappresentanza effettiva dell'opinione pubblica: «Una di quelle sentenze, che hanno voga nel linguaggio politico, è questa: che il regime parlamentare è il paese che governa se stesso, ovvero è il governo della pubblica opinione di un paese. Ora tali frasi mi paiono monete scadenti e di dubbia lega, che hanno corso finché si spendono e accettano in piazza, ma che perdono ogni valore ed escono dalla circolazione appena vi si fissa su l'attenzione e si saggiano». Perché quelle affermazioni fossero vere, il popolo avrebbe dovuto avere la possibilità di esprimere in maniera chiara la sua volontà collettiva e i deputati avrebbero dovuto essere la parte migliore del paese, costituendo di questo la voce effettiva.

Al riguardo Persico si interrogava in primo luogo sulla nozione di opinione pubblica. Perché un'idea potesse dirsi pubblica – notava lo studioso – era necessario non solo che fosse comune a tutti o alla maggior parte dei cittadini, ma che fosse circostanziata, ossia avesse ad oggetto un preciso atto politico o amministrativo da compiere. Ebbene, in Italia un'opinione pubblica sulle più rilevanti questioni politiche non esisteva. La maggior parte dei cittadini, compresi quelli non «illetterati» e non appartenenti alle «classi inferiori», su quelle materie aveva idee confuse. Né al difetto di cultura generale potevano supplire i circoli politici e i giornali. Questi ultimi, più che a illuminare i cittadini e quindi a contribuire a formare un'opinione pubblica, si limitavano a difendere o ad attaccare gli atti del governo.

Faceva eccezione l'Inghilterra, dove i giornali erano «quasi [...] delle istituzioni». Erano «diffusi in quasi tutte le classi del popolo», tanto che persino «i cocchieri di Londra» leggevano «una gazzetta nelle ore di ozio e si» occupavano «delle controversie del Parlamento». Persico riconduceva la robustezza della stampa periodica all'esistenza di un buon livello di «coltura generale», ma anche alla solidità del sistema bipartitico. I giornali erano «organi di quei partiti antichi» e «poderosi» che li alimentavano e li ispiravano. Considerati anche gli altri molteplici

dell'Ottocento. Autonomie locali, amministrazione e costituzione, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 191-201; G. P. TRIFONE, *La scienza dell'amministrazione di Federico Persico. Scritti scelti*, Napoli, Editoriale scientifica, 2020, pp. 18-29.

canali di informazione e di partecipazione (pubblicazioni speciali, *meetings*, petizioni), si poteva dire che in Inghilterra la tesi secondo cui il governo parlamentare era quello dell'opinione pubblica avesse un certo fondamento di verità.

Ma ciò non poteva certo dirsi dell'Italia⁶³. Era vano cercare la «sapienza necessaria a reggere uno Stato» in una maggioranza di deputati «congregati [...] stranamente». Anche a volerli ritenere «tutti onesti e ingegnosi» (che «era supposizione certo generosa»), restava il fatto che essi erano espressione di fazioni e clientele. La Corona, invece, era senza dubbio al di sopra degli interessi particolari. Persico precisava in proposito di non essere un fautore della monarchia assoluta, di ritenere che il re dovesse essere assistito da consiglieri e di non mettere in discussione l'esistenza di un Parlamento e di un Gabinetto, ma esprimeva nel contempo la sua ferma convinzione che il «pernio dello Stato» non dovesse spostarsi «di là dove nel regime monarchico» era «logico, legale e utile che» fosse, ossia che quel baricentro non dovesse transitare verso «una maggioranza fortuita e passeggera»⁶⁴.

Quella monarchia che aveva guidato gli Italiani alla meta dell'unità nazionale costituiva tuttora la vera condizione dell'unità. Tuttavia, Persico era scettico sulla possibilità di rafforzare la Corona affiancandole un Consiglio privato. Non era pensabile che governi nati dalle frequenti crisi parlamentari e in una situazione in cui regnava l'incertezza circa i poteri del Parlamento s'inducessero a favorire l'istituzione di un organo teso a rinsaldare il potere regio. Tanto più che spesso anche «l'uso più corretto della regia prerogativa» suscitava accuse di colpi di Stato e di tentativi reazionari⁶⁵.

L'ennesimo richiamo all'esperienza inglese faceva poi da sfondo ai giudizi di Persico sul ruolo assunto dalla burocrazia. Ancora una volta cruciale era il problema del governo locale. Lo studioso napoletano, pur sostenitore di tesi autonomistiche, vedeva tutti i danni derivanti da un cattivo decentramento. L'autonomia concessa alle amministrazioni locali, benché limitata dalla vigilanza delle autorità governative e dalla

⁶³ PERSICO, *Le rappresentanze*, cit., II, pp. 77-81.

⁶⁴ Ivi, VII, pp. 83-84.

⁶⁵ Ivi, VIII, pp. 92-93. Sulle proposte relative al Consiglio della Corona nell'Italia postunitaria cfr. F. TESSITORE, *Crisi e trasformazioni dello Stato. Ricerche sul pensiero giurpubblicistico italiano tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1988, *passim*.

minaccia di scioglimento, era stata sufficiente a causare un ingente sperpero di pubblico denaro. Di qui la polemica del giurista contro quella «scuola di arcadi del progresso» che riteneva non esservi altro rimedio ai mali che quello di «allargare ancora le libertà locali» e «togliere ogni tutela superiore»⁶⁶. L'inesistenza in Italia di un'aristocrazia e di una *gentry* analoghe a quelle inglesi, come era all'origine di quel patologico decentramento, così precludeva la possibilità di affidare compiti amministrativi a soggetti privati. Mancando quelle classi che erano «interessate a ritenere gli uffici pubblici ne' loro ordini», mancava «lo stimolo a spender l'opera propria in affari per lo più noiosi e senza frutto». Se la legge avesse obbligato ad adempiere compiti amministrativi i privati, questi avrebbero atteso in maniera svogliata a quelle funzioni, magari cercando di «cavare dall'ufficio [...] lucri obliqui»⁶⁷.

Peraltro, il giudizio comparativo che Persico tracciava dell'amministrazione tedesca da un lato e delle amministrazioni francese e italiana dall'altro era a tutto vantaggio della prima. In Germania la burocrazia era rispettata e munita di garanzie. Essa aveva opposto una ferma resistenza all'affermarsi degli «ordinamenti rappresentativi». Ma i suoi timori erano stati presto dissipati, data la scarsa autorità che avevano in Germania i corpi rappresentativi. Invece in Italia e in Francia «il numeroso ceto degl'impiegati domina ed è dominato». Non assistito dalle garanzie che aveva la burocrazia in Germania, temeva «confusamente» ogni novità che potesse «nuocergli» e si riscattava facendo «pesare la sua autorità sui molti che» aspettavano «un pubblico servizio»⁶⁸.

Ma il tasto batteva ancora una volta sui vizi del parlamentarismo. Infatti, richiamando il celebre discorso di Bergamo di Silvio Spaventa, Persico si mostrava scettico sull'istituzione di un sindacato giurisdizionale sull'amministrazione: egli si chiedeva se «in buona fede»

⁶⁶ PERSICO, *Le rappresentanze*, cit., VIII, pp. 86-87.

⁶⁷ Ivi, VIII, pp. 90-91.

⁶⁸ Ivi, VIII, pp. 88-89. Già Manna, come si è accennato, aveva ritenuto l'esperienza amministrativa della Germania, al pari di quella dell'Inghilterra e a differenza di quella della Francia, un esempio virtuoso di un consolidarsi lento e graduale degli assetti istituzionali. Cfr. G. MANNA, *Partizioni teoretiche del diritto amministrativo ossia introduzione alla scienza ed alle leggi dell'amministrazione pubblica*, Napoli, Stabilimento tipografico del cav. Gaetano Nobili, 1860, p. 21.

fosse credibile che in quel modo potessero essere «rimossi» i principali difetti del governo parlamentare⁶⁹.

8. *Suffragio limitato, elezione indiretta e voto dinamico*

Persico veniva quindi alla trattazione del problema cruciale dei sistemi elettorali. Quanto al suffragio universale, lo studioso permetteva che esso era, in apparenza, il sistema «più logico» quando si partiva dal presupposto che la sovranità era nel popolo. Ma, in realtà, muovendo da quel presupposto, l'esercizio del diritto entrava in contraddizione col suo principio. Ammettendo la sovranità popolare, non si comprendeva perché la minoranza dovesse cedere alla maggioranza. Non vi era alcuna legge superiore alla sovranità stessa per cui alcuni, pur essendone ugualmente partecipi, dovessero cedere agli altri. In realtà, il numero non era «una ragione, ma un fatto, un peso, una forza». Invocato dalla maggioranza, era «una necessità di fatto, [...] la necessità della forza preponderante». Ma, se una minoranza, ritenendo di essere in grado di prevalere con la violenza, non rinunciava a compiere quel tentativo, si perveniva a una situazione per cui erano in conflitto due diritti, come nel *bellum iustum*. Si giungeva cioè alla «*guerra civile organizzata*».

Ma, anche a voler ammettere la legittimità del principio di maggioranza, era da escludere, secondo Persico, che il candidato risultato vincente in un collegio fosse reale espressione della maggioranza dei votanti. Anche in un collegio uninominale non era raro che il voto fosse condizionato dalle pressioni di elettori «influenti o intriganti». Non presentava minori inconvenienti lo scrutinio di lista. La compilazione della lista poteva dipendere infatti dalla «manipolazione di pochi», per cui l'elezione non era che il risultato della «pecorile accettazione per parte di molti di una filza di nomi cui» erano del tutto «estranei».

Il giurista non mancava di rivolgere alcune critiche anche al voto limitato, adottato in Belgio e in Italia. Egli partiva dal presupposto secondo cui la scelta del deputato doveva consistere nell'individuazione non del più intelligente e del più onesto, ma di chi era capace di dare a certi problemi la soluzione ritenuta migliore dall'elettorato. Qui

⁶⁹ PERSICO, *Le rappresentanze*, cit., VIII, pp. 91-92.

Persico, che pure, come si è visto, apprezzava i criteri censitari, scriveva che non si poteva ritenere che il censo, al pari del possesso di requisiti minimi di istruzione, fosse in grado, in sé, di conferire quella capacità di scelta. Peraltro, era difficile che persino gli elettori appartenenti alle classi più elevate (avvocati, medici, ingegneri, artisti, letterati) avessero coscienza di ciò che avrebbe fatto il deputato una volta eletto alla Camera.

Al suffragio limitato si poteva muovere poi la stessa obiezione che si poteva rivolgere al suffragio universale, ossia di limitarsi a contare i voti senza pesarli: «La capacità di un rivendugliolo è parificata dalla legge a quella di un giureconsulto o di un ammiraglio». Neanche adottando il voto limitato si teneva conto del fatto che cultura e attitudini intellettuali erano «al vertice della piramide sociale e non alla base». Per cui, quando vertice e base erano mescolati nel voto, «il numero inconscio» soffocava «le minoranze capaci» come accadeva col suffragio universale, che aveva almeno «il vantaggio di essere più schiettamente assurdo».

Una specie del suffragio ristretto era l'elezione indiretta o a doppio grado proposta da Stefano Jacini in un libro che Persico definiva «eccellente», *I conservatori e l'evoluzione naturale dei partiti politici in Italia*⁷⁰. In quello scritto, nel polemizzare col vigente sistema elettorale, Jacini aveva scritto che esso era stato del tutto giustificato «nel periodo della lotta per l'esistenza nazionale, durante la quale una minoranza aveva dovuto assumere ed esercitare una specie di dittatura patriottica». Ma, superata quella fase, era opportuno che alla vita delle istituzioni fosse ammesso a partecipare il maggior numero di coloro i quali erano in grado di consolidarle, tanto più che su una base elettorale ristretta era possibile esercitare enormi pressioni. Nel contempo Jacini aveva tuttavia preso energicamente le distanze dal suffragio universale diretto, che, a suo dire, non teneva conto affatto della realtà. Quel sistema di voto avrebbe cessato di esprimere il mondo alla rovescia solo se tutti gli uomini fossero stati dotati di conoscenze adeguate, la proprietà privata fosse stata abolita e tutti avessero partecipato in misura uguale ai «pubblici pesi», ossia solo in un assetto sociale e politico del tutto utopico. Ma, considerato il mondo qual era, sarebbe stato in flagrante contraddizione col buon senso ritenere che non vi dovesse essere

⁷⁰ Ivi, IX, pp. 94-102.

proporzione fra i diritti e i servizi resi alla collettività ed escludere che coloro che maggiormente contribuivano alla cosa pubblica dovessero avere «maggiori titoli al potere sociale». Peraltro, laddove il suffragio universale era stato introdotto, era stata solo la presenza di «circostanze speciali» a limitarne gli effetti negativi. Ad esempio, negli Stati Uniti il fatto che la società era «ordinata istituzionalmente» (ossia era riccamente innervata dai corpi intermedi) e lo Stato non era «che una delle tante forze sociali» (anzi «la sola forza sociale che funziona male»). Quanto all'Impero germanico, la società non vi era «pensata attraverso il crogiuolo livellatore della rivoluzione francese» e presentava «poderose basi storiche». Insomma, il radicamento degli assetti costituzionali nella storia, secondo Jacini, era tale da attenuare persino gli effetti negativi del suffragio universale. In Francia invece era stata «l'abbondanza della ricchezza economica suddivisa» ad aver creato un fitto intreccio di interessi, che erano riusciti fino a quel momento a far «argine allo straripamento del proletariato ignorante». In definitiva, secondo il senatore, una maggiore distribuzione della ricchezza, contribuendo a sviluppare il senso di appartenenza alla comunità, era anch'essa in grado di attenuare gli effetti perversi del suffragio universale. Ma in Italia non esisteva un «ordinamento istituzionale» (ossia un'autonoma orditura socio-istituzionale non riconducibile allo Stato), la società era priva di «poderose» basi storiche e non vi era il fitto intreccio di interessi economici riscontrabile in Francia. Per cui, se vi fosse stato introdotto il suffragio universale, «all'indomani [...] la barbarie» e «il caos sarebbero» stati «alle porte».

Invece, secondo Jacini, non era contrario al buon senso distinguere la fonte del diritto elettorale dall'esercizio di questo. Ossia ritenere che, mentre la fonte di quel diritto era in ogni cittadino adulto, il suo esercizio doveva essere «ordinato in modo da atteggiarsi alla realtà dei fatti sociali esistenti». Quel risultato poteva essere conseguito con un metodo di elezione a due gradi. Jacini, nel giustificarlo, aveva scritto che, se era assurdo attribuire a tutti la facoltà di eleggere immediatamente coloro nelle cui mani erano «riposti i più alti interessi della patria», non lo era presumere che tutti fossero in grado di decidere quali fra le persone che conoscevano fossero in grado di «esercitare» il «mandato di fiducia» consistente nell'eleggere un rappresentante.

Anche l'uomo più rozzo difficilmente si ingannava nel giudicare le qualità di una persona che conosceva.

Quel sistema non sarebbe stato che «la legge della selezione applicata alla materia elettorale». D'altro canto – aveva aggiunto Jacini – in Italia l'elezione a due gradi di fatto già esisteva, anche se «in senso inverso». Erano i prefetti, «de sette, il giornalismo, i comitati elettorali» a costituirsi come elettori di secondo grado quali «uomini di fiducia». Erano essi a scegliere il rappresentante per poi rivolgersi agli elettori per vedere confermata e rendere «legale la nomina». Al contrario, adottando il sistema proposto, gli elettori di secondo grado sarebbero stati scelti e nominati «immediatamente» dagli elettori di primo grado e si sarebbe evitato che essi si autonominassero, come di fatto accadeva, «talvolta con pochissima modestia e non senza petulanza»⁷¹.

Invece John Stuart Mill aveva espresso critiche severe all'elezione indiretta, ritenendola senz'altro inferiore a quella diretta come strumento di educazione e cultura politica. Delegando a un corpo ristretto la selezione dei parlamentari, a suo avviso, sarebbe venuta meno ogni identificazione del deputato con la nazione e nel primo sarebbe venuto meno ogni senso di responsabilità. Per essere certo dell'elezione al deputato sarebbe stato sufficiente assicurarsi il sostegno di pochi elettori. L'affidamento a un corpo ristretto di persone del compito di eleggere i deputati avrebbe aumentato le pratiche illecite, gli intrighi e i fenomeni corruttivi. E alla possibile obiezione secondo cui gli elettori sarebbero stati comunque responsabili nei confronti di chi li aveva designati Mill aveva replicato che quegli elettori, non svolgendo in maniera permanente una funzione pubblica, non avrebbero rischiato niente se si fossero lasciati corrompere⁷².

Di segno completamente diverso erano le critiche rivolte da Persico al voto indiretto. Il giurista napoletano riconosceva che il sistema proposto da Jacini presentava due vantaggi. In primo luogo era ragionevole che la scelta del deputato fosse affidata a «persone colte e dabbene». Inoltre, adottando quel sistema, sarebbero stati ridimensionati i maneggi di «mestatori» e «trafficienti». Ma Persico

⁷¹ S. JACINI, *I conservatori e l'evoluzione naturale dei partiti politici in Italia*, Milano, G. Brigola e Comp. Editori, 1879, pp. 144-149.

⁷² J. STUART MILL, *Considerazioni sul governo rappresentativo*, a cura di M. Prospero, Roma, Editori Riuniti, 1997, IX, p. 145.

riteneva anche il doppio grado di elezione un sistema «poco o nulla organico». Era tutt'al più un ripiego, non privo degli inconvenienti degli altri sistemi. Il suo limite consisteva pur sempre nel ritenere che a essere rappresentati dovessero essere gli individui⁷³.

Persico rivolgeva poi anche al sistema proporzionale (delle cui varianti, in particolare, citava il metodo Hare, esaltato, fra l'altro, come egli rammentava, da Mill), la critica di avere come punto di partenza il voto individuale. Al riguardo richiamava le critiche che a quel metodo aveva rivolto Bluntschli⁷⁴.

Fra i vantaggi di quel sistema di voto Mill aveva invece posto quello di consentire all'elettore che non si sentiva rappresentato da nessuno dei candidati locali di votare un altro candidato della stessa lista. Inoltre, quel metodo, secondo il filosofo inglese, avrebbe permesso di dare una rappresentanza alle minoranze. Esso avrebbe consentito «di rappresentare, in modo proporzionale ai voti ottenuti, ciascuna parte del corpo elettorale». Dandovi attuazione, ogni elettore si sarebbe identificato col suo deputato e ogni rappresentante si sarebbe sentito legato al suo elettorato. Ma l'adozione del metodo Hare avrebbe nel contempo consentito di premiare le attitudini intellettuali degli aspiranti deputati. Infatti, era diventato sempre più difficile essere eletti ai Comuni per quanti erano dotati di «ingegno» e di «reputazione». Attualmente erano facilitati quanti vantavano un'influenza locale o si facevano «largo ricorrendo a spese folli». Attraverso il metodo Hare sarebbe invece riuscito eletto anche chi, dotato di notorietà nazionale, fosse privo di radicamento locale: «Solo così uomini di cultura affollerebbero le candidature»⁷⁵.

Anche Bluntschli aveva preso le mosse da una critica dei sistemi elettorali imperniati sui collegi uninominali. A prescindere dal fatto che la ripartizione dei collegi era spesso stabilita in modo arbitrario, quel metodo, secondo lo studioso svizzero, aveva qualcosa di violento perché i votanti erano costretti a far convergere i loro suffragi sui partiti maggiori, mentre molti di essi avrebbero preferito votare in modo diverso. Quel sistema, inoltre, favoriva i brogli e incentivava la lotta fra i partiti. Tuttavia, Bluntschli aveva ugualmente espresso un netto

⁷³ PERSICO, *Le rappresentanze*, cit., IX, pp. 102-103.

⁷⁴ Ivi, IX, pp. 103-104.

⁷⁵ MILL, *Considerazioni*, cit., VII, pp. 112-115.

dissenso dal metodo proposto da Hare, che, come anch'egli aveva sottolineato, era stato «vivamente appoggiato da *Stuart Mill*». A suo avviso non era infatti «pensabile che ogni elettore» potesse «giudicare sulla capacità ed idoneità di tutti i Deputati dell'intero paese, cioè su parecchie centinaia di uomini»⁷⁶.

Stranamente Persico non citava la critica, molto affine alla sua, che al metodo Hare aveva rivolto Ahrens. Esso, secondo lo studioso tedesco, rappresentava «l'exasperazione del principio di elezione per testa». Tolto un piccolo numero di candidati celebri, per gli altri sarebbe stato difficile «mettere [...] ordine e [...] coesione in» quella che si sarebbe presentata come una «massa» fluttuante «di atomi elettorali». Il che avrebbe reso inevitabile porre le elezioni nelle mani dei partiti. Peraltro, secondo Ahrens, il sistema ordinario del suffragio presupponeva «un certo modo naturale di distribuzione secondo le località», mentre il metodo proposto da Hare e da Mill realizzava il massimo dell'artificio. Astrazione che avrebbe ulteriormente aggravato le conseguenze dell'astrazione già insita nel suffragio universale. Secondo il giurista tedesco quel metodo era il riflesso di un'epoca in cui le scienze fisiche e naturali tendevano a «eliminare tutte le qualità ed a rinsaldarle in quantità numeriche». Ma era la stessa realtà a elevare la barriera contro cui erano destinati a infrangersi quei sistemi artificiali⁷⁷. Erano posizioni le cui assonanze con quelle di Persico erano innegabili.

Lo studioso napoletano passava poi a esaminare il sistema del suffragio dinamico proposto da James Lorimer, che consisteva nell'attribuire all'elettore un certo numero di voti in ragione dell'età, del censo, della professione e dell'istruzione. Lo studioso scozzese aveva distinto tre criteri di attribuzione del diritto di voto. Questa poteva essere fatta dipendere esclusivamente dalla proprietà, esclusivamente dall'educazione o dal possesso di una molteplicità di requisiti (proprietà, istruzione, professione e ufficio ricoperto). La scelta di ciascuno di quei criteri implicava l'adesione a una «separate theory of politics». Il primo configurava lo Stato come una «joint-stock company», al cui governo i *partners* erano ammessi in proporzione ai loro investimenti. Il secondo criterio implicava che lo Stato fosse concepito come un'istituzione

⁷⁶ G. G. BLUNTSCHLI, *La politica come scienza*, Napoli, Dottor Leonardo Vallardi Editore, 1879, lib. X, cap. III, pp. 359-364.

⁷⁷ AHRENS, *Corso*, vol. II, cit., § 118, pp. 404-406.

educativa, «a sort of college». Adottando il terzo, a cui andavano le preferenze di Lorimer, lo Stato era invece concepito come un organismo, composto, al pari di un corpo naturale, di varie membra, ciascuna delle quali era chiamata a svolgere una funzione⁷⁸.

Sulla base di quei presupposti lo studioso scozzese non aveva mancato di formulare una dettagliata proposta circa l'attribuzione dei voti. L'essere cittadino, maggiorenne e privo di ogni «disqualification» avrebbe dato diritto a un voto. Avrebbero poi attribuito uno, due o tre voti aggiuntivi rispettivamente l'aver esercitato per 10 anni il diritto di voto avendo un'età inferiore a 31 anni, l'averlo esercitato per 20 anni avendo un'età inferiore a 41 anni e l'averlo esercitato per 30 anni avendo un'età inferiore a 51 anni. A tre voti avrebbe dato diritto l'essere un *ex* membro del Parlamento. Fino a dieci voti sarebbero stati attribuiti dalla proprietà. Quanto all'istruzione, avrebbe dato diritto, in relazione ai suoi vari gradi, fino a quattro voti. Quattro voti avrebbe conferito anche l'essere membro del clero o l'esercitare una professione legale o medica⁷⁹.

Nella proposta di Lorimer il censo giocava un ruolo molto importante. Invece, Mill, nel proporre il voto plurimo, pur partendo dal presupposto che bisognava evitare il rischio di un'influenza eccessiva delle classi lavoratrici giacché la democrazia non poteva essere organizzata in modo da consentire a una sola classe di controllare la legislazione e l'amministrazione e pur ritenendo che dovessero essere esclusi dal voto, oltre agli analfabeti, quanti beneficiavano dell'assistenza poiché non poteva essere consentito di decidere la destinazione del denaro altrui a quanti non erano in grado di mantenersi col proprio lavoro, aveva scritto che, se fra i meriti di un governo libero vi era quello di educare gli strati sociali più bassi, era dall'esercizio dei diritti politici che poteva venire l'educazione culturale delle masse. Infatti, chi era privo del diritto di voto e non aveva prospettive immediate di ottenerlo si mostrava sempre malcontento di tutto o non si curava affatto degli interessi generali della società.

Alla professata sensibilità per l'esigenza di una crescita civile delle masse Mill aveva accompagnato l'importante puntualizzazione

⁷⁸ J. LORIMER, *Constitutionalism of the future or Parliament the mirror of the nation*, Edinburgh, Adam and Charles Black, 1865, pp. 124-128.

⁷⁹ Ivi, p. 173.

secondo cui, se le persone dotate di qualità superiori avevano il diritto di esercitare una maggiore influenza, solo temporaneamente quell'influenza poteva essere messa in relazione con la ricchezza. Infatti, sulle «condizioni sociali» incideva «più la fortuna che non il merito personale». Viceversa, chi era «in possesso di una grande cultura» difficilmente riusciva «a occupare un gradino elevato nella scala sociale». Alla luce di quelle considerazioni, Mill aveva affermato in maniera netta che porre in correlazione ricchezza e voto plurimo avrebbe contraddetto il principio stesso del suffragio. Il voto di un soggetto – era stata la conclusione del filosofo – poteva contare di più solo in ragione della sua superiorità intellettuale⁸⁰.

Ahrens, scrivendo che Lorimer aveva «voluto tradurre il concetto fondamentale del Mill in un sistema completo», sembrava aver sottovalutato che alle proposte dello studioso scozzese era sottesa una visione organicistica assente nell'autore delle *Considerazioni* e soprattutto che il primo aveva mostrato una sensibilità per gli interessi delle classi possidenti non riscontrabile nel secondo⁸¹. D'altro canto, era stato lo stesso Lorimer a sottolineare che le sue posizioni non erano perfettamente coincidenti con quelle di Mill. Infatti, rivolto a quest'ultimo, aveva scritto: «you are still a Liberal, and I am still a Conservative»⁸².

A Lorimer Ahrens aveva comunque obiettato che, fatte salve le rendite, era impossibile attribuire i voti sulla base di qualità puramente personali⁸³. Ma a Mill aveva rivolto la critica che la sua proposta di voto cumulativo era in contrasto con lo «spirito democratico di eguaglianza». Una sensibilità che appariva sospetta in un sostenitore di tesi organicistiche. Più congeniale all'asse culturale che sorreggeva quelle posizioni era invece l'affermazione secondo cui era impossibile «misurare l'intelligenza aritmeticamente mediante un numero di voti»: intelligenza che peraltro doveva essere sempre accompagnata dalla moralità⁸⁴.

⁸⁰ MILL, *Considerazioni*, cit., VIII, pp.128-136.

⁸¹ AHRENS, *Corso*, vol. II, cit., § 118, p. 407.

⁸² LORIMER, *Constitutionalism*, cit., p. V.

⁸³ AHRENS, *Corso*, vol. II, cit., § 118, p. 407.

⁸⁴ Ivi, vol. II, § 118, p. 406.

La polemica contro l'artificio della quantità era un *Leitmotiv* dei sostenitori di quelle posizioni. Infatti Persico, dopo aver definito quello proposto da Lorimer un «sistema [...] ingegnoso, e più equo ed organico dei precedenti», scriveva che neanche esso sfuggiva alla critica di muovere pur sempre dall'individuo, mentre la rappresentanza aveva necessariamente una genesi sociale e collettiva. Persico concedeva tuttavia a Lorimer che il suo era «il meno incongruo [...] tra i sistemi individuali di suffragio»⁸⁵.

9. *Il fondamento dell'obbligazione politica*

Secondo lo studioso napoletano non era possibile porre su solide basi la rappresentanza senza prendere di petto il problema della titolarità del potere supremo. Come si è accennato, Persico leggeva la filosofia dominante in Francia nel XVIII secolo come una reazione alla dottrina del diritto divino dei re. Di quelle «nuove dottrine politiche e sociali» il *Contratto sociale* di Rousseau era stato il «manifesto». Ma il giurista riteneva dei «feticci» sia il diritto divino dei re che la sovranità popolare. Non vi era alcuna ragione – scriveva – perché la «volontà de' molti» non potesse fare male come quella di uno solo. D'altra parte, il «preteso [...] dominio [...] del popolo» era stato «in pratica altrettanto capriccioso e assurdo e sanguinario» di quello «de' più famosi tiranni». La confusione era poi addirittura cresciuta quando si era tentato di superare le «assurdità» del diritto divino dei re e della sovranità popolare attraverso la dottrina secondo cui la sovranità risiedeva nella nazione. L'errore comune a tutte quelle teorizzazioni consisteva nell'ostinarsi ad andare alla ricerca del soggetto in cui risiedeva la sovranità. Una ricerca che assomigliava a quella della sede dell'anima. La verità era che la sovranità non costituiva «il privilegio di nessun uomo, di nessuna famiglia, di nessuna classe sociale, nè di tutto il popolo preso insieme». Era infatti del tutto inappropriato applicare al potere sovrano l'idea di possesso o di proprietà⁸⁶.

Invece, secondo Persico, bisognava chiedersi quale fosse l'origine dell'autorità. Ebbene, a suo avviso, la superiorità che alcuni uomini mostravano nei confronti degli altri aveva «il suo principio e il suo titolo

⁸⁵ PERSICO, *Le rappresentanze*, cit., IX, p. 104.

⁸⁶ Ivi, XII, pp. 116-118.

[...] in sè» stessa. Gli uomini – argomentava lo studioso – erano moralmente uguali. Principio consacrato dal Cristianesimo e dalla Rivoluzione francese, «in questo concordi». Ma che gli uomini fossero moralmente uguali non implicava che lo fossero politicamente, ossia che fossero atti o avessero un diritto «innato ed attuale al governo della società». Uguaglianza significava solo che non erano legittime leggi o situazioni di fatto che precludevano «all'infimo cittadino di salire in alto a reggere lo Stato». Ma il diritto di comandare non era dato dalla natura a ogni uomo e dal «consorzio civile» a ogni cittadino. Gli uomini erano uguali in base al diritto naturale e i cittadini lo erano in base al diritto civile. Ma, data quella «fondamentale e virtuale uguaglianza», vi erano fra gli uomini numerose «disparità» che nascevano dal carattere, dalle attitudini, dall'educazione, dalla cultura, dal «grado sociale» in cui ciascuno era «collocato» (sarebbe stato troppo attendersi da Persico una piena consapevolezza della necessità di rimuovere quei condizionamenti) e dagli «accidenti della vita». Fra gli stessi selvaggi, che pure si assomigliavano di più degli uomini civilizzati, vi erano differenze di destrezza e persino di intelligenza. Per cui «il regime politico inventato» da Rousseau non si sarebbe pienamente adattato neanche a quei selvaggi che gli erano tanto «cari».

E, se gli uomini erano, di fatto, disuguali, era dalla superiorità derivante dalle doti naturali e dalle capacità acquisite con l'esperienza che scaturiva l'autorità e nasceva il diritto di comandare. L'adesione e l'ossequio alle «superiorità incontestabili» – aggiungeva Persico – erano involontari e naturali. Ad esempio, all'autorità di uomini come Napoleone I e Cavour sarebbe stato impossibile resistere⁸⁷.

Era dunque la disuguaglianza incardinata nella natura delle cose a legittimare le relazioni di comando e di obbedienza. Ed era la «supremazia sociale» a convertirsi in «autorità politica». Al riguardo il giurista, respingendo la tesi del carattere convenzionale della «società civile e politica», si rifaceva esplicitamente a quella aristotelica della naturale socievolezza dell'uomo. Che costituiva a suo avviso un fondamentale argomento contro il contrattualismo rousseauiano. Infatti, i contratti nascevano dalla volontà: potevano anche non essere stipulati. Invece, la società era «un'intima necessità della umana natura». Ed era «una legge fondamentale della società politica» quella secondo

⁸⁷ Ivi, XII, pp. 122-125.

cui governavano i migliori. In fondo, lo stesso Rousseau aveva affermato che l'ordine migliore e più naturale era quello in cui i saggi governavano la moltitudine. Era vero che per il Ginevrino quell'aristocrazia era elettiva. Ma, alla luce di quell'affermazione, era altrettanto vero che per lui non era «la volontà della folla» a fare il governo, ma il «diritto naturale dei più saggi in mezzo alla folla»⁸⁸.

D'altro canto, lo spirito democratico che informava le odierne società europee, lungi dal contraddire, confermava che «il dettar legge e il governare e il giudicare» spettavano «a chi col senno, con la dottrina, con la probità» era «degno di uno di quei nobili uffici». Le aristocrazie ereditarie, che ancora esistevano in Inghilterra, erano state «il modo quasi naturale» con cui si erano costituiti in Europa «i regni feudali». In epoche remote era stata la presenza di quegli ordini a garantire la solidità dello Stato. I signori governavano «per proprio dritto» perché allora erano i migliori. In una situazione caratterizzata da un'ignoranza e da una povertà pressoché generalizzate era facile che i baroni fossero i soli ad acquistare le doti e le attitudini necessarie al comando. Ma nel XVIII secolo, quando la cultura e le attività economiche avevano messo in evidenza le qualità della borghesia, quella pretesa di dominio dell'aristocrazia feudale era apparsa sempre di più come un privilegio ingiusto. Peraltro, già nel secolo precedente un Richelieu si era convinto che un borghese colto meritasse di ricoprire la carica di intendente più di un cortigiano corrotto.

Quando, con l'elevazione di certe classi e il «pervertimento» di certe altre, la «legalità degli ordini costituiti» entrava in contraddizione con la «legittimità del reggimento», si faceva strada la convinzione che al governo dello Stato vi erano uomini e classi incapaci. Le rivoluzioni non erano che «il ritorno violento» delle «società a quella legittimità naturale» con cui la legalità era entrata in collisione. Pertanto, era stato senz'altro un bene che la Rivoluzione francese avesse distrutto le aristocrazie ereditarie. Ma dopo una rivoluzione bisognava nuovamente armonizzare legalità e legittimità. E in questo si erano rivelati tutti i limiti della Rivoluzione francese. Buona ad abbattere, non lo era stata a riedificare. Ricostruzione alla quale era del tutto inidonea quell'idea

⁸⁸ Ivi, XIII, pp. 127-130. La posizione del Ginevrino richiamata da Persico era in J.-J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, traduzione di M. Garin, introduzione di T. Magri, Roma-Bari, Laterza, 2010, lib. III, cap. V, pp. 98-101.

dell'uguaglianza civile e politica che era stata «lo stendardo vittorioso della Rivoluzione». L'abolizione dei privilegi non avrebbe infatti potuto «annullare quelle» disuguaglianze sociali che sarebbero state destinate a costituire il fondamento dello Stato finché fosse durata l'umanità⁸⁹.

10. *Gli interessi come bisogni sociali*

Affrontato il problema delle origini del potere, Persico passava ad esaminare la configurazione giuridica della rappresentanza. Egli negava che consiglieri e deputati fossero assimilabili ai mandatari. Non erano revocabili né l'espletamento delle loro funzioni poteva essere soggetto a condizioni o istruzioni, essendo vietato il mandato imperativo. Consiglieri e deputati non erano assimilabili neanche agli avvocati e ai procuratori giacché, a differenza di questi, oltre a non poter essere revocati, si occupavano non di materie particolari, ma di questioni molteplici e di varia natura, «riguardanti gli elettori e i non elettori»⁹⁰.

Ma Persico dissentiva anche dalla tesi di Cossé secondo cui il divieto del mandato imperativo non comportava l'esclusione di una certa 'imperatività morale' nascente da una sorta di contratto intervenuto fra elettore ed eletto sulla base di certi dati di fatto, delle opinioni espresse dal candidato e della sua vita precedente il momento dell'elezione⁹¹. Persico parlava di «vaghezza e improprietà di quelle parole d'*imperatività morale*». Cossé, da seguace di Rousseau, era andato alla ricerca di «ripieghi» atti a giustificare quel regime parlamentare che era in antitesi con la «rigida dottrina» del Ginevrino. Rendendosi conto del fatto che pochi elettori erano realmente consapevoli di ciò che il deputato faceva, aveva ritenuto di poter uscire da quella difficoltà supponendo la configurabilità di una «presunzione sommaria e induttiva» circa le «qualità del candidato».

Cossé ipotizzava che i rappresentanti fossero tenuti a seguire gli orientamenti dei loro elettori. Ma Persico obiettava che gli elettori di uno stesso rappresentante non avevano orientamenti omogenei.

⁸⁹ PERSICO, *Le rappresentanze*, cit., XIV, pp. 135-138.

⁹⁰ Ivi, XVI, p. 155.

⁹¹ Ivi, XVI, p. 156. Cfr. É. COSSÉ, *Du principe de souveraineté. Essai sur les causes de l'instabilité des institutions politiques de la France*, Paris, Librairie nouvelle de droit et jurisprudence Arthur Rousseau Éditeur, 1882, pp. 69-70.

Inoltre, ben pochi erano quelli effettivamente capaci di valutare i programmi elettorali. Alcuni votavano anche «per bizzze personali» o perché si attendevano favori. Nello scrutinio di lista era poi del tutto improprio parlare di «volontà buona o cattiva» dell'elettore⁹².

Quell'erronea assimilazione della rappresentanza al mandato – notava Persico – derivava da un'indebita mescolanza di concetti di diritto privato e pubblico. Nella «vita collettiva e sociale», infatti, veniva in considerazione non la «volontà» o la «libertà di un uomo», ma l'«utilità comune». Perciò, i rappresentanti pubblici dovevano essere gli interpreti non di una volontà o di più volontà, ma di un interesse pubblico. E gli interessi pubblici non erano che i bisogni della vita sociale. Quei bisogni, quando diventavano imperiosi, finivano sempre per trovare un uomo o alcuni uomini disposti ad adoperarsi per farli valere come diritti. Costoro diventavano in tal modo i rappresentanti di quegli interessi. Ai portatori degli interessi importava poco come questi fossero fatti valere: «la stampa, l'elezione, la piazza, la violenza e la rivolta aperta». Essi si curavano della sostanza⁹³.

Fin qui Persico aveva parlato di rappresentanza in senso lato. Lo aveva fatto per porre in evidenza che quella nozione non era riconducibile a una logica privatistica. Ma di seguito si sforzava di storicizzare l'emersione della rappresentanza⁹⁴. Ribadendo il suo dissenso dalla tesi secondo cui era stata l'impossibilità di riunire un intero popolo a renderla necessaria, spiegava che essa era nata quando «l'elemento popolare» era entrato a «far parte del reggimento politico». Nelle società antiche, basate sul lavoro degli schiavi, votava ogni cittadino «fornito di un censo» e quindi dotato di «un diretto interesse

⁹² PERSICO, *Le rappresentanze*, cit., XVI, pp. 156-158.

⁹³ Ivi, XVI, pp. 158-160.

⁹⁴ In realtà, la dottrina ottocentesca non era stata concorde sulle origini della rappresentanza. Pertanto, aveva espresso orientamenti non univoci sul carattere rappresentativo della costituzione cetuale e quindi sulla possibilità di estendere la nozione di rappresentanza all'Antico Regime. Ad esempio, Bluntschli aveva esplicitamente tematizzato le differenze esistenti fra la costituzione dei ceti e quella rappresentativa. Invece Ahrens aveva fatto derivare la rappresentanza dallo spirito e dalle istituzioni dei popoli germanici, oltre che dalle «assemblee primitive del cristianesimo». E, a differenza di Bluntschli, aveva ritenuto senz'altro di natura rappresentativa la costituzione cetuale. Cfr. BLUNTSCHLI, *Diritto pubblico universale*, vol. I, Napoli, Tipografo-Editore Cav. G. De Angelis, 1873, cap. V, pp. 417-422; AHRENS, *Corso*, vol. II, cit., § 317, pp. 395-396.

alla cosa pubblica». Con l'abolizione della schiavitù promossa dal Cristianesimo e la conseguente diffusione del lavoro libero la proprietà immobiliare era stata affiancata da quella mobiliare. Un nuovo ordine sociale, promotore della vita dei comuni, la borghesia, era emerso accanto a quello dei signori feudali. I borghesi avevano un interesse collettivo da far valere. E la rappresentanza era nata proprio perché essi potessero far valere quell'interesse collettivo⁹⁵.

A dare origine alla rappresentanza era stata quindi la «specificazione avvenuta nelle classi sociali». Le istituzioni – sottolineava Persico – avevano un loro corso naturale. Con accenti vichiani il giurista scriveva che bisognava «sorprenderne [...] l'essenza e lo scopo» nel «primo loro apparire [...] perchè naturale e spontaneo». Era quindi nelle dinamiche istituzionali dell'Antico Regime che andava colta la vera essenza della rappresentanza. Essenza poi offuscata dal dottrinarismo degli artefici della Rivoluzione francese⁹⁶.

Il tasto batteva ancora una volta sull'impossibilità di ricostruire sul solo fondamento della democrazia. Contro la torsione volontaristica di matrice rivoluzionaria Persico scriveva che le società umane avevano «certe leggi stabili della loro vita» che nessun arbitrio poteva modificare in modo durevole. Leggi fra le quali vi era quella secondo cui in ogni società le tre «forme della sovranità», la monarchia, l'aristocrazia e la democrazia, tendevano sempre a mescolarsi. Ascrivere un regime politico a una di esse dipendeva solo dalla prevalenza di uno di quegli elementi. Persico notava al riguardo che persino «nel dispotico Oriente» la monarchia non era «esclusiva» e «assoluta [...] nello stretto significato della parola». Negli «Stati civili» era poi «innegabile la presenza perenne» di quei tre elementi. Infatti, un organismo politico non poteva reggersi se non era diretto dalla parte migliore e più capace e se non vi era chi ne coordinava «in unità» la vita e l'azione. Anche le repubbliche, ad esempio, avevano cariche monocratiche.

Nelle «monarchie democratiche» vi era un'aristocrazia, anche se non più feudale ed ereditaria, ma costituita dalla burocrazia e dalla magistratura. Le monarchie si erano democratizzate perché i re prendevano consiglio non più dai signori, ma «da avvocati, [...] letterati» e «banchieri». Ma nel contempo le istituzioni si erano

⁹⁵ PERSICO, *Le rappresentanze*, cit., XVI, pp. 164-166.

⁹⁶ Ivi, XVI, p. 167.

«monarchizzate» perché erano cresciuti gli «agenti singoli», dai ministri ai prefetti ai sindaci. Come aveva messo in evidenza Spencer, persino in Inghilterra si assisteva a una tendenza a preporre all'amministrazione agenti singoli, adottando «la forma continentale». Insomma, la monarchia feudale si era trasformata in popolare e l'aristocrazia feudale in aristocrazia civile⁹⁷.

Da quel progresso – teneva tuttavia a sottolineare Persico – non era legittimo inferire che tutti potessero «indistintamente [...] dirigere lo Stato». Il progresso apprezzato dallo studioso napoletano era solo quello che avveniva senza sommovimenti rivoluzionari, tanto da poter rintracciare in esso persino una parte dell'eredità dell'Antico Regime. Persico scriveva infatti che le monarchie restaurate dopo la Rivoluzione, diventando costituzionali e rappresentative, portavano in dote le istituzioni civili al cui sviluppo esse stesse avevano contribuito. Quelle monarchie operavano infatti in accordo col «nuovo principio borghese e democratico che aveva trionfato sui nobili, cioè sui rivali comuni».

Qui Persico valorizzava fortemente l'azione di contenimento della feudalità svolta dalle monarchie d'Antico Regime. In fondo, con l'eversione della feudalità non era stata portata che alle estreme conseguenze un'opera di compressione del baronaggio che gli Stati d'Antico Regime avevano già avviato⁹⁸.

Di seguito il giurista ritornava sugli elementi di continuità esistenti fra Antico Regime e assetti giuspolitici dell'Ottocento. Lo Stato nuovo, se non era quello del 'Medioevo' (espressione che, come si è visto, Persico usava come comprensiva dell'intero Antico Regime), ne era «un prodotto». Gli elementi che componevano lo Stato nel 'Medioevo', pure «purgati» dei vincoli e dei privilegi che «violavano quel diritto all'eguaglianza civile che l'uomo moderno reclamava con ragione»,

⁹⁷ Ivi, XVII, pp. 171-173. Spencer aveva posto in relazione l'espansione della burocrazia e l'aumento della sua potenza con l'accrescersi dei compiti dello Stato. E aveva sottolineato che un apparato di funzionari pubblici, quando superava un certo stadio di sviluppo, diventava sempre più potente, come era dimostrato dall'esperienza dell'Europa continentale. Peraltro, poiché la burocrazia garantiva una buona carriera ai loro congiunti, finivano per favorirne l'espansione anche quelli che vi sarebbero stati contrari. Cfr. H. SPENCER, *L'individuo e lo Stato*, Città di Castello, J. Lapi Tipografo Editore, 1886, pp. 43-44.

⁹⁸ PERSICO, *Le rappresentanze*, cit., XVII, pp. 174-175.

dovevano «ricomporsi di nuovo politicamente ed amministrativamente, facendo cessare la babilonica supremazia del numero»⁹⁹.

Qui la continuità da constatazione si faceva esplicitamente progetto. Progetto alternativo alla logica demolitrice della Rivoluzione francese, che, distruggendo le classi, i comuni e le province, aveva preteso di impennare la ricostruzione sul «nudo aggregato delle molecole sparse e disseminate». Si era dato il nome di libertà a quel «concorso arbitrario e intermittente di [...] atomi sociali». E poiché le «molecole amorfe» non potevano dar vita a un aggregato, le elezioni comunali, provinciali e politiche erano «tentativi di cristallizzazioni disordinate e torbide», mancanti del «principio discretivo ed aggregativo delle forze chiamate a comporsi insieme»¹⁰⁰.

Lo studioso prendeva le mosse da una visione armonicistica, di cui era componente essenziale l'accettazione quale dato naturale delle dissimmetrie potestative. L'ordinata convivenza fra le classi implicava «il naturale prevalere di una sulle altre». Da quelle premesse scaturiva l'affermazione di valore strategico secondo cui lo Stato andava pensato in rapporto alla stratificazione sociale: «I governi non esistono che per proteggere ed aiutare nella espansione ordinata le classi sociali di ogni natura». Il diritto e la giustizia, senza i quali uno Stato non aveva «nè il fondamento nè la ragione per durare», non erano altro che «la proporzionata difesa degli'interessi di ciascuna classe, come di ciascun individuo in ogni classe». E poiché le classi sociali avevano «un valore sociale diverso», «politicamente non» potevano «pesare allo stesso modo». Infatti, l'uguaglianza fra le classi sarebbe stata «un'assurda ingiustizia».

Le gerarchie sociali erano un elemento costitutivo degli «ordini liberi» del tutto conforme al senso comune. Pertanto, l'adozione di un «falso principio di eguaglianza», indotta dai «preconcetti democratici», che pretendesse di abolire ogni distinzione di classe, non avrebbe permesso di «edificare uno Stato», ossia di organizzare questo «per le sue vie naturali». La «civiltà» e il «progresso della libertà politica» non consistevano che nell'elevazione di certe classi, nelle garanzie ad esse concesse, nella protezione dei loro interessi e infine nella

⁹⁹ Ivi, XIX, p. 185.

¹⁰⁰ Ivi, XVII, p. 176.

predisposizione delle condizioni atte a consentire ad esse di partecipare alla direzione politica. In quel moto ascensionale era decisivo non il numero degli appartenenti a una classe, ma la sua qualità e superiorità rispetto alle altre.

Al riguardo Persico teneva a puntualizzare che le classi inferiori, ossia quelle operaie e contadine, seguivano il movimento, ma non lo dirigevano. Le classi popolari erano state certo protagoniste della Rivoluzione francese ed era stato a seguito della loro partecipazione al moto rivoluzionario che si erano liberate «dalle angarie e dai privilegi che le opprimevano». Ma non erano entrate a far parte dell'Assemblea e non avevano partecipato al governo «nè per verità» sarebbe stato «giusto e naturale che» ciò avvenisse¹⁰¹.

11. *Un nuovo sistema elettorale per la nascita di un vero bipartitismo*

Nell'ambito delle classi sociali Persico attribuiva ovviamente una posizione di preminenza ai «possidenti, che col lavoro già accumulato da sè o da altri», avevano la possibilità di «sottrarsi al bisogno di una speciale professione e addirsi perciò meglio ad opere libere e gratuite»¹⁰². La proprietà era *condicio sine qua non* di una piena cittadinanza.

Era su quelle fondamenta che il giurista napoletano basava le sue proposte sulla composizione delle assemblee elettive. Nel formularle discuteva le proposte di Prins, autore con cui dichiarava di essere in sintonia su numerosi punti. Ne condivideva l'apprezzamento per le corporazioni di arti e mestieri del Medioevo, che lo studioso belga aveva considerato, al netto dei ceppi del particolarismo, l'anticamera dell'odierno sistema rappresentativo. Analogamente a Persico, Prins aveva criticato l'artificio delle attuali rappresentanze politiche e posto l'accento sull'esigenza di fondare le rappresentanze su basi organiche e naturali. Sempre in analogia a Persico, lo studioso belga aveva sostenuto che a essere rappresentati dovevano essere gli interessi e non le volontà individuali¹⁰³.

¹⁰¹ Ivi, XVIII, pp. 180-182.

¹⁰² Ivi, XVIII, p. 180.

¹⁰³ Ivi, XIX, p. 183.

Prins aveva affermato senza mezzi termini che il Medioevo aveva conosciuto la sovranità popolare¹⁰⁴. La maggior parte dei principi proclamati dalla Rivoluzione – aveva scritto – era stata già realizzata in concreto nelle democrazie comunali senza il ricorso alla vuota fraseologia rivoluzionaria dell’89. Ma lo studioso aveva soprattutto puntualizzato che il comune aveva conosciuto la sovranità del popolo senza per questo mettere il governo nelle mani della «multitude incapable»¹⁰⁵.

Benché Persico non lo rammentasse, un altro elemento di consonanza con lo studioso belga era costituito dalla tesi secondo cui elezione e rappresentanza non coincidevano: il mandatario eletto da una maggioranza di cittadini – aveva notato Prins – non rappresentava la minoranza né rappresentava effettivamente la stessa maggioranza. Non a caso la democrazia comunale attribuiva maggiore importanza al principio della rappresentanza che a quello dell’elezione¹⁰⁶. Quando un gruppo sociale – aveva aggiunto lo studioso belga – era realmente rappresentato importava poco il numero degli elettori. Coerentemente con quella posizione Prins aveva espresso il proprio apprezzamento per il ruolo svolto da Guizot nel superare la concezione atomistica della rappresentanza nata dalla Rivoluzione francese. I dottrinari, a suo avviso, erano stati i primi a porre un argine al «règne de la multitude»¹⁰⁷. Quanto poi a Bluntschli, a differenza, come si vedrà, da Persico, Prins lo ascriveva senz’altro ai sostenitori dell’elezione per classi¹⁰⁸.

Prins aveva proposto di suddividere il territorio in distretti agricoli e industriali, piccole città e grandi città. I cantoni rurali e industriali

¹⁰⁴ A. PRINS, *La démocratie et le régime parlementaire*, Bruxelles, Librairie C. Muquardt Merzbach & Falk, Éditeurs, 1884, p. 64.

¹⁰⁵ Ivi, p. 88.

¹⁰⁶ Ivi, pp. 96-97.

¹⁰⁷ Ivi, p. 193. Il rifiuto del volontarismo era stato espresso in termini analoghi da Ahrens. Questi aveva scritto che la rappresentanza doveva essere quanto più possibile espressione non della volontà, ma dell’intelligenza, della ragione e della «coltura sociale». Le elezioni dovevano essere ispirate allo stesso principio per cui la volontà individuale doveva essere sottomessa alla ragione. Di qui la contrapposizione fra il sistema di elezione da lui propugnato e quello astratto, individualistico e atomistico che non riconosceva che «la qualità formale del cittadino». Ossia «un sistema matematico di numerazione e di maggioranza» che costituiva «una [...] conseguenza della teorica di Rousseau». Cfr. AHRENS, *Corso*, vol. II, cit., §§ 117-118, pp. 397-401.

¹⁰⁸ PRINS, *La démocratie*, cit., p. 202.

sarebbero stati suddivisi in due collegi: quello dei proprietari agrari e industriali e quello dei lavoratori agricoli e industriali. Ciascuno di essi avrebbe eletto un deputato. Inutile dire che, data la rispettiva consistenza numerica dei proprietari e dei lavoratori, la rappresentanza dei primi sarebbe stata nettamente sovradimensionata rispetto a quella dei secondi. Quella schiacciante prevalenza sarebbe stata solo in parte attenuata nella rappresentanza dei piccoli comuni, che, secondo la proposta di Prins, avrebbero dovuto essere suddivisi in tre collegi: dei «capacitaires», dei «censitaires» e di tutti gli altri cittadini.

Le grandi città sarebbero state poi suddivise in nove collegi. Un deputato sarebbe stato eletto dal collegio dei proprietari, mentre il collegio degli industriali e dei commercianti ne avrebbe eletto due, uno per ciascuna di quelle due categorie. Due deputati avrebbero espresso anche il collegio delle scienze e dell'insegnamento (uno dei quali attribuito a scrittori, giornalisti e artisti e l'altro agli insegnanti) e il collegio dei legali (uno dei quali attribuito agli avvocati e l'altro ai magistrati e ai funzionari dell'ordine giudiziario). Un solo deputato ciascuno avrebbero eletto i collegi del personale sanitario, della difesa nazionale, della pubblica amministrazione e dei culti. In un unico collegio sarebbero stati riuniti i lavoratori urbani, suddiviso però in quattro sezioni, ciascuna delle quali avrebbe eletto un deputato. Insomma, almeno a livello di grandi città, il sovradimensionamento della proprietà appariva in qualche misura attenuato¹⁰⁹.

Persico non entrava nel merito della quota di deputati attribuita da Prins a ciascuna forza sociale. Ma muoveva allo studioso belga l'obiezione di aver fondato la rappresentanza politica direttamente sulle classi sociali. Il giurista napoletano si chiedeva fra l'altro quale ruolo Prins riteneva dovesse essere attribuito ai comuni e alle province, che avevano propri «interessi da far valere e rappresentare, distinti da quelli dello Stato». Era dubbio se lo studioso belga a livello locale intendesse mantenere in vita rappresentanze inorganiche del tipo di quelle esistenti in Belgio e in Italia o ritenesse che alle classi sociali dovesse essere attribuito il compito di eleggere anche i consiglieri dei comuni e delle province.

Ma Persico rivolgeva alla proposta di Prins una ancora più decisiva obiezione: affidando direttamente alle classi l'elezione dei deputati al

¹⁰⁹ Ivi, pp. 210-212.

Parlamento, quell'organo sarebbe diventato teatro di una lotta incessante fra i rappresentanti delle forze sociali. Lo studioso napoletano riteneva peraltro emblematiche della difficoltà di elaborare un metodo organico di rappresentanza le posizioni di Bluntschli, che, pur criticando la rappresentanza fondata sul numero, non si era risolto «ad adottare un sistema»¹¹⁰.

Per uscire da quelle difficoltà Persico formulava una proposta imperniata sulla distinzione fra comunità urbane e rurali. Distinzione giustificata dal fatto che le popolazioni che risiedevano nelle une e nelle altre erano diversissime. Gli appartenenti alle classi rurali erano conservatori e religiosi. Avevano scarsa fiducia nella scienza. Anche una volta aboliti i vincoli feudali avevano conservato nei confronti dei proprietari «un sentimento di riverenza», anche se «misto spesso a rancore». Non era difficile governarli. Le popolazioni delle città erano articolate invece in una molteplicità di classi sociali. La città era spesso

¹¹⁰ PERSICO, *Le rappresentanze*, cit., XIX, pp. 184-186. In realtà, anche Bluntschli si era detto favorevole a una rappresentanza imperniata sui «Gruppi organici». Al pari di Persico, lo studioso svizzero aveva ritenuto il metodo consistente nel contare i voti dei singoli cittadini un prodotto di quella «scienza sociale» che considerava erroneamente gli uomini «membri [...] uguali [...] della società». Di lì era nato il difetto dell'odierno diritto pubblico che aveva portato a dissolvere il popolo «in migliaia, e milioni di elettori», niente affatto «legati» fra di loro. Invece la «dottrina politica organica», a cui andavano le preferenze di Bluntschli, considerava lo Stato e il popolo «non come un cumulo di diritti elettorali atomistici simile a un mucchio di sabbia», ma come un «corpo organico». Del resto – aveva notato lo studioso – anche le scienze naturali avevano mostrato come le cellule animali e vegetali non fossero tutte uguali. Era stato perciò frutto di un innegabile progresso della scienza e della «moderna» cultura politica l'acquisita consapevolezza che era «un pericoloso errore» disconoscere «la natura organica del popolo». Se le elezioni fossero state organizzate secondo le appartenenze sociali – aveva aggiunto Bluntschli – sarebbe venuto meno il pericolo non solo del dominio dei partiti, ma della mancata rappresentanza delle minoranze. Ma perché ciò avvenisse i collegi non avrebbero dovuto più essere «ripartiti arbitrariamente». Di qui l'apprezzamento di Bluntschli per la distinzione adottata in Germania fra comuni urbani e rurali. Ma, criticando Gneist, lo studioso svizzero aveva messo in guardia dalla creazione di un sistema elettorale a due classi (possidenti e nullatenenti). A suo avviso non vi sarebbe stato niente di più pericoloso di siffatta separazione. La conclusione del costituzionalista svizzero era stata che sarebbe occorso del tempo perché venisse data attuazione alla rappresentanza delle classi. Cfr. BLUNTSCHLI, *La politica*, cit., lib. X, cap. III, pp. 368-373. Era stata probabilmente quella cautela a indurre Persico a criticare la presunta irresolutezza di Bluntschli.

teatro di disordini a causa della spinta delle classi inferiori a «salire» nella scala sociale, impressionate dall'agiatezza e dal lusso delle classi superiori. Ma le città erano nel contempo «il centro di vita di una nazione». Anche alla luce di quelle differenze erano evidenti i guasti derivanti dallo «spirito livellatore francese», che aveva sottoposto a un regime unico tutti i comuni. Attenendosi a «quel criterio matematico», che era «la rovina del dritto politico», la sola differenza di cui si era tenuto conto nell'attribuire («arbitrariamente») un numero maggiore o minore di consiglieri era stata la diversità del numero degli abitanti. Dove – è appena il caso di sottolinearlo – per Persico arbitrio era tenere conto del numero, non attribuire una diversa valenza a questa o a quella classe. Ché, dal suo punto di vista, presupporre che le classi sociali avessero un diverso valore era pura conformità all'ordine naturale delle cose.

Dal «sistema livellatore alla francese» – notava lo studioso – si erano tenute distanti Inghilterra, Germania e Austria, mentre lo avevano senz'altro adottato Belgio e Italia¹¹¹. Persico proponeva invece tre diversi sistemi elettorali per il borgo o comune minore, per la città e per la provincia. Per i comuni con popolazione inferiore a 20000 abitanti la sua proposta prevedeva la suddivisione dell'elettorato in tre collegi: 1) dei proprietari e degli industriali; 2) dei coloni e dei lavoratori della terra e dell'industria; 3) degli esercenti tutte le altre professioni.

Quanto alle città, egli prevedeva la suddivisione del corpo elettorale in nove collegi. Il giurista napoletano, analogamente a Prins, ipotizzava la creazione di un collegio dei religiosi, ma non contemplandone uno della difesa nazionale, prevedeva che fosse istituito un unico collegio dei funzionari civili e militari (specificando tuttavia che da questo dovevano essere esclusi i soldati). Come Prins proponeva di creare un collegio dei legali e un collegio del personale sanitario, a cui ne aggiungeva un altro degli ingegneri, degli architetti e degli imprenditori di opere pubbliche. Lo studioso napoletano prevedeva poi l'istituzione di un apposito collegio dei proprietari di immobili, a cui ne affiancava uno dei capi d'industria e del commercio. Quanto agli operai e agli artigiani, secondo la sua proposta, sarebbero stati riuniti in un unico collegio, non suddiviso in sezioni come ipotizzato da Prins per quello dei lavoratori urbani.

¹¹¹ PERSICO, *Le rappresentanze*, cit., XIX, pp.187-191.

Persico, a differenza dello studioso belga, non prevedeva un numero fisso di deputati per ciascuno dei collegi. Ma puntualizzava che a ciascuno di questi andava attribuito un numero di rappresentanti corrispondente alla sua «importanza sociale». L'intento era palesemente quello di sovradimensionare la rappresentanza delle classi più elevate. La proposta del giurista napoletano sembrava anzi maggiormente sbilanciata verso la difesa delle classi privilegiate di quanto non lo fosse quella dello studioso belga. Fra l'altro, Persico prevedeva esplicitamente che nelle città il voto non fosse attribuito agli analfabeti. Evidentemente le fasce marginali urbane, anche alla luce delle precedenti considerazioni sulla maggiore o minore acquiescenza alla subordinazione degli abitanti delle città e delle campagne, erano ritenute meno integrabili e quindi più pericolose.

Secondo la sua proposta gli elettori della provincia andavano poi suddivisi in tre collegi: 1) dei proprietari di immobili; 2) degli industriali; 3) dei «coloni e fittajuoli». Era esplicitamente previsto che eleggibili non fossero «se non i capi d'industria o i proprietari d'immobili nella provincia». Quindi, l'elettorato passivo doveva essere rigidamente limitato alle classi proprietarie e imprenditoriali. Anche alla luce di quella premessa, perdeva valore la puntualizzazione secondo cui non era richiesto alcun «censo elettorale». La ripartizione in collegi e il rigido sbarramento previsto per l'elettorato passivo erano tali da depotenziare la rappresentanza delle classi inferiori¹¹².

Nel contempo, ribadendo il dissenso già in precedenza espresso dalla proposta di un autore di cui pure aveva grande considerazione come Prins, Persico scriveva che il Parlamento non avrebbe dovuto essere composto da rappresentanti direttamente eletti dalle classi, avendo i fini dello Stato «qualcosa di più generale» e «di meno legato alla condizione peculiare di una classe o di un subcentro determinato». Secondo il giurista napoletano avrebbero dovuto essere i consigli delle città, dei comuni rurali e delle province a eleggere i deputati che sarebbero entrati a far parte del «Corpo legislativo e politico». Inoltre, sull'esempio dell'Inghilterra, lo studioso proponeva che ogni Università nominasse un rappresentante in Parlamento. Era opportuno, infatti, che la «coltura

¹¹² Ivi, XIX, pp. 192-193.

di una nazione» avesse «un posto principale ed una parte nella rappresentanza nazionale»¹¹³.

Dando attuazione a quel progetto di riforma, secondo Persico, i «naturali consorzi» avrebbero trovato i «propri [...] interpreti» e lo Stato avrebbe avuto le sue fondamenta in «istituzioni e interessi collettivi». Naturale e collettivo erano termini rivelatori delle posizioni di Persico. Avevano i loro termini oppositivi in convenzionale e individuale.

Scendendo nel concreto, lo studioso riteneva che con l'elezione di secondo grado sarebbe cessato «quel pericoloso contatto tra il candidato e l'elettore» per cui il voto era spesso «frutto di promesse, di protezioni e favori». Peraltro, le capacità acquisite nell'amministrazione di comuni e province sarebbero state le migliori garanzie delle attitudini di quegli elettori politici.

Persico non mancava di sottolineare che, adottando il suo progetto di riforma, non ci sarebbe stato più da «temere [...] il facile pendio verso il suffragio universale, che» era «lo svolgimento più logico», ma anche «più esiziale de' sistemi elettorali vigenti». Ma teneva soprattutto a puntualizzare che fra i vantaggi dell'adozione di quel metodo di voto vi sarebbe stata la creazione delle condizioni per la nascita di un vero bipartitismo. Mentre infatti nelle elezioni per le province e per i comuni rurali si sarebbe espresso un orientamento conservatore, in quelle per le città sarebbe prevalso un orientamento progressista. In Parlamento si sarebbe avuto un sano antagonismo fra quei «due veri e nuovi partiti», entrambi «necessarii all'incremento dello Stato». Le maggioranze sarebbero state consistenti e coese e avrebbero espresso governi forti e duraturi. Sarebbe migliorata la qualità della produzione legislativa¹¹⁴.

¹¹³ Ivi, XIX, pp. 194-197.

¹¹⁴ Ivi, XIX, pp. 198-200. Ahrens aveva invece sostenuto che attraverso le diverse modalità di elezione delle due Camere avrebbe potuto essere garantita quella dialettica fra conservazione e progresso che Persico riteneva potesse essere assicurata dalla qualitativamente diversa rappresentanza delle province e dei borghi rurali da una parte e delle città dall'altra. Lo studioso tedesco era partito dall'assunto secondo cui il fine dello Stato era duplice: diretto, alla cui realizzazione partecipavano tutti i cittadini, e indiretto, ossia relativo all'«avanzamento» dei «fini sociali della religione, della scienza, [...] della moralità», delle attività economiche e del diritto. Fini perseguiti dalle professioni e dai «ceti». A suo avviso la rappresentanza avrebbe dovuto essere organizzata tenendo conto di quei due lati. Il popolo avrebbe dovuto eleggere

Ma, considerata la prevalenza, in Italia, delle classi agricole su quelle industriali, su cui aveva richiamato l'attenzione in precedenza, Persico era evidentemente convinto del fatto che quel meccanismo elettorale potesse offrire una ragionevole probabilità di successo alle forze conservatrici.

Lo studioso riteneva infine che province e comuni, una volta «organizzati socialmente e politicamente», potessero «concorrere al potere giudiziario e di polizia». Una proposta di cui non può sfuggire la rilevanza. Come non può sfuggire l'importanza della precisazione secondo cui le classi lavoratrici, «con le rappresentanze locali, e per mezzo di queste», avrebbero avuto una loro «rappresentanza nazionale», con cui avrebbero potuto «esprimere i loro bisogni e tutelare i loro interessi, senza scosse e per le vie costituzionali»¹¹⁵.

Il sistema proposto, insomma, avrebbe consentito di realizzare un'integrazione subalterna delle masse nello Stato, dando alle classi lavoratrici una rappresentanza sia pure del tutto squilibrata rispetto alla loro effettiva forza numerica (il che era del tutto coerente con i presupposti del sistema di Persico). In tal modo sarebbe venuta meno la legittimazione a ogni protagonismo politico delle masse popolari che avesse luogo in sedi extraistituzionali.

direttamente come unità una rappresentanza «senza differenza d'interessi e ordini». Ma nel contempo «i singoli ordini» avrebbero dovuto eleggere i loro rappresentanti particolari, che sarebbero stati rappresentanti del popolo «solo mediante la classe». Ahrens non aveva messo in discussione la maggiore importanza della Camera che esprimeva «il principio superiore dell'unità»: era detta ordinariamente la seconda, ma in realtà era la prima. E tuttavia – scriveva – all'altra Camera sarebbe stato attribuito l'altrettanto imprescindibile compito di bilanciare i diversi interessi facendo in modo che fosse resa giustizia anche agli interessi particolari. Quanto alla dialettica fra conservazione e progresso, secondo Ahrens, la Camera popolare avrebbe rappresentato il movimento e il progresso, dovendo «ricevere l'impulso immediato del popolo». Invece, l'altra Camera avrebbe rappresentato il principio della conservazione, della moderazione e della conciliazione, esercitando nei confronti della Camera popolare «un controllo, e se necessario, un'opposizione». In tal modo la rappresentanza sarebbe diventata organica giacché «il vero organismo della vita nazionale vi» si sarebbe manifestato «politicamente e nell'unità e nella divisione interna». Quel sistema avrebbe potuto così conciliare le «vedute opposte» della dottrina francese, che poggiava sull'unità del popolo, e della dottrina tedesca, «fondata sul principio della divisione del popolo». Cfr. AHRENS, *Dottrina generale dello Stato*, Napoli, Stabilimento tipografico de' classici italiani, 1866, parte speciale, cap. III, pp. 123-125.

¹¹⁵ PERSICO, *Le rappresentanze*, cit., XX, p. 207.

Il voto per classi, depotenziando la rappresentanza di quelle subalterne, era l'unico meccanismo compatibile con un ampliamento della base elettorale. In una *Memoria* letta nel 1891, nel trattare della legge comunale e provinciale del 1889, Persico prendeva infatti decisamente le distanze dall'allargamento del suffragio. Per come era attualmente costituito il corpo elettorale, qualunque estensione del suffragio non sarebbe stata a suo avviso in grado di accrescere negli elettori la consapevolezza richiesta nell'adempimento del loro dovere né, di conseguenza, di migliorare la qualità dei rappresentanti. Non poteva infatti ritenersi un progresso estendere il voto «a moltitudini incolte, indifferenti, mal disposte o guaste addirittura». Specie nei comuni «di qualche importanza» – notava Persico – le elezioni comunali avvenivano con lo scrutinio di lista. Ma non era certo il popolo, «cioè la moltitudine dei votanti», a fare le liste. Il popolo non aveva che «la scelta [...] tra quei nomi». Erano i «cinque o sei direttori» dei comitati elettorali «e spesso anche un solo capoparte che compilò la lista e la impose» a votare «per tutti». Quand'anche il voto fosse stato esteso anche agli analfabeti, non sarebbe cambiato il dato di fondo per cui i cittadini erano costretti, di fatto, a «ubbidire» agli «elettori influenti, o caporioni di partito», mentre «le migliaia» finivano per votare «secondo il volere di poche persone». In realtà, per il modo in cui era congegnato il meccanismo elettorale, si avevano elezioni di secondo grado senza poter scegliere gli elettori di secondo grado, giacché i compilatori delle liste si imponevano, di fatto, da sé. Sarebbe stato «più liberale» e maggiormente «conforme all'interesse dei cittadini» se questi fossero stati chiamati a scegliere quelli che dovevano formare le liste o «addirittura» quelli che dovevano nominare i consiglieri comunali¹¹⁶.

Nella *Memoria* Persico non esplicitava nuovamente la sua analitica proposta di voto per classi. Ma anche quella nuova presa di posizione era del tutto ascrivibile alla polemica contro la concezione inorganica della rappresentanza che era a suo avviso sottesa ai vigenti meccanismi elettorali.

¹¹⁶ F. PERSICO, *Sulla nuova legge comunale e provinciale*, in *Atti della Reale Accademia di scienze morali e politiche*, vol. XXIV, Napoli, Tipografia della Regia Università, 1891, pp. 201-206.

12. *Sociologia e scienza del diritto pubblico*

La nozione di organismo, centrale in tutta l'opera di Persico, era da questi sottoposta a un'attenta disamina in uno scritto del 1898. Nel quale lo studioso napoletano esordiva con una netta presa di distanza dall'affermazione di Émile de Laveleye secondo cui col regime rappresentativo tutto ciò che la nazione racchiudeva in sé in termini di scienza e di esperienza si concentrava nella camera elettiva ed era tradotto in legge. Il giurista napoletano riteneva invece un dato ormai incontrovertibile il discredito che aveva colpito i Parlamenti. Quello italiano, ad esempio, era un caleidoscopio, secondo la definizione che ne aveva dato lo stesso de Laveleye. Mentre persino in Inghilterra manifestava segni di crisi il classico bipartitismo¹¹⁷.

Caratteristica dei regimi parlamentari – puntualizzava Persico – era la «preponderanza» del potere legislativo rispetto agli altri. Il Governo era ridotto in tal modo a non essere che «una commissione elettorale». Un'evoluzione (o, secondo il punto di vista dello studioso, un'involuzione) a cui i Senati, compresa la Camera dei *Lords* inglese, erano in grado di opporre solo una debole resistenza. A ciò si aggiungeva l'«ingerenza» dei deputati nell'amministrazione. Ma nel contempo Persico denunciava la sottoposizione della giustizia al Governo.

Le radici di quell'assetto dei poteri, secondo lo studioso, erano «nella costituzione stessa dello Stato moderno», ossia di quello che veniva detto «Stato di diritto». Un assetto costituzionale in cui la separazione

¹¹⁷ F. PERSICO, *L'organismo nello Stato moderno*, in *Atti della Reale Accademia di scienze morali e politiche*, vol. XXIX, Napoli, Stabilimento tipografico della R. Università, 1898, p. 213. Émile de Laveleye aveva definito il regime parlamentare il «couronnement des institutions libres et démocratiques» e aveva aggiunto: «C'est par ce régime qu'un pays se gouverne lui-meme». Grazie al regime parlamentare «toute ce qu'une nation renferme de science et d'expérience, concentré en des chambres électives, fait la loi». Dopo aver espresso quel giudizio, tuttavia, de Laveleye aveva scritto: «Le fait est que partout ce régime subit une crise grave. Dans sa patrie d'origine, la Angleterre, il cesse presque de fonctionner», mentre «En Italie, le parlement est un kaléidoscope». Cfr. É. DE LAVELEYE, *Le gouvernement dans la démocratie*, t. II, Paris, Félix Alcan, Éditeur, 1892, pp. 93-94. Lo studioso non aveva taciuto i vizi del parlamentarismo: infatti il cap. I del lib. X (ivi, pp. 93-116) era intitolato «Le régime parlementaire et ses vices» e il cap. II dello stesso libro (ivi, pp. 117-122) «Des remèdes aux vices du parlementarisme».

dei poteri era più apparente che reale. La legge s'imponeva infatti anche ai sovrani, essendo ormai il veto un'arma arrugginita. E benché fossero i re a scegliere i ministri, questi dovevano governare «a grado delle maggioranze parlamentari». Il Governo poteva modificare il corso della giustizia cambiando i giudici, come poteva farlo il Parlamento con una nuova legge o con un'interpretazione autentica. Gli Stati Uniti d'America apparivano perciò a Persico l'unico paese che aveva mantenuto salda la divisione dei poteri.

Fra i guasti prodotti dal parlamentarismo lo studioso napoletano poneva l'ipertrofia legislativa, la scarsa qualità della legislazione e l'instabilità ministeriale¹¹⁸. Critiche comuni a una larga schiera di studiosi e che erano destinate a risuonare con insistenza nei decenni a venire¹¹⁹.

Persico, riprendendo quanto già scritto nel volume sulla rappresentanza, escludeva che una realistica via di uscita potesse essere costituita da una «maggiore ingerenza della Corona nel governo». Adottando quella soluzione, i partiti radicali avrebbero smesso di prendersela con i ministri e avrebbero rivolto i loro attacchi al sovrano, per cui la monarchia sarebbe stata messa continuamente in discussione. Come era dimostrato dall'esperienza storica: l'influenza personale esercitata da Luigi Filippo era stata fra le cause del cambio di regime avvenuto in Francia nel 1848¹²⁰.

L'unica via di uscita dai guasti del parlamentarismo era costituita ancora una volta, secondo lo studioso, dalla riforma elettorale. E ancora una volta gli strali del giurista napoletano erano diretti contro la concezione rousseauiana della sovranità popolare. Ma qui Persico non si lasciava sfuggire l'affermazione del Ginevrino secondo cui il bene era tale secondo la natura delle cose e indipendentemente dalle umane convenzioni¹²¹. Così Rousseau veniva posto a sostegno di una

¹¹⁸ PERSICO, *L'organismo*, cit., pp. 216-219.

¹¹⁹ Si pensi a un eminente storico del diritto come Guido Astuti, che, in polemica con l'ipertrofia legislativa e con lo scarso livello della produzione legislativa, guardò come a un precedente significativo alla riserva dell'atto amministrativo prevista dalla Costituzione della V Repubblica francese. Cfr. G. ASTUTI, *La nozione di legge nell'esperienza storico-giuridica*, in ID., *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1984, vol. I, pp. 561-573.

¹²⁰ PERSICO, *L'organismo*, cit., p. 215.

¹²¹ Ivi, pp. 219-220. Cfr. ROUSSEAU, *Il contratto*, cit., lib. II, cap. VI, pp. 50-51.

posizione obiettivistica che aveva larghe ascendenze nella scienza giuridica d'Antico Regime.

More solito, Persico affermava poi che con i vigenti sistemi elettorali i deputati non avrebbero rappresentato la maggioranza neanche se fosse stato adottato il suffragio universale. Qui aggiungeva che era una finzione ritenere che il governo parlamentare esprimesse le opinioni dominanti anche se lo si identificava col governo dei partiti. In ogni partito, infatti, era possibile «contare parecchie gradazioni, che in fondo» non erano che «opinioni diverse». Tacendo i segni dell'incrinarsi del bipartitismo inglese su cui aveva richiamato l'attenzione in precedenza, scriveva che si sarebbe potuto sostenere che il regime rappresentativo era il governo di un partito solo in Inghilterra, dove vi era un'alternanza fra *tories* e *whigs*: partiti che avevano programmi precisi e una compatta disciplina.

L'introduzione di una rappresentanza proporzionale, con la presenza nella Camera elettiva dei rappresentanti di diverse minoranze, avrebbe incoraggiato invece la formazione di «coalizioni del momento». Peraltro, specie in un'epoca in cui il suffragio era diventato quasi universale, non si poteva dire che il deputato rappresentasse le opinioni di chi lo aveva eletto. E quand'anche così fosse stato, poiché dopo l'elezione accadevano avvenimenti imprevisti e mutavano i governi, era inevitabile che il deputato, nell'esercizio delle sue funzioni, non rappresentasse che la sua opinione particolare. Alla luce di tutto ciò continuare a declamare «sulla sovranità assoluta del popolo» non avrebbe fatto che premiare «i mediocri, i faccendieri, i manipolatori delle urne o i compratori dei voti». Era assodato, infatti, che «de folle [...] in tutti i tempi non» avevano mai ascoltato né seguito «gli Aristidi».

Persico attribuiva alle «dottrine sociologiche, penetrate nelle politiche», il merito di avere messo in discussione la «massima giacobina» secondo cui gli elettori erano tutti uguali. Lo studio dell'«uomo sociale» aveva portato infatti a riconoscere «l'ineguaglianza di fatto e di valore tra i vari consociati». Se ne era tratta la conclusione che non tutti potevano essere elettori «allo stesso grado». Dall'ineguaglianza sociale si era passati a quella politica. Ma, come Persico ribadiva anche in questo scritto, dall'uguaglianza civile non scaturiva quella politica.

Di qui l'escogitazione di congegni elettorali imperniati sul voto doppio o a più gradi e sul voto plurimo. Ma lo studioso ribadiva che quei sistemi non erano in grado di assicurare la scelta dei migliori. Per far sì che la scelta cadesse effettivamente sui migliori l'elettorato passivo avrebbe dovuto essere ristretto a certe categorie determinate per legge, sia pure più larghe di quelle fra cui erano nominati i senatori. Ad esempio professori, accademici, medici, avvocati, ingegneri, artisti, amministratori pubblici, banchieri, alti magistrati, militari, «proprietarii d'immobili di una certa importanza» e «capi d'industria». In tal modo si sarebbe ovviato all'elevato astensionismo prodotto dal voto indiretto.

Ma neanche l'adozione di quel sistema avrebbe soddisfatto pienamente Persico. Al pari del voto indiretto e del voto plurimo, «la doppia lista di elettori e di eleggibili» non era in grado di dare una rappresentanza al paese. Il vizio di quei sistemi era di «creare aristocrazie legali e arbitrarie, trascurando i bisogni e gl'interessi delle moltitudini e delle classi inferiori, escluse da qualsivoglia partecipazione al reggimento dello Stato». Puntualizzazione significativa: per Persico, come si è visto, trovare qualche forma di integrazione delle masse popolari nella vita dello Stato era un'esigenza irrinunciabile.

Comunque, risolutiva contro l'adozione di un sistema imperniato sulla previsione di requisiti di capacità per l'elettorato passivo era la convinzione dello studioso napoletano che il possesso di doti intellettuali non sempre si accompagnava al possesso di qualità politiche. Non era detto che un «matematico insigne» e «un gran poeta» riuscissero «dei Cavour e dei Bismarck». E, se Gladstone era «illustre» anche «pei suoi studii sopra Omero», non era detto che «un buon grecista o un gran commentatore di Eschilo e di Pindaro» avesse «le doti di uomo di Stato» di un Gladstone.

Quella considerazione era la premessa di una ripresa, alla luce delle acquisizioni delle scienze sociali, delle tesi già espresse in precedenza da Persico in materia elettorale. Qui lo studioso napoletano corroborava la sua polemica anti-individualistica rifacendosi alle posizioni di Holtzendorff, il quale aveva affermato che una delle più importanti acquisizioni di quelle scienze era quella che l'umanità andava considerata non come una somma di unità, ma organicamente, ossia

sulla base delle comunanze di interessi degli uomini di natura sia materiale che intellettuale¹²².

Persico ribadiva in proposito che i cittadini non erano uguali in termini di cultura, di moralità, di bisogni, di interessi e, *more solito*, di censo. Fra di essi – aggiungeva lo studioso – vi erano relazioni di parentela e di vicinato. Tendevano a formare dei gruppi. E se quei «subcentri sociali» non erano lo Stato, era da essi che nasceva lo Stato.

Qui Persico sembrava mettere significativamente in discussione quella separazione fra Stato e società civile che rappresentava un elemento costitutivo dell'ideologia giuspolitica borghese. Scriveva infatti che la società era certo distinta dallo Stato, ma non separata. E se lo Stato non poteva essere la fotografia della società, era «naturale, anzi necessario» che la interpretasse e la rispecchiasse. Poiché la società era «una collezione di bisogni, d'interessi, di atteggiamenti della vita umana», la rappresentanza non poteva «astrarsi da quella vita». Doveva essere «la voce sincera di quei bisogni molteplici».

Sviluppando una tesi già accennata in precedenza, il giurista scriveva poi che la rappresentanza non implicava in sé l'elezione. Si poteva rappresentare una classe sociale o una serie di interessi senza eleggere il loro rappresentante. Era il caso della Camera dei *Lords* inglese. D'altro canto, il suffragio diretto in generale e il suffragio universale in particolare erano nati molto più tardi delle «rappresentanze sociali e politiche». Inoltre, era più importante essere ben rappresentato che essere elettore. Infatti, Persico ribadiva che anche nell'Antico Regime esisteva un regime rappresentativo, anche se quel sintagma era stato di solito riferito ai soli «governi costituzionali» successivi¹²³.

Lo studioso affrontava quindi il problema della crescente espansione dei compiti dello Stato, dalla sanità ai lavori pubblici all'agricoltura all'industria al commercio. Ampliamento rispetto al quale, come egli rammentava, Spencer aveva espresso un netto dissenso¹²⁴. Ma, secondo Persico, quella «concentrazione nello Stato di svariati uffici sociali» non dipendeva che dalla mancanza di istituzioni e corporazioni preposte al

¹²² PERSICO, *L'organismo*, cit., pp. 221-228. Cfr. F. DE HOLTZENDORFF, *Principes de la politique. Introduction a l'étude du droit public contemporain*, Hambourg, J. F. Richter, Éditeur, 1887, chap. X, n. 89, p. 163.

¹²³ PERSICO, *L'organismo*, cit., pp. 228-230.

¹²⁴ Ivi, p. 234. Cfr. SPENCER, *L'individuo*, cit., *passim*.

soddisfacimento di quegli interessi. L'individuo non poteva ormai che ricorrere allo Stato in tutti i casi in cui un tempo trovava aiuto e protezione in una classe o in un'istituzione religiosa o laica. Era diventato certamente libero, ma dovendo badare a sé stesso senza poter più beneficiare di «appoggi sociali». Al pari degli «schiavi d'America, che dopo la guerra di secessione, non poterono più contare sul tetto, sul vestito e sul vitto comunque stentato e scarso che prima era loro assicurato»¹²⁵.

Secondo Persico ai corpi intermedi andava invece attribuita una funzione decisiva innanzitutto nel momento elettorale. Lo studioso si rifaceva al riguardo all'«alta mente» di Hegel, che aveva lucidamente percepito «il disordine e l'assurdità di un'elezione abbandonata agl'individui, congregati alla rinfusa». Egli citava in proposito il § 308 e il § 311 della *Filosofia del diritto*. Nel primo il filosofo tedesco aveva scritto che lo Stato era un tutto concreto articolato in «cerchie particolari», per cui l'individuo poteva venire in considerazione solo nella determinazione obiettiva costituita dall'appartenenza a una data sfera. Nel secondo aveva puntualizzato che rappresentare significava non che uno stava al posto di altri, ma che l'interesse era realmente presente nel rappresentante¹²⁶.

Persico accennava poi all'attenzione prestata da studiosi come Ahrens e Bluntschli al tema della rappresentanza delle classi, senza ripetere i rilievi formulati in precedenza circa la presunta irrisolutezza di quest'ultimo al riguardo. Ma il giurista napoletano lamentava che quei dibattiti non avevano avuto alcuna traduzione concreta. Il tema aveva finito poi per scomparire dall'orizzonte teorico, nell'errata convinzione che il voto per classi costituisse un anacronismo. Per cui era stato merito della sociologia riportarlo al centro del dibattito. E fra gli autori «degnissimi» che si erano occupati del tema lo studioso napoletano poneva Prins, a cui risparmiava gli appunti mossigli nello scritto sulla rappresentanza.

Era in quel contesto argomentativo che Persico riprendeva le sue critiche al suffragio universale. Proclamato in Francia nel 1848 – notava – se ne era servito Napoleone III per portare a compimento il suo colpo

¹²⁵ PERSICO, *L'organismo*, cit., p. 235.

¹²⁶ Ivi, pp. 236-237. Per i §§ 308 e 311 cfr. G. W. F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1999, pp. 245-247 e 248-249.

di Stato. E alla vigilia della disastrosa sconfitta del 1870 un plebiscito aveva inutilmente mantenuto al potere l'imperatore. Nel 1881 Taine aveva posto poi l'accento sulla mediocrità del ceto politico prodotto dal suffragio universale.

Lo studioso napoletano si soffermava quindi ampiamente sulle posizioni di Benoist, di cui non poteva non condividere la critica secondo cui il suffragio universale inorganico non dava valore che al numero, non tenendo conto dell'uomo come elemento sociale. Secondo Benoist non era possibile eliminare il suffragio universale. Ma questo da anarchico doveva diventare organico. L'unica rappresentanza reale, secondo lo studioso, poteva infatti essere assicurata da una Camera dei deputati eletta a suffragio universale e diretto da cittadini considerati uguali, ma ripartiti in classi.

Persico dissentiva tuttavia dalla tesi di Benoist secondo cui la rappresentanza degli interessi sarebbe stata assicurata da un Parlamento in cui le classi fossero presenti in ragione della loro consistenza numerica. Il giurista napoletano riteneva che in tal modo non sarebbero stati effettivamente rappresentati gli interessi del paese. Lo sarebbero stati piuttosto quelli delle classi i cui delegati fossero più numerosi alla Camera. Le arti, le scienze, l'onore e il decoro della nazione non avrebbero potuto far sentire la loro voce. Si sarebbe assistito a continui contrasti fra le classi rappresentate in Parlamento. Benché la legge lo vietasse, i loro deputati avrebbero ritenuto infatti di aver ricevuto un mandato imperativo. Persico si chiedeva, fra l'altro, su quale maggioranza un governo espresso da un siffatto parlamento potesse poggiare. In tal modo sarebbe stato sempre incombente il rischio dell'instabilità ministeriale¹²⁷.

Ma lo studioso si mostrava soprattutto preoccupato del rischio che con il suffragio universale e con l'elezione diretta il peso degli agricoltori, dei braccianti e degli operai fosse sempre superiore a quello delle altre classi. Quando il Parlamento fosse stato il «risultato [...] del maggior numero», sia pure ripartito per classi, la legislazione sarebbe caduta «in mano di moltitudini ignoranti, non favorite dalla fortuna, e desiderose naturalmente di trasformazioni radicali». Né un Senato

¹²⁷ PERSICO, *L'organismo*, cit., pp. 237-246. Cfr. C. BENOIST, *De l'organisation du suffrage universel: la crise de l'état moderne*, Paris, Firmin Didot, 1895.

sarebbe stato in grado di correggere le deliberazioni di una Camera eletta a suffragio universale e diretto.

Senza riprendere la critica in precedenza rivolta alla separazione fra Stato e società civile, Persico, nel replicare a Benoist, scriveva che la seconda non poteva confondersi col primo. Le «funzioni sociali» non potevano «immedesimarsi con le funzioni politiche». Lo Stato doveva «rimanere distinto [...] dalle varie classi sociali» in modo da poter esercitare fra di esse il suo compito di «moderatore» e di «armonizzatore». In tal modo gli interessi delle classi avrebbero trovato una conciliazione nell'interesse nazionale¹²⁸.

13. *Contrastare l'avanzata del socialismo*

Il rapporto fra sociologia e diritto pubblico era tematizzato da Persico anche in un suo successivo intervento del 1906. In esso lo studioso si pronunciava contro l'istituzione di una cattedra di sociologia nell'Università di Napoli, auspicando invece l'istituzione di una cattedra dedicata a Vico. Ma giustificava quella scelta col fatto che quel «grande napoletano» era stato «il primo dei sociologi»¹²⁹. Alla sociologia Persico attribuiva il fondamentale compito di correggere i guasti prodotti dagli specialismi e dagli arroccamenti disciplinari attraverso lo studio dei nessi che intercorrevano tra i fenomeni sociali.

Nel nuovo contributo il giurista riprendeva le critiche alla pretesa astrattezza delle visioni che avevano ispirato gli artefici della Rivoluzione francese. Di Napoleone I scriveva che non aveva pensato di «alterare» sostanzialmente i principî della Rivoluzione: perciò aveva lasciato ai cittadini l'uguaglianza, «compensando la negata libertà con la gloria». Invece Persico esprimeva un forte apprezzamento per Luigi Filippo, che, a imitazione della costituzione inglese, aveva introdotto in Francia le libertà costituzionali e il sistema rappresentativo. Secondo il giurista quello della Monarchia di luglio era stato il «periodo più colto

¹²⁸ PERSICO, *L'organismo*, cit., pp. 246-247.

¹²⁹ F. PERSICO, *Una questione sociologica*, in *Atti della Reale Accademia di scienze morali e politiche*, vol. XXXVI, Napoli, Stabilimento tipografico della R. Università, 1906, pp. 75-76. Lo studioso napoletano avrebbe dedicato in seguito più di un contributo all'opera del filosofo: cfr. F. PERSICO, *Ripensando la Scienza nuova*, Firenze, Ufficio della «Rassegna nazionale», 1912; ID., *L'insegnamento della filosofia della storia*, Napoli, Prem. Stab. Tip. Federico Sangiovanni e Figli, 1913.

e prospero della Francia» grazie alla pace e (significativa puntualizzazione) all'«alto censo elettorale»¹³⁰. Anche qui lo studioso ribadiva che era stato quel suffragio universale che per i «radicali» era la «panacea di molti mali» a tenere a battesimo il II Impero, mentre alla vigilia della sconfitta di Sedan era stato un plebiscito a puntellare inutilmente il potere di Napoleone III. E, mentre confermava di vedere i segni di un appannarsi, in Inghilterra, del bipartitismo classico, Persico ribadiva le sue critiche agli assetti istituzionali italiani e francesi, denunciando l'astrattezza della rappresentanza, l'instabilità ministeriale e l'accentramento amministrativo che caratterizzavano quei sistemi.

Ma si avvertiva qui anche una sensibilità nuova per i problemi posti dalla questione sociale. Ai socialisti Persico rivolgeva la critica di non occuparsi «che dei soli lavoratori manuali e materiali, come se in una società civile e ordinata un lavoro, di natura più alta, industriale, commerciale, intellettuale, artistico, morale non ci fosse, o fosse da trascurare». E, se appariva alquanto semplicistica la sua fiducia che l'«operajo di oggi» potesse «diventare il dovizioso fabbricante di domani» e che «il figlio dell'agricoltore» potesse «salire un giorno ad una cattedra illustre», realistiche erano le notazioni secondo cui l'unico «legame» fra i lavoratori e i capitalisti era costituito dal salario e questo era determinato dalla concorrenza fra i datori di lavoro.

Puntuale era anche la denuncia del fatto che la nascita dell'industrialismo non era stata accompagnata da alcuna tutela per le famiglie dei lavoratori, l'infermità, la vecchiaia e l'«impotenza al lavoro». Persico riprendeva poi la critica già in precedenza rivolta alla separazione della politica dalla società civile per lamentare che i codici civili si erano fino ad allora limitati a disciplinare la proprietà, ignorando tutto ciò che riguardava i contratti di lavoro e i salari. Le stesse costituzioni trattavano della formazione dei pubblici poteri e delle libertà individuali «senza badare alla sociale coesistenza» degli individui. Ad esempio, l'unico riferimento dello Statuto albertino alle componenti

¹³⁰ PERSICO, *Una questione*, cit., pp. 76-80. A differenza di Persico Luigi Palma aveva posto l'accento sui «tristi effetti» prodotti dal voto censitario durante la Restaurazione e la Monarchia di luglio. Esso vanificava il divieto del mandato imperativo perché i mandanti tenevano in stretta soggezione i mandatari. Il voto censitario, «prima di essere abbattuto dalla rivoluzione» – aveva scritto Palma – era stato «scalzato dal ridicolo, col nome di governo a tante centinaia di lire». Cfr. L. PALMA, *Del potere elettorale negli Stati liberi*, Milano, E. Treves, Editore, 1869, pp. 101-103.

sociali e professionali era quello relativo alle categorie fra cui andavano nominati i senatori.

Dalla «sfrenata concorrenza» basata sulla legge della domanda e dell’offerta era nato il suo contrario, ossia prima il socialismo utopistico e poi il marxismo. Marxismo di cui Persico coglieva perfettamente che aveva rappresentato un complesso di dottrine e di prassi politiche più avanzato rispetto al socialismo utopistico.

Alla luce di quelle riflessioni critiche lo studioso proponeva ai «filosofi politici» e in particolare ai «cultori del diritto costituzionale» alcuni nuovi campi di indagine. Gli studiosi di quelle discipline avrebbero dovuto interrogarsi sull’opportunità di riconoscere «esistenza legale» alle associazioni, alle «fratellanze» e alle leghe formatesi spontaneamente e chiedersi quali «ingerenze» lo Stato avrebbe potuto esercitare su quelle «personalità giuridiche». Ma (e qui Persico riprendeva un suo antico cavallo di battaglia) gli studiosi di quelle discipline avrebbero dovuto anche interrogarsi sull’opportunità di costituire un ramo del Parlamento sulla base delle rappresentanze delle professioni. Una tappa intermedia verso quell’obiettivo avrebbe potuto essere costituita dall’istituzione di una «rappresentanza di classi» nei consigli comunali e provinciali. Il che avrebbe potuto consentire di «risolvere [...] senza alterare lo Stato [...] la tanto dibattuta e difficile questione del decentramento e delle autonomie locali». Una volta dato poi vita in Parlamento a una rappresentanza delle professioni la lotta degli interessi delle classi contrapposte sarebbe stata trasferita nelle aule parlamentari. E si sarebbe finalmente trattato di una lotta legittima.

Persico non si nascondeva la difficoltà di realizzare quelle «radicali novità». Ma attribuiva al nuovo secolo il compito di porre rimedio ad alcuni guasti che erano il prodotto di quella Rivoluzione francese di cui confermava di dare un giudizio non integralmente negativo. La fine del XVIII secolo aveva avuto il merito di distruggere «abusi antichi» e di spezzare le catene che tenevano legato il popolo. Il che era stato senz’altro un «benefizio». Compito del nuovo secolo era di correggere gli errori e di colmare i vuoti prodotti dalla rottura rivoluzionaria¹³¹.

¹³¹ PERSICO, *Una questione*, cit., pp. 80-89.

14. *Natura e artificio nei sistemi di voto*

La polemica contro la Rivoluzione francese era la conferma di un asse teorico che sorreggeva l'intera elaborazione scientifica di Persico. Elaborazione che rivelava un'innegabile capacità di analisi e aperture teoriche non trascurabili. Tale era ad esempio la consapevolezza della separazione fra Stato e società civile come elemento costitutivo dell'ideologia giuspolitica borghese. Il possesso di un *habitus* realistico portava lo studioso a criticare il formalismo sotteso a quella visione. Ma in Persico il realismo si faceva progetto. E progetto regressivo. La sua proposta di strutturare le rappresentanze sulla base delle classi era innegabilmente tesa a irrigidire le disuguaglianze, ossia a irreggimentare le gerarchie sociali. Era un punto lucidamente colto già nel 1869 da Luigi Palma nella sua polemica contro le concezioni organiche della rappresentanza.

Secondo lo studioso calabrese con l'auspicio che si dovessero rappresentare gli interessi si guardava alla «parte esterna, materiale degli uomini» e si faceva di essi «una società anonima». In tal modo si trascurava di considerare che il «vero *fattore* dello Stato» era «il complesso degli affetti, delle idee, la personalità insomma dei componenti la convivenza sociale». Rovesciando l'ottica dei fautori della rappresentanza organica, Palma affermava che era la rappresentanza degli interessi ad assoggettare la sfera pubblica a una logica privatistica.

In ogni caso, secondo il costituzionalista, era ormai impossibile far argine alla marea della democrazia. La rappresentanza degli interessi avrebbe comportato invece «la creazione o riconoscimento sociale di una nuova disuguaglianza». Avrebbe significato «la dichiarazione legale di guerra fra i vari ordini di cittadini». Pronunciandosi, fra l'altro, anche contro il voto plurimo, Palma scriveva in maniera recisa che non c'era da temere che in uno Stato ben ordinato l'uguaglianza dei voti conducesse a far prevalere «la volontà cieca e sovvertitrice di chi non ha, o non sa, a quella di chi ha e di chi sa».

Infatti, nessuna eguaglianza legale poteva «distruggere l'ineguaglianza di fatto, naturale ed imperitura». Ma l'eguaglianza di diritto era «preziosa», essendo «l'unico argine al tralignamento delle diseguaglianze di fatto. Ponete a votare insieme ed egualmente proprietari e proletari,

ricchi e poveri, nobili e plebei, dotti ed ignoranti, capitalisti ed operai, uomini avvezzi a comandare, o meglio a dirigere, nei campi, nei fondachi, nelle amministrazioni, in tutte le operosità sociali, ed uomini avvezzi ad esser diretti, e senza ombra di violenza o di coazione, chi ha e sa non ha o non dovrebbe aver d'uopo di maggiori voti legali per non essere sopraffatto, se non per prevalere; egli li attira, o dovrebbe attirarli, naturalmente da sè, col dominio dell'intelligenza, collo splendore della nascita o delle ricchezze, coll'abitudine della direzione e della prevalenza, coll'efficacia del patronato, colle aderenze sociali ed economiche»¹³².

Dividere la società in «caste» sarebbe stato invece «lo stesso che abolire il gran vantaggio della civiltà presente, l'eguaglianza, il pareggiamento, la fusione degli ordini, e tornare a dividere la nazione in classi ostilmente costituite». Palma si chiedeva peraltro come effettuare quella ripartizione in classi auspicata dai fautori della rappresentanza organica, ossia come valutare i rispettivi interessi e come «proporzionarvi la rappresentanza». Ma si diceva certo che compiere quella divisione in classi sarebbe stato lo stesso che «organare le opposizioni, le rivalità, le antinomie sociali, mettere gli uni a fronte degli altri». In tal modo si sarebbe sostituito «all'andamento naturale della società ed al naturale apprezzamento degli uomini e degl'interessi, l'artificiale di caste e di arti maggiori e minori; e le conseguenti ineguaglianze, ingiustizie, e i conseguenti arbitrii, e rancori, e gelosie, e nimistà e riazioni»¹³³.

Quando Palma pubblicava il suo volume sul *Potere elettorale* era uscita già da tre anni la prima edizione dei *Principii di diritto amministrativo* di Persico. Quello del costituzionalista calabrese era un approccio del tutto alternativo a quello che Persico aveva abbozzato nei *Principii* e sarebbe poi venuto sviluppando nei decenni a venire. Indubbiamente neanche Palma era fautore di un'irrealistica meccanica uguaglianza. Ma riteneva che le disuguaglianze di fatto potessero farsi valere senza bisogno di essere irreggimentate attraverso artificiali meccanismi costrittivi. L'antitesi fra naturale e artificiale in Palma appariva rovesciata rispetto ai fautori della rappresentanza organica. Per lo studioso calabrese naturale era il voto uguale, non ciò che vincolava il

¹³² PALMA, *Del potere*, cit., pp. 145-147.

¹³³ Ivi, p. 142.

voto all'appartenenza sociale e rendeva così innaturale l'esercizio del «potere elettorale». Ma in Palma vi era innanzitutto la realistica consapevolezza che il moto verso la democrazia era inarrestabile. Il costituzionalista calabrese guardava lontano, mostrando, alla resa dei conti, un realismo di gran lunga superiore a quello di Persico.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

ABBAMONTE O., *Potere pubblico e privata autonomia. Giovanni Manna e la scienza amministrativa nel Mezzogiorno*, Napoli, Jovene, 1991; AHRENS E., *Dottrina generale dello Stato*, Napoli, Stabilimento tipografico de' classici italiani, 1866; ID., *Corso di diritto naturale o di filosofia del diritto*, vol. II, Napoli, Presso Giuseppe Marghieri Editore, 1872; ALVAZZI DEL FRATE P., *Individuo e comunità. Considerazioni storico-giuridiche sull'individualismo*, Torino, Giappichelli, 2020; ASTUTI G., *La nozione di legge nell'esperienza storico-giuridica*, in ID., *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1984, vol. I; BAGEHOT W., *The English Constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004; BENOIST C., *De l'organisation du suffrage universel: la crise de l'état moderne*, Paris, Firmin Didot, 1895; BLUNTSCHLI G. G., *Diritto pubblico universale*, vol. I, Napoli, Tipografo-Editore Cav. G. De Angelis, 1873; ID., *La politica come scienza*, Napoli, Dottor Leonardo Vallardi Editore, 1879; CALAMANDREI P., *La Cassazione civile*, vol. I, *Storia e legislazioni*, Milano-Torino-Roma, Fratelli Bocca Editori, 1920; CARCANO G., *Sul quesito: Cassazione o Terza istanza?*, Milano, Stabilimento Redaelli, 1866; CIANFEROTTI G., *Storia della letteratura amministrativistica italiana*, vol. I, *Dall'Unità alla fine dell'Ottocento. Autonomie locali, amministrazione e costituzione*, Milano, Giuffrè, 1998; COSSÉ É., *Du principe de souveraineté. Essai sur les causes de l'instabilité des institutions politiques de la France*, Paris, Librairie nouvelle de droit et jurisprudence Arthur Rousseau Éditeur, 1882; COSTA P., *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986; DE HOLTZENDORFF F., *Principes de la politique. Introduction a l'étude du droit public contemporain*, Hambourg, J. F. Richter, Éditeur, 1887; DE LAVELEYE É., *Le gouvernement dans la démocratie*, t. II, Paris, Félix Alcan, Éditeur, 1892; DE TOCQUEVILLE A., *L'Antico Regime e la Rivoluzione*, in ID., *Scritti politici*, a cura di N. Matteucci, vol. II, Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1969; FIORAVANTI M., *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, vol. I, *Le libertà: presupposti culturali e modelli storici*, Torino, Giappichelli, 1991; HEGEL G. W. F., *Lineamenti di filosofia del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1999; JACINI S., *I conservatori e l'evoluzione naturale dei partiti politici in Italia*,

Milano, G. Brigola e Comp. Editori, 1879; LACCHÈ L., *Il canone eclettico. Alla ricerca di uno strato profondo della cultura giuridica italiana dell'Ottocento*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XXXIX, 2010; LORIMER J., *Constitutionalism of the future or Parliament the mirror of the nation*, Edinburgh, Adam and Charles Black, 1865; LUONGO D., *Consensus gentium. Criteri di legittimazione dell'ordine giuridico moderno*, vol. II, *Verso il fondamento sociale del diritto*, Napoli, Arte tipografica editrice, 2008; ID., *Per l'edificazione di una giurisprudenza nazionale: Giovanni Carcano e la magistratura italiana all'indomani dell'Unità*, in *Iuridictio*, n. 0/2019; ID., *La «nuova legislazione» e l'eredità dell'Antico Regime: percezioni storiografiche nella cultura giuridica meridionale dell'Ottocento*, in F. MASTROBERTI, G. MASIELLO (cur.), *Il "Codice per lo regno delle Due Sicilie". Elaborazione, applicazione e dimensione europea del modello codicistico borbonico*, Napoli, Editoriale scientifica, 2020; MANNA G., *Partizioni teoretiche del diritto amministrativo ossia introduzione alla scienza ed alle leggi dell'amministrazione pubblica*, Napoli, Stabilimento tipografico del cav. Gaetano Nobili, 1860; MILL J. STUART, *Considerazioni sul governo rappresentativo*, a cura di M. Prospero, Roma, Editori Riuniti, 1997; NICOLINI N., *Le quistioni di dritto, Parte prima*, Napoli, Nicola Jovene e C. Pedone Lauriel, 1870; PALMA L., *Del potere elettorale negli Stati liberi*, Milano, E. Treves, Editore, 1869; PERSICO F., *Prolusione al corso di diritto amministrativo nella Regia Università di Napoli per l'anno 1861-62 letta addì 21 di dicembre del 1861*, Napoli, Tipografia di G. Cardamone, 1861; ID., *Governo o rivoluzione?*, Napoli, 1867; ID., *Il giurì inglese*, in *Società reale di Napoli. Rendiconto delle tornate e dei lavori dell'Accademia di scienze morali e politiche*, anno XXXVII, Napoli, Tipografia della R. Università, 1898; ID., *Principii di diritto amministrativo*, Napoli, Riccardo Marghieri di Gius., 1890, vol. I; ID., *Sulla nuova legge comunale e provinciale*, in *Atti della Reale Accademia di scienze morali e politiche*, vol. XXIV, Napoli, Tipografia della Regia Università, 1891; ID., *L'organismo nello Stato moderno*, in *Atti della Reale Accademia di scienze morali e politiche*, vol. XXIX, Napoli, Stabilimento tipografico della R. Università, 1898; ID., *Una questione sociologica*, in *Atti della Reale Accademia di scienze morali e politiche*, vol. XXXVI, Napoli, Stabilimento tipografico della R. Università, 1906; ID., *Lo scioglimento dei consigli comunali*, in *Atti della Reale Accademia delle scienze morali e politiche*, vol. XXXVIII, Napoli, Tipografia della R. Università, 1909; ID., *Ripensando la Scienza nuova*, Firenze, Ufficio della «Rassegna nazionale», 1912; ID., *L'insegnamento della filosofia della storia*, Napoli, Prem. Stab. Tip. Federico Sangiovanni e Figli, 1913; ID., *Le rappresentanze politiche e amministrative*, Napoli, Gufo, 1942; PRINS A., *La démocratie et le régime parlementaire*, Bruxelles, Librairie C. Muquardt Merzbach & Falk, Éditeurs, 1884; ROUSSEAU J.-J., *Il contratto sociale*, traduzione di M. Garin, introduzione di T. Magri, Roma-Bari, Laterza, 2010; SANDULLI A., *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, Giuffrè, 2009; ID., *Persico, Federico*, in *Dizionario biografico*

dei giuristi italiani (XII-XX secolo), diretto da I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M. N. Miletti, Bologna, Il Mulino, 2013, vol. II; SCHNUR R., *Individualismo e assolutismo. Aspetti della teoria politica europea prima di Thomas Hobbes (1600-1640)*, Milano, Giuffrè, 1979; SPENCER H., *L'individuo e lo Stato*, Città di Castello, J. Lapi Tipografo Editore, 1886; TESSITORE F., *Aspetti del pensiero neoguelfo napoletano dopo il Sessanta*, Napoli, Morano, 1962; ID., *Crisi e trasformazioni dello Stato. Ricerche sul pensiero giuspubblicistico italiano tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1988; TRIFONE G. P., *La scienza dell'amministrazione di Federico Persico. Scritti scelti*, Napoli, Editoriale scientifica, 2020.

ABSTRACT

Nell'opera di Federico Persico trovarono un analitico sviluppo gli assunti anti-individualistici che costituirono l'asse portante delle elaborazioni di una parte significativa della cultura giuspubblicistica italiana fra Otto e Novecento. La polemica contro le concezioni della rappresentanza che quei teorici facevano discendere dalla Rivoluzione francese e i connessi apprezzamenti per l'esperienza costituzionale inglese e per le istituzioni amministrative tedesche furono una costante degli scritti del giurista napoletano. La riflessione scientifica di Persico si tradusse nell'elaborazione di una proposta di riforma elettorale imperniata sulla rappresentanza delle classi e sull'attribuzione di una rilevanza strategica al governo locale. Una riforma che, secondo il giurista, avrebbe consentito di correggere i vizi del governo parlamentare e di aprire la strada anche in Italia alla nascita di un vero bipartitismo.

The anti-individualistic assumptions that formed the backbone of the elaborations of a significant part of the Italian legal-public culture between the nineteenth and twentieth centuries, found an analytical development in the work of Federico Persico. The controversy against the conceptions of representation that those theorists derived from the French Revolution and the related appreciation for the English constitutional experience and for the German administrative institutions were a constant in the writings of the Neapolitan jurist. Persico's scientific reflection resulted in the elaboration of an electoral reform proposal centered on class representation and the attribution of strategic importance to the local government. A reform that, according to the jurist, would have made it possible to correct the vices of parliamentary government and to pave the way also in Italy for the birth of a true bipartisanism.

FRANCESCA ROSETTI*

ISPEZIONI, PERQUISIZIONI E SEQUESTRI
IN MATERIA INFORMATICA NELLA PROSPETTIVA
DEL TRIBUNALE DEL RIESAME

SOMMARIO - 1. Premessa. – 2. Ispezione informatica e perquisizione informatica. – 3. La cognizione del tribunale del riesame sulle ispezioni e perquisizioni in materia informatica. – 4. Il procedimento di riesame avverso il decreto di sequestro probatorio in materia informatica. – 4.1. L'oggetto del sequestro. – 4.2. L'estrazione di copia ai sensi dell'art. 258 c.p.p. – 4.3 I limiti del decreto di sequestro di materiale informatico. – 5. Conclusioni.

1. Premessa

L'ispezione e la perquisizione, come noto, sono operazioni classiche di ricerca della prova¹. La prima² si sostanzia in un'attività statica di osservazione di persone, luoghi e cose, volta all'accertamento di tracce o degli altri effetti materiali del reato (art. 244, comma 1, c.p.p.), mentre la seconda³ è dinamica e volta all'individuazione ed acquisizione del

* Magistrato ordinario con funzioni di Giudice del Tribunale per il Riesame, Tribunale di Torino.

¹ In generale sui mezzi di ricerca della prova: TRIGGIANI N., *I mezzi di ricerca della prova*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale* (diretto da SPANGHER G.), II, t. 1, Milanofiori Assago, 2009, 386 e ss.; FELICIONI P., *Le ispezioni e le perquisizioni*, Milano, 2004, 20 e ss.; MONTAGNA M., *La ricerca della prova nelle investigazioni di polizia giudiziaria e nelle indagini preliminari (ispezione, perquisizione e sequestro)*, in AA.VV., *La prova penale, diretto da GAITO A.*, II, Milanofiori Assago, 2008, 97; MAROTTA S., *Prova (Mezzi di ricerca della)*, in *Dig. disc. pen.*, X, Torino, 1995, 347 e ss.

² FELICIONI P., *Ispezioni*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato* (a cura di) GIARDA A. - SPANGHER G., Milano, 2010, 2420 e ss.; BELLORA C., *Ispezione giudiziale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 275; MOSCARINI P., *Ispezione (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Agg., II, Milano, 1999, 465; PEYRON C., *Ispezione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 962.

³ BELLANTONI G., *Perquisizioni*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato* (a cura di) GIARDA A. - SPANGHER G., Milano, 2010, 2442 e ss.; PIOLETTI U., *Perquisizione*, in NN.D.I., XII, Torino, 1965, 1001; BALDUCCI P., *Perquisizione (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Agg., IV, Milano, 2000, 252 e ss.; BARGIS M., *Perquisizione*, in *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1995, 490.

corpo del reato o delle cose ad esso pertinenti; normalmente la perquisizione è prodromica rispetto al sequestro probatorio (art. 247, comma 1, c.p.p.).

Oggi lo studio di detti istituti non può prescindere dallo svolgimento di considerazioni sul tema della prova informatica, in quanto sempre più spesso le ispezioni e le perquisizioni vengono ad incidere su realtà immateriali di tale natura. Invero, atteso il vasto utilizzo delle tecnologie nella vita della società, sono divenute di estremo interesse le attività investigative dirette ad acquisire quali elementi di prova nel procedimento penale i dati informatici contenuti negli apparati elettronici. L'evidenza digitale è ormai molto spesso determinante in ambito criminale, tanto da rendere fondamentale l'acquisizione del dato informatico o digitale a fini di accertamento⁴.

La normativa di riferimento è stata oggetto di recenti e significativi interventi riformatori, come accaduto con la legge 18 marzo 2008, n.

⁴ ATERNO S., *Digital Forensics (Investigazioni informatiche)*, in *Dig. pen.*, Agg., VIII, Torino, 2014, 217; ATERNO S., *Le investigazioni informatiche e l'acquisizione della prova digitale*, in *Giur. merito*, 2013, 955; BERGHELLA F. - BLAIOTTA R., *Diritto penale dell'informatica e beni giuridici*, in *Cass. pen.*, 1995, 2329; BRAVO F., *Crimini informatici e utilizzo dei mezzi di ricerca della prova nella conduzione delle indagini*, in *Riv. giur. polizia*, 1998, 711; CERQUA F., *Ancora dubbi e incertezze sull'acquisizione della corrispondenza elettronica*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 25 luglio 2015; CHIRIZZI L., *Computer forensics: brevi cenni tecnici e procedurali sulla ricerca della fonte di prova informatica*, in *Cyberspazio e diritto*, 2006, 463; CUOMO L., *La prova digitale*, in *Prova scientifica e processo penale*, in (a cura di) CANZIO G. - LUPARIA L., Padova, 2017, 669 e ss.; FERRUA P., *La prova nel processo penale: profili generali*, in FERRUA P. - MARZADURI E. - SPANGHER G. (a cura di), *La prova penale*, Torino, 2013, 128 e ss.; FLOR R., *Lotta alla "criminalità informatica" e tutela di tradizionali e nuovi diritti fondamentali nell'era di internet*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 22 settembre 2012; LUPARIA L., *Computer crimes e procedimento penale*, in *Trattato di Procedura Penale*, diretto da SPANGHER G., vol. VII, (a cura di) GARUTI G., Torino, 2011, 369 e ss.; MARAFIOTI L., *Digital evidence e processo penale*, in *Cass. pen.*, 2011, 4509; NOVARIO F., *Le prove informatiche*, in FERRUA P. - MARZADURI E. - SPANGHER G. (a cura di), *La prova penale*, Torino, 2013, 121 e ss.; PITTIRUTI M., *Digital evidence e procedimento penale*, Torino, 2017, 33 e ss.; PITTIRUTI M., *Profili processuali della prova informatica*, in MARAFIOTI L. - PAOLOZZI G. (a cura di), *"Incontri ravvicinati" con la prova penale. Un anno di seminari a Roma Tre*, Torino, 2014, 55 e ss.; ZACCHE' F., *La prova documentale*, in UBERTIS G. - VOENA G.P. (diretto da), *Trattato di procedura penale*, XIX, Milano, 2012.

48⁵, con la quale l'Italia ha ratificato e dato esecuzione alla convenzione⁶ siglata a Budapest sulla criminalità informatica, che ha sancito la necessità di apprestare cautele per la salvaguardia del dato digitale, in ragione della sua natura ontologicamente fragile, alterabile e falsificabile, nel rispetto delle garanzie processuali.

Se nella relazione al progetto di legge si afferma che le novità in materia processuale si sostanziano in un adeguamento prevalentemente lessicale delle disposizioni già vigenti, l'intervento operato nel codice di procedura ha, tuttavia, avuto una portata ben più significativa su alcuni istituti classici del diritto processual-penalistico, imponendo agli interpreti un'attenta riflessione sulle categorie giuridiche.

Il suddetto intervento legislativo ha toccato, come è evidente, anche le disposizioni relative alle ispezioni ed alle perquisizioni, fornendo una sorta di paradigma sul corretto *modus operandi* da seguire nelle operazioni di accesso al computer oggetto d'indagine. L'interesse prioritario è quello della salvaguardia dell'integrità dei dati digitali, per garantire, da un lato, la genuina acquisizione di elementi probatori che potranno assumere successivamente valenza di prova e, dall'altro, i diritti difensivi, consentendo un controllo sull'operato degli inquirenti. Sul punto, valorizzando l'implicito riferimento del legislatore al bagaglio di conoscenze tecniche del periodo storico di riferimento, si è anche

⁵ Per un approfondimento sul citato intervento riformatore: LUPARIA L., *La ratifica della Convenzione Cybercrime del Consiglio d'Europa, Legge 18 marzo 2008, n. 48. I profili processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 6; NOVARIO F., *Criminalità informatica e sequestro probatorio: le modifiche introdotte dalla L. 18 marzo 2008, n. 48 al codice di procedura penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1069; MORGANTE G. – TOVANI S. – DEGL'INNOCENTI L. – CORDI L. – DA VALLE G. – MANZIONE D., *L. 18 marzo 2008 n. 48 - Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica, fatta a Budapest il 23 novembre 2001, e norme di adeguamento dell'ordinamento interno*, in *La legislazione penale*, 2008, 251; LUPARIA L., *Sistema penale e criminalità informatica: profili sostanziali e processuali nella Legge attuativa della Convenzione di Budapest sul cybercrime (L. 18 marzo 2008, n. 48)*, Milano, 2009; FELCHER I.V., *Una rassegna giurisprudenziale con riferimento alla Legge n. 48 del 2008 e alle investigazioni digitali*, in *Cyberspazio e diritto*, 2013, 131; COSTABILE G., *Computer forensics e informatica investigativa alla luce della Legge n. 48 del 2008*, in *Cyberspazio e diritto*, 2010, 465.

⁶ Aperta alla firma degli Stati membri del Consiglio d'Europa e di altri Stati non membri il 23 novembre 2001 ed entrata in vigore il primo luglio 2004.

sostenuto⁷ che le modifiche introdotte dalla citata normativa integrino norme processuali “*in bianco*” per il rinvio alle *best practices* del settore⁸.

Da questo momento, quindi, assumono rilevanza – e dignità giuridica – tutte le attività che si sostanziano in azioni volte alla raccolta di potenziali evidenze elettroniche, con lo scopo di ricostruire eventi penalmente rilevanti, secondo metodi scientificamente approvati e validati e l’informatica forense diventa la scienza che ha come fine ultimo quello di conservare, identificare, acquisire, documentare ed interpretare i dati contenuti all’interno dei dispositivi, garantendone la non alterazione⁹.

Parallelamente, si è iniziato a riflettere sugli istituti classici del diritto processual-penalistico, al fine di verificare la validità delle acquisizioni raggiunte a seguito della rinnovata sensibilità normativa.

2. Ispezione informatica e perquisizione informatica

La citata novella, per quanto interessa in questa sede, è intervenuta sulle disposizioni codicistiche di diritto processuale per sancire la necessità di preservare la *scena criminis* informatica nei casi di ispezioni e perquisizioni. Si è, quindi, inserita al secondo comma dell’art. 244 c.p.p. la possibilità per l’autorità giudiziaria di disporre l’ispezione “*anche in relazione a sistemi informatici o telematici, adottando misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e la loro inalterabilità*” ed al comma 1-bis dell’art. 247 c.p.p. la seguente previsione “*quando vi è fondato motivo di ritenere che dati, informazioni, programmi informatici o tracce comunque pertinenti al reato si trovino in un sistema informatico o telematico, ancorché protetto da misure di sicurezza, ne è disposta la perquisizione, adottando misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l’alterazione*”.

⁷ In questi termini si esprime BRAGHÒ G., *L’ispezione e la perquisizione di dati, informazioni e programmi informatici*, in LUPARIA L. (a cura di), *Sistema penale e criminalità informatica*, Milano, 2009, 186.

⁸ Per una riflessione sul rilievo processuale da attribuire ai protocolli investigativi informatici, LUPARIA L., *Il caso “Vierika”: un’interessante pronuncia in materia di virus informatici e prova penale digitale*, in *Dir. internet*, 2006, 157 e ss.: in particolare l’A. evidenzia le similitudini intercorrenti tra dette linee guida e le prescrizioni tecniche dettate in materia di apprensione dei campioni di materiale biologico e di analisi del DNA.

⁹ Sul tema: FERRUA P., *La prova nel processo penale*, cit., 128 e ss.; LUPARIA L., *Computer crimes e procedimento penale*, cit., 369 e ss.; NOVARIO F., *Le prove informatiche*, cit., 121 e ss.

In alternativa al decreto motivato disposto dal p.m., ai sensi dell'art. 352, comma 1-bis, c.p.p. è previsto che “*nella flagranza del reato, ovvero nei casi di cui al comma 2 quando sussistono i presupposti e le altre condizioni ivi previste, gli ufficiali di polizia giudiziaria, adottando misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e a impedirne l'alterazione, procedono alla perquisizione di sistemi informatici o telematici, ancorché protetti da misure di sicurezza, se hanno fondato motivo di ritenere che in questi si trovino occultati dati, informazioni, programmi informatici o tracce comunque pertinenti al reato che possono essere cancellati o dispersi*”.

In questo modo, il legislatore, da un lato, ha qualificato espressamente le attività di ispezione e perquisizione in ambiente virtuale come potenzialmente e concretamente idonee a modificare in maniera irreversibile lo stato ed il contenuto del dispositivo e, dall'altro, ha riconosciuto la natura ontologicamente volatile ed alterabile del dato digitale.

Quindi, a livello normativo, l'esplorazione di un sistema alla ricerca di dati e tracce informatiche inerenti ai fatti oggetto di indagine è descritta come attività tecnica potenzialmente in grado di alterare i dati ed il sistema sul quale essa viene ad effettuarsi. Si tratta di affermazione di principio innovativa per i mezzi di ricerca della prova in esame, considerato che nelle perquisizioni ed ispezioni tradizionali si è innanzi ad attività prive di tecnicismo, che non alterano il bene materiale sul quale vanno ad operare e che vengono normalmente ricondotte nella categoria degli atti a sorpresa¹⁰, dal carattere tendenzialmente non ripetibile¹¹.

¹⁰ In tal senso, FELICIONI P., *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., 22; TONINI P., *La prova penale*, Padova, 2000, 244; TRIGGIANI N., *I mezzi di ricerca della prova*, cit., 386 e ss.; BELLANTONI G., *Perquisizioni*, cit., 2442 e ss.

¹¹ Per una esaustiva disamina del tema “*Irripetibilità e computer forensics*”: LUPARIA L., *Computer crimes e procedimento penale*, cit., 369 e ss.; NOVARIO F., *Le prove informatiche*, cit., 121 e ss.; NOVARIO F., *L'attività di accertamento tecnico difensivo disposta su elementi informatici e la sua ripetibilità*, in *Cyberspazio e diritto*, 2011, 75; ATERNO S., *In materia di sequestro di hd e acquisizione della prova informatica: un caso eclatante*, in *Dir. internet*, 2005, 365. Sostengono il carattere tendenzialmente irripetibile dei suddetti mezzi di ricerca della prova: POGGI A. – CAVALIERA C.D., *Gli accertamenti tecnici della polizia giudiziaria nell'indagine preliminare*, Padova, 2000, 323; TRIGGIANI N., *I mezzi di ricerca della prova*, cit., 400 e ss.; MOSCARINI P., *Ispezione*, cit., 473; MAROTTA S., *Prova*, cit., 350; BELLORA C., *Ispezione giudiziale*, cit., 282; NAPPI A., *Guida al codice di procedura penale*, Milano, 2001, 258. Ritengono, invece, che la qualificazione dell'ispezione come atto irripetibile

È, dunque, per il tecnicismo che presiede all'esecuzione delle attività e per la possibilità di alterazione alla quale allude il legislatore nelle ispezioni e perquisizioni informatiche che gli interpreti si sono interrogati sulla possibile sovrapposizione tra detti istituti processuali e gli accertamenti tecnici irripetibili. Il tema si rivela di non poco momento: alle difficoltà registrate in dottrina¹² e giurisprudenza¹³ per definire quest'ultima sfuggente categoria giuridica di diritto processuale, si aggiungono le criticità derivanti dalla potenziale estensione della disciplina di cui all'art. 360 c.p.p. alle attività investigative in questione, con sostanziale vanificazione dell'effetto a sorpresa.

Ebbene, con riferimento alla perquisizione di cui al nuovo comma 1-bis dell'art. 247 c.p.p., siamo al cospetto di un'attività dinamica di ricerca all'interno del “*domicilio informatico*”, che certamente necessita della predisposizione di azioni volte a preservare ed assicurare il quadro probatorio originario¹⁴. Quindi, nel caso della perquisizione informatica, vengono in rilievo attività di natura tecnica nell'esecuzione dell'attività, che sono potenzialmente in grado di alterare lo stato del sistema sul quale si interviene. Tuttavia, deve ritenersi che l'intervento riformatore non abbia snaturato la natura necessariamente a sorpresa

dipenda dalle caratteristiche dell'oggetto sul quale interviene: FELICIONI P., *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., 428; MONTAGNA M., *La ricerca della prova nelle investigazioni di polizia giudiziaria e nelle indagini preliminari*, cit., 97; LORUSSO S., *Il verbale di ispezione dei luoghi soggetti a modificazione come atto non ripetibile da inserire nel fascicolo per il dibattimento*, in *Cass. pen.*, 1995, 2195.

¹² Sugli accertamenti tecnici irripetibili, in generale: SURACI L., *L'atto irripetibile*, Padova, 2012, 51 e ss.; GAETA P., *art. 360 c.p.p.*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato* (a cura di) GIARDA A. - SPANGHER G., Assago, 2017, 4346; GAETA P., *Accertamenti tecnici non ripetibili*, in *Procedura penale*, di SPANGHER G., Vol. II, Milano, 2015, 682 e ss.; GIUNCHEDI F., *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, Torino, 2009; GALASSO M., *Accertamenti tecnici non ripetibili e limiti di operatività*, in *Giur. mer.*, 1991, 1141.

¹³ Per la definizione di atto irripetibile, Cass., Sezioni unite (Pres. Marvulli, Est. Brusco), 17 ottobre 2006, n. 41281, in CED n. 234906. Si segnalano i seguenti commenti: CERQUA F., *Le Sezioni Unite fissano i criteri per stabilire quando gli atti investigativi non sono ripetibili*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 1483; NIGRO M., *Atti irripetibili e limiti ai poteri probatori del giudice*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 1172.

¹⁴ Sotto il profilo tecnico-esecutivo, si segnala ATERNO S. - CAJANI F. - COSTABILE G. - MATTIUCCI M. - MAZZARACO G., *Manuale di computer forensics*, I, Forlì, 2012, 393 e ss.

del mezzo di ricerca della prova in esame, ma abbia avuto l'intento di rendere la perquisizione - ritenuta generalmente irripetibile – attività ripetibile in futuro¹⁵, quando eseguita su supporti informatici o telematici. Ragionare in questi termini equivale a preservare la tradizionale natura della perquisizione – e, conseguentemente, ad escludere l'applicazione della normativa di cui all'art. 360 c.p.p. -, ma anche a tutelare l'interesse dell'indagato/imputato, garantendo l'integrità del dato in senso funzionale ad un futuro (ed eventuale) riesame peritale dello stesso¹⁶. Peraltro, il tecnicismo che viene in rilievo nella perquisizione informatica caratterizza più le modalità esecutive dell'attività che la valutazione del dato, a differenza di quanto accade per l'istituto garantito di cui all'art. 360 c.p.p. secondo l'insegnamento della migliore giurisprudenza¹⁷.

Invece, in merito all'ispezione informatica si è sostenuto¹⁸ che l'attività deve limitarsi ad osservare il sistema, descrivendolo nei suoi particolari - rilevando la presenza di periferiche collegate, l'accesso alla rete o la presenza di *software* in funzione - in maniera da evitare qualsiasi possibilità di alterazione e, dunque, qualsiasi interferenza con la disciplina di cui all'art. 360 c.p.p. Depongono a favore di tale lettura anche ulteriori argomenti: il primo, di carattere letterale, evidenzia che è proprio il legislatore ad individuare in tali termini l'oggetto dell'attività ispettiva (l'art. 244, comma 2, c.p.p., infatti, parla di “*sistema informatico o telematico*”), a differenza di quanto accade per la perquisizione (l'art. 247, comma 1-bis, c.p.p., invece, si interessa di “*dati, informazioni o programmi*”); il secondo, di carattere eminentemente logico, evidenzia come, opinare diversamente vorrebbe dire confondere gli istituti di perquisizione ed ispezione, che perderebbero le rispettive specificità.

Va sottolineato, comunque, che le differenze tra gli istituti in esame, quando si discorra di sistemi informatici, sono destinate a sfumarsi,

¹⁵ Usa la medesima terminologia VITALE A., *La nuova disciplina delle ispezioni e delle perquisizioni in ambiente informatico o telematico*, in *Dir. internet*, 2008, 5.

¹⁶ Sul tema, anche in termini critici: LUPARIA L. – ZICCARDI G., *Investigazione penale e tecnologia informatica. L'accertamento del reato tra progresso scientifico e garanzie fondamentali*, Milano, 2007, 152; LUPARIA L., *Il caso “Vierika”*, *cit.*, 158.

¹⁷ Per una più approfondita analisi del tema, si rimanda al paragrafo 4.2.

¹⁸ ATERNO S., *Modifiche al titolo III del terzo libro del codice di procedura penale*, in CORASANITI G. - CORRIAS LUCENTE G. (a cura di), *Cybercrime, responsabilità degli enti, prova digitale*, Padova, 2008, 206 e ss.

essendo spesso difficile individuare a priori in cosa si caratterizzi un'attività di mera osservazione del sistema rispetto a quella di ricerca di un determinato contenuto. Si tratta, in ogni caso, di attività investigative che possono avere un ruolo cruciale sotto il profilo probatorio, avendo capacità direttamente rappresentativa di elementi strutturali del reato; si pensi al caso in cui si accerti una selettiva modalità di archiviazione di materiale pedopornografico da parte dell'indagato, che è in grado di attestare il dolo in capo al detentore.

In considerazione delle possibili interferenze tra le citate attività investigative e dei diversi scenari che possono presentarsi in sede esecutiva, potrebbe essere utile predisporre un decreto di perquisizione e sequestro che abbia anche natura di ispezione, in maniera tale da rendere possibile per la p.g.¹⁹ delegata compiere attività diverse dalla vera e propria ricerca, qualora, ad esempio, in sede di esecuzione si trovi innanzi ad un pc, o comunque una macchina, accesa; in questo modo, la p.g. nel verbale potrà dare atto di quanto compare sul pc al momento dell'intervento e di quali erano le attività che l'indagato stava svolgendo al terminale, annotando emergenze investigative che possono essere estremamente significative.

3. *La cognizione del tribunale del riesame sulle ispezioni e perquisizioni in materia informatica*

Con specifico riferimento ai procedimenti innanzi al tribunale del riesame i citati mezzi di ricerca della prova rilevano in termini differenti.

L'attività di ispezione viene conosciuta dal suddetto tribunale – sia nelle impugnazioni reali che personali – indirettamente, tramite l'efficacia rappresentativa dell'annotazione di p.g. o del verbale, ove è stata riversata l'informazione acquisita mediante l'osservazione. L'ispezione interviene indirettamente nella cognizione del tribunale del riesame operando come strumento di convincimento del collegio in ordine alla sussistenza di uno degli elementi strutturali del

¹⁹ Secondo alcuni, anche l'attività svolta di iniziativa dalla p.g. di cui all'art. 354, comma 2, c.p.p. va ricompresa nel *genus* delle ispezioni, quando venga svolta in un contesto d'urgenza, procedendo all'osservazione del *locus commissi delicti* per comprendere la dinamica del fatto di reato ed orientare le successive indagini. In tal senso, ZACCHE' F., *Sopralluoghi e relazioni di servizio della polizia giudiziaria*, in *Cass. pen.*, 2006, 1015.

provvedimento impugnato, che è l'oggetto diretto della cognizione del tribunale. Quindi, si può affermare che nei procedimenti innanzi al tribunale del riesame l'ispezione informatica rileva al pari degli altri strumenti probatori utilizzati nell'investigazione al fine di fondare la valutazione della sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza (per le misure cautelari personali), del *fumus commissi delicti* (per le impugnazioni reali) ovvero delle esigenze cautelari. Qualora l'ispezione informatica si sia effettivamente limitata alla suddetta attività di osservazione del supporto, delle periferiche e delle connessioni, difficilmente potrà essere censurata dalla difesa nel procedimento di impugnazione, sotto il profilo dell'inutilizzabilità del risultato per violazione delle *best practices* ovvero per l'alterazione irreversibile del dato.

Invece, con riferimento alla perquisizione informatica il discorso è destinato a complicarsi, proprio per le caratteristiche della *res* sulla quale interviene. Non solo l'attività deve essere compiuta seguendo le migliori tecniche di ricerca informatiche, ma, tenuto conto della finalizzazione dell'attività al successivo sequestro probatorio, devono mettersi in campo anche ulteriori competenze in termini di apprensione e conservazione del dato informatico.

Le peculiarità della materia in esame impongono una serie di riflessioni.

Innanzitutto, merita di essere segnalata una prima particolarità, che attiene alla successione temporale tra la perquisizione ed il sequestro. Normalmente accade che il sequestro probatorio segua (logicamente e cronologicamente) all'effettuazione a monte di una perquisizione, che è volta proprio ad individuare la *res* legata dal rapporto qualificato con il reato, in termini di corpo o cosa ad esso pertinente; invece, nella materia informatica molto spesso accade proprio il contrario, effettuandosi la perquisizione informatica dopo l'apprensione fisica del supporto mediante il sequestro probatorio. Tale peculiarità dipende proprio dall'immaterialità del dato probatoriamente interessante, che molto spesso non può essere individuato in tempi ragionevoli mediante l'isolamento all'esito della perquisizione informatica, rendendo necessario prelevare il bene per poi analizzarlo altrove.

La seconda riflessione attiene proprio al rilievo che l'attività di perquisizione informatica assume innanzi al tribunale del riesame, tenuto conto del fatto che essa normalmente sfocia nell'adozione di un

provvedimento di sequestro probatorio²⁰, il quale costituisce l'oggetto diretto dell'accertamento del tribunale nel riesame reale. Qui, le peculiarità della materia si traducono in doglianze relative alla legittimità del provvedimento di sequestro, ossia dell'atto che viene impugnato direttamente innanzi al tribunale del riesame.

4. *Il procedimento di riesame avverso il decreto di sequestro probatorio in materia informatica*

Muovendo da una brevissima ricostruzione dell'oggetto dell'accertamento del tribunale, nei riesami promossi avverso decreto di sequestro probatorio (ovvero decreto di convalida del sequestro eseguito di iniziativa dalla p.g.) il collegio deve verificare che l'atto impugnato contenga i seguenti elementi strutturali:

a) *fumus commissi delicti*, con indicazione dell'ipotesi di reato per la quale si procede: sul punto, pur essendo legittima l'enunciazione in forma sommaria²¹ del fatto, l'indirizzo maggioritario di legittimità²² ritiene non sufficiente per il p.m. l'indicazione della norma di legge che si assume violata;

b) rapporto intercorrente tra *res* appresa ed il reato oggetto di indagine (in termini di corpo del reato o di cosa pertinente al reato)²³;

²⁰ Sul tema, in generale: MORLACCHINI F., *Ispezione, perquisizione e sequestro*, in *Procedura penale, Teoria e pratica del processo*, Vol. 1, Torino, 2015, 1140; SABATINI G., *Sequestro per il procedimento penale*, in *NN.D.I.*, XVII, Torino, 1989, 78; MONTAGNA M., *Sequestri*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., III, Milanofiori Assago, 2005, 1543; GARAVELLI, M. *Il sequestro nel processo penale*, Torino, 2002, 83 e ss.; MELCHIONDA A., *Sequestro per il procedimento penale*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 150.

²¹ Al tribunale del riesame non è riconosciuto un potere integrativo in caso di insufficiente esplicazione nel decreto di detto requisito, trattandosi di prerogativa esclusiva del p.m.

²² Cfr. Cass., Sez. V (Pres. Bevere, Est. Pistorelli), 27 febbraio 2015, n. 13594, in CED n. 262898; Cass., Sez. VI (Pres. De Roberto, Est. Paoloni), 31 gennaio 2012, n. 5930, in CED n. 252423; Cass., Sez. VI (Pres. Lattanzi, Est. Cortese), 9 gennaio 2009, n. 4544, in CED n. 242913.

²³ L'omissione nell'esplicazione di tale requisito può ritenersi colmabile da parte del tribunale del riesame con il ricorso al potere integrativo della motivazione. Infatti, a differenza dei restanti elementi strutturali del decreto, esso ha connotazione legislativa, espressa dall'art. 253 c.p.p. in termini di immediatezza tra *res* e reato; pertanto, non venendo in rilievo prerogative della pubblica accusa, la verifica dell'esistenza di tale rapporto può essere svolta anche dal tribunale del riesame in sede

c) finalità di accertamento, ossia la finalità probatoria per la quale si fa ricorso allo strumento; sul punto, il recente intervento della Corte di cassazione, Sezioni unite (Pres. Carcano, Est. Andreazza), del 19 aprile 2018 n. 36072, in CED n. 273548, ha definitivamente sopito il dibattito preesistente - relativo alla necessità di motivare tale elemento strutturale anche in caso di sequestro del corpo di reato -, affermando che tale sforzo argomentativo è sempre previsto in capo al p.m. a pena di nullità del decreto²⁴.

di impugnazione. Si tratta, comunque, di possibilità da verificare in concreto, tenendo parimenti in considerazione lo sforzo compiuto nella descrizione dei restanti requisiti, ossia il *fumus commissi delicti* e la finalità probatoria sottesa all'apposizione del vincolo. Sul punto, pare interessante segnalare come gli orientamenti della Corte di cassazione tengano conto delle specificità dei singoli casi, nel vagliare l'obbligo di descrizione del rapporto intercorrente tra *res* e reato. Infatti, alle sentenze in linea con la suddetta soluzione interpretativa – cfr. Cass., Sez. II (Pres. Fiandanese, Est. Recchione), 3 dicembre 2015, n. 2787, in CED n. 265776 e Cass., Sez. II (Pres. Gentile, Est. Recchione), 16 settembre 2015, n. 41360, in CED n. 262273 - se ne accompagnano altre che richiedono, a pena di nullità, l'esplicazione delle ragioni per le quali i beni possono considerarsi il corpo del reato ovvero cose ad esso pertinenti: in quest'ultimo senso si esprimono Cass., Sez. II (Pres. Diotallevi, Est. Verga), 15 marzo 2017, n. 33943, in CED n. 270520 e Cass. Sez. V (Pres. Bevere, Est. Pistorelli), 27 febbraio 2015, n. 13594, in CED n. 262898. Tiene conto di tale interdipendenza la sentenza della Corte di cassazione, Sez. VI (Pres. Di Stefano, Est. Silvestri), 13 marzo 2019, n. 37639, in CED n. 277061, nella quale si afferma che, indipendentemente dall'indirizzo giurisprudenziale che si intenda seguire sul *quantum* di motivazione esigibile, è innanzitutto necessario che il p.m. abbia sufficientemente indicato il *fumus commissi delicti*, non potendosi altrimenti verificare la meritevolezza della prospettazione né il nesso di pertinenza probatoria tra quel bene ed il reato.

²⁴ Anche in questo caso, come detto per il *fumus*, si tratta di motivazione prevista a pena di nullità del decreto, non colmabile dal potere integrativo del tribunale del riesame, riguardando prerogativa del *dominus* delle indagini preliminari; in termini anche Cass., Sez. II (Pres. Cervadoro, Est. Pacilli), 21 novembre 2019, n. 49536, in CED n. 277989 e Cass., Sez. V (Pres. Bevere, Est. Pistorelli), 23 marzo 2015, n. 13917, in CED n. 263272. Gli arresti di segno contrario ritengono la finalità probatoria *in re ipsa* rispetto al sequestro del corpo del reato: Cass., Sez. II (Pres. Prestipino, Est. Verga), 20 luglio 2016, n. 46357, in CED n. 268510 e Cass., Sez. II (Pres. Petti, Est. Rago), 25 marzo 2015, n. 15801, in CED n. 263759.

4.1 L'oggetto del sequestro

Quando il provvedimento abbia ad oggetto un dato informatico contenuto in un supporto la prima questione che si pone all'attenzione del tribunale del riesame è quella relativa alla corretta individuazione dell'oggetto del sequestro probatorio²⁵. Il tema non è di poco momento ed è strettamente connesso all'individuazione di un concreto ed attuale interesse ad impugnare del ricorrente, quando il p.m. abbia proceduto alla restituzione del bene nella sua fisicità, previa estrazione di copia del dato informatico ai sensi dell'art. 258 c.p.p.; si sta facendo riferimento alla distinzione (fisica e giuridica) tra il concetto di *hardware* e quello di *software*, peculiare per la materia informatica di cui si sta discutendo, in ragione dell'immaterialità del dato e dell'informazione.

La questione è stata affrontata nella sentenza della Corte di cassazione, Sezioni unite (Pres. Carbone, Est. Agrò), del 24 aprile 2008, n. 18253, in CED n. 239397, quando, identificando l'oggetto del sequestro informatico nell'apprensione del bene nella sua oggettiva materialità, ha prevalso la tesi dell'inammissibilità dell'impugnazione del decreto di sequestro probatorio di un *hardware* una volta intervenuta la restituzione del bene nella sua materialità all'avente diritto. Il caso aveva ad oggetto l'apprensione per finalità probatorie di un pc, tempestivamente fatta oggetto di riesame da parte dell'indagato, il quale aveva visto la restituzione del computer ad opera del p.m. previa

²⁵ Sul tema: NOVARIO F., *Le prove informatiche*, cit., 121 e ss.; CORASANITI G., *Prove digitali e interventi giudiziari sulla rete nel percorso della giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. informatica*, 2011, 399; CORRIAS LUCENTE G., *Perquisizione e sequestro informatici: divieto di inquisitio generalis*, in *Dir. informaz. e informatica*, 2012, 1146; LOGLI A., *Sequestro probatorio di un personal computer. Misure ad explorandum e tutela della corrispondenza elettronica*, in *Cass. pen.*, 2008, 2946; LORENZETTO E., *Utilizzabilità dei dati informatici incorporati su computer in sequestro: dal contenitore al contenuto passando per la copia*, in *Cass. pen.*, 2010, 1522; MOLINARI F.M., *Questioni in tema di perquisizione e sequestro di materiale informatico*, in *Cass. pen.*, 2012, 696; NOVARIO F., *Criminalità informatica e sequestro probatorio: le modifiche introdotte dalla L. 18 marzo 2008, n. 48 al codice di procedura penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1069; ZAMPERINI V., *Impugnabilità del sequestro probatorio di dati informatici*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 508.

estrazione di copia *ex* all'art. 258 c.p.p., prima della trattazione dell'impugnazione²⁶.

Le Sezioni unite della Corte, nella pronuncia suddetta, hanno concluso per l'inammissibilità per sopravvenuta carenza di interesse, in quanto l'interesse ad impugnare può definirsi attuale e concreto solo quando miri al ripristino della situazione preesistente e, quindi, alla restituzione dell'entità materiale sottratta al soggetto che vanta sulla stessa una posizione soggettiva attiva di diritto privato nei termini di cui all'art. 262 c.p.p.; peraltro, opinare diversamente vorrebbe dire estendere la cognizione del tribunale del riesame anche alla legittimità del provvedimento con il quale il p.m. *ex* art. 258 c.p.p. ordina l'estrazione di copia dal supporto – atto ritenuto del tutto autonomo dal decreto di sequestro da parte delle stesse Sezioni unite della Corte –, soluzione che si porrebbe in contrasto con il principio di tassatività dei mezzi di impugnazione.

Nonostante l'autorevolezza dell'arresto, a tale pronuncia sono seguite sentenze di significato contrario, le quali, interrogandosi sull'individuazione dell'oggetto del sequestro di dato informatico, hanno fornito una risposta slegata dalla materialità dell'apprensione del supporto.

Importantissima è la pronuncia della Corte di cassazione, Sezione VI (Pres. Milo, Est. Di Stefano), del 24 febbraio 2015 n. 24617, in CED n. 264093, la quale, pur rigettando il ricorso di colui che si era visto dichiarare dal Tribunale del riesame di Bari l'inammissibilità del riesame avverso il decreto di sequestro di dato informatico, perimetra l'oggetto del sequestro in senso profondamente diverso da quanto registrato in precedenza. Il caso di specie era particolare, perché il ricorrente (di professione giornalista), agendo nella veste di terzo interessato, impugnava un decreto di sequestro del p.m. che aveva proceduto, previa perquisizione informatica ed individuazione del dato probatoriamente interessante, ad estrapolare la semplice copia del

²⁶ La questione si rivela di grande impatto statistico, se si considera che, a differenza di quanto accade per le impugnazioni di misure cautelari personali, nei procedimenti reali il termine di trasmissione degli atti è meramente ordinatorio - e non perentorio a pena di perdita di efficacia del provvedimento, cfr. Cass., Sez. VI (Pres. Diotallevi, Est. Bassi), 25 settembre 2019, n. 47883, in CED n. 277566 – e, pertanto, può anche intercorrere un lasso di tempo non trascurabile tra la proposizione e la trattazione dell'impugnazione.

documento, senza trattenere il supporto in cui esso era custodito. Proprio muovendo da dette peculiarità, la Sezione sesta della Corte, discostandosi dalle Sezioni unite nella citata sent. n. 18253/2008, poneva innanzitutto l'accento sulle novità legislative intervenute medio termine, richiamando la suddetta l. n. 48/2008; essa, adeguando il nostro ordinamento agli impegni assunti con la convenzione²⁷ sui crimini informatici, ha reso esplicito nell'ordinamento italiano che il concetto di “cosa” copre anche il dato informatico in quanto tale. In conformità alla convenzione, il legislatore italiano è intervenuto, quindi, con la citata l. n. 48/2008, riformando le seguenti disposizioni di diritto sostanziale e processuale:

- i reati contro il patrimonio in materia di danneggiamento dei dati informatici (artt. 635 *bis* e 635 *ter* c.p.)²⁸;
- l'art. 248 c.p.p. a proposito di “rintracciare cose da sottoporre a sequestro”, aggiungendo agli atti “tangibili” i “dati, informazioni e programmi informatici”;
- l'art. 254 c.p.p., che prevede che gli oggetti di corrispondenza che possono essere sottoposti a sequestro sono anche quelli “inoltrati per via telematica”;
- l'art. 254 *bis* c.p.p., che disciplina il “sequestro di dati informatici presso i fornitori di servizi informatici, telematici e di telecomunicazioni” e prevede che un tale sequestro possa anche essere compiuto mediante acquisizione di copia dei dati su supporto di memoria;
- l'art. 256 c.p.p., ricomprendendo, tra le cose che devono essere esibite, anche “i dati, le informazioni e i programmi informatici, anche mediante copia di essi su adeguato supporto”.

Quindi, proprio muovendo da tale acquisita nuova sensibilità normativa, la Sezione sesta della Corte afferma che non può parlarsi propriamente di restituzione quando la parte sia stata comunque privata

²⁷ Detta convenzione, disciplinando all'art. 19 la “perquisizione e sequestro di dati informatici”, ancora l'oggetto del sequestro al dato in quanto tale; nella relazione esplicativa adottata dal comitato dei ministri del Consiglio d'Europa si legge, al punto 197, che “sequestrare” significa prendere il mezzo fisico sul quale i dati o le informazioni sono registrati oppure fare e trattenere una copia di tali dati o informazioni.

²⁸ Nel senso della necessità di apprestare tutela al bene giuridico dell'intangibilità informatica, MILITELLO V., *Nuove esigenze di tutela penale e trattamento elettronico delle informazioni*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1992, 374.

con il sequestro del valore in sé del dato, quando esso rilevi non nella sua fisicità, ma in quanto tale: ciò accade, ad esempio, per dati destinati a rimanere riservati quando il valore del documento derivi proprio dalla esclusione dell'accesso di altri; in questi casi, non si può ritenere che il trattenimento di copia risolva il tema del diritto alla restituzione e chi ha subito lo spossessamento può continuare a contestare tale perdita della esclusiva disponibilità innanzi al tribunale del riesame. Si è, quindi, affermato che la restituzione del supporto, previa estrazione di copie, comporta il venir meno del sequestro solo laddove non permanga una perdita valutabile per il titolare del bene originale, considerata sul piano del diritto sostanziale. In questo senso, tuttavia, è onere del ricorrente²⁹ specificare quale sia l'attuale e concreto interesse ad impugnare lo spossessamento del dato in sé, in difetto di apprensione di un bene materiale, in maniera tale da poter qualificare l'ablazione del dato informatico come acquisizione di “*cosa*” pregiudizievole per l'istante, che vanta, anche solo rispetto all'informazione, un interesse alla restituzione.

Si tratta di impostazione seguita dalla giurisprudenza successiva³⁰, che ha determinato una nuova pronuncia della Corte di cassazione a Sezioni unite (Pres. Canzio, Est. Ramacci) il 20 luglio 2017 n. 40963, in CED n. 270497, che ha recepito il percorso argomentativo inaugurato dalla Sesta sezione; quindi, nonostante la restituzione del supporto sul quale il dato è contenuto, permane comunque un interesse all'impugnazione per la verifica della sussistenza dei presupposti applicativi del provvedimento ablativo. Deve, tuttavia, trattarsi di un interesse concreto ed attuale, specifico ed oggettivamente valutabile sulla base di elementi univocamente indicativi della lesione di interessi primari conseguenti alla indisponibilità delle informazioni contenute nel documento, la cui sussistenza andrà dimostrata, non potendosi ritenere sufficienti allo scopo generiche allegazioni.

²⁹ Per questa ragione la Sezione Sesta nel caso di specie ha rigettato il ricorso.

³⁰ Cfr. Cass., Sez. II (Pres. Fumu, Est. Pardo), 9 settembre 2016, n. 40831, in CED n. 267610, nella parte in cui condiziona l'ammissibilità dell'impugnazione alla dimostrazione di un concreto ed attuale interesse del ricorrente all'esclusiva disponibilità del dato informatico; si legga anche Cass., Sez. III (Pres. Franco, Est. Rosi), 23 giugno 2015, n. 38148, in CED n. 265181.

Oggi possiamo, dunque, affermare³¹ che oggetto del sequestro probatorio, quando si discuta di dato informatico, non è il supporto, ma l'informazione in esso contenuta.

4.2 *L'estrazione di copia ai sensi dell'art. 258 c.p.p.*

Si è fatto riferimento al provvedimento del p.m. di acquisizione di copia di file ritenuti utili ai fini delle indagini ai sensi dall'art. 258 c.p.p.³²

Questo atto, come si è detto in precedenza, è stato ritenuto non equivalente al decreto di sequestro -questo sì impositivo di un effettivo vincolo di indisponibilità – e, come tale, non suscettibile di autonoma impugnazione di legittimità innanzi al tribunale del riesame. Ma, come si è già evidenziato, è comunque possibile per la parte fare leva sull'adozione di detta determinazione quando il p.m. abbia provveduto alla restituzione del “contenitore” nel quale il “contenuto” informatico era collocato, proprio al fine di dimostrare la permanenza di un concreto ed attuale interesse al gravame, in termini di illegittimità dello spossessamento in sé del dato.

Oltre a ciò, la parte può dedurre l'inosservanza delle forme previste per l'estrazione di copia, quando i dati vengano utilizzati come mezzo di prova nelle impugnazioni reali e personali.

Tanto è accaduto, ad esempio, in un caso interessante, trattato dal Tribunale del riesame di Napoli nell'impugnazione di un'ordinanza cautelare applicativa di misura personale emessa a carico di indagato di reato di cui all'art. 416 *bis* c.p. In tale procedimento la difesa lamentava l'inutilizzabilità degli elementi di prova acquisiti al procedimento con l'estrazione di copia informatica del contenuto del computer del ricorrente, ritenendo detta attività rientrante nella categoria degli accertamenti tecnici irripetibili e, come tale, effettuata in violazione della relativa disciplina. Il Tribunale del riesame rigettava il gravame ed il difensore, per quanto interessa in questa sede, riproponeva la questione innanzi alla Corte di cassazione, la quale, con la sentenza della Sezione I (Pres. Canzio, Est. Cassano), del 05 marzo 2009 n. 14511, in

³¹ Sul tema, in dottrina: CARNEVALE S., *Copia e restituzione dei documenti informatici sequestrati: il problema dell'interesse a impugnare*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 472; COSTANZI C., *Perquisizione e sequestro informatico. L'interesse al riesame nel caso di estrazione di copie digitali e restituzione dell'originale*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2016, 269.

³² Cass. sent. n. 18253/2008.

CED n. 243150, aderiva all'impostazione dei giudici di merito in ragione di motivazioni in questo modo sintetizzabili³³. Per “*atto irripetibile*” deve intendersi l'atto contraddistinto da un risultato estrinseco ed ulteriore rispetto alla mera attività investigativa, non riproducibile in dibattimento se non con la perdita dell'informazione probatoria o della sua genuinità. Quindi, gli accertamenti *ex art. 360 c.p.p.* consistono in attività di carattere valutativo su base tecnico-scientifica e non in attività di constatazione, raccolta, prelievo dei dati materiali pertinenti al reato³⁴. La nozione di non ripetibilità può anche riguardare la semplice descrizione di luoghi, cose o persone, quando si tratti di situazioni necessariamente modificabili per il decorso del tempo³⁵. In tale ottica, ciò che giustifica l'attribuzione della qualità di non ripetibilità ad un atto della polizia giudiziaria, del pubblico ministero o del difensore è la caratteristica di non essere riproducibile in dibattimento e non rinviabile a tale sede processuale, in quanto la sua immediata esecuzione garantisce la genuinità del contributo conoscitivo che la prova apporterà al giudizio.

La nozione di atto non ripetibile, quindi, non ha natura ontologica, ma va ricavata dalla disciplina processuale, caratterizzata dal bilanciamento di interessi tra la ricerca della verità nel processo ed il sacrificio del principio costituzionale relativo alla formazione della prova nel contraddittorio fra le parti. Secondo la Corte di cassazione, dunque, è da escludere che l'attività di estrazione di copia di file da un

³³ Nei medesimi termini, Cass., Sez. II (Pres. Gentile, Est. Rago), 4 giugno 2015, n. 24998, in CED n. 264286; Cass., Sez. II (Pres. Esposito, Est. Davigo), 19 febbraio 2015, n. 8607, in CED n. 263797; Cass., Sez. I (Pres. Chieffi, Est. Giordano), 30 aprile 2009, n. 23035, in CED n. 243922; Cass., Sez. I (Pres. Chieffi, Est. Giordano), 26 febbraio 2009, n. 11863, in CED n. 243922.

³⁴ In tal senso, Cass., Sez. I (Pres. Siotto, Est. Corradini), 31 gennaio 2007, n. 14852, in CED n. 237359; Cass., Sez. I (Pres. Gemelli, Est. Piraccini), 30 novembre 2005, n. 45437, in CED n. 233354; Cass., Sez. I (Pres. D'Urso, Est. Pepino), 9 maggio 2002, n. 23156, in CED n. 221622.

³⁵ Quindi, il concetto di non ripetibilità è strettamente ricollegato (anche) alla modificazione di cose, luoghi e persone, come confermato dalla circostanza che l'art. 117 disp. att. c.p.p. estende la disciplina dell'art. 360 c.p.p. agli accertamenti che modificano le situazioni indicate. In tal senso, Cass., Sez. III (Pres. Lupo, Est. Squassoni), 18 settembre 2007, n. 37147, in CED n. 237554; Cass., Sez. I (Pres. Gemelli, Est. Cassano), 3 maggio 2007, n. 25809, in CED n. 237429; Cass., Sez. I (Pres. Sossi, Est. Pepino), 8 giugno 2004, n. 37072, in CED n. 229970.

computer costituisca un accertamento tecnico irripetibile, atteso che non comporta alcuna attività di carattere valutativo su base tecnico-scientifica e non determina alcuna alterazione dello stato delle cose, tale da recare pregiudizio alla genuinità del contributo conoscitivo nella prospettiva dibattimentale.

Tale impostazione sembrerebbe in linea con il citato intervento riformatore, atteso che, come si è detto, la nuova disciplina processual-penalistica è proprio finalizzata a garantire la non alterazione del dato informatico, anche in termini di ripetibilità futura in giudizio.

Non può tacersi, tuttavia, che tale soluzione giurisprudenziale ha determinato le critiche di una parte della dottrina³⁶, non concorde nel ricondurre l'attività di copiatura del materiale informatico nell'art. 258 c.p.p. – recante la disciplina dell'estrazione di copia di atti e documenti – anziché nella disposizione più garantistica di cui all'art. 260, comma 2, c.p.p., relativa alle cose deperibili e modificata proprio dalla l. n. 48/2008 con riferimento a dati, informazioni e programmi informatici.

4.3 I limiti del decreto di sequestro di materiale informatico

Rilevano, poi, innanzi al tribunale del riesame, sempre nell'ottica della legittimità del titolo che incida su dato informatico, ulteriori questioni, relative alla perimetrazione dell'ampiezza del sequestro probatorio.

Il primo limite del sequestro del dato informatico è strettamente connesso alla necessaria esplicitazione nel decreto della finalità di accertamento rispetto ad una *notitia criminis* già determinata.

La questione, che si innesta sul generale divieto di sequestrare per finalità meramente esplorative, con esplicito riferimento alla prova informatica è stata oggetto della, particolarmente interessante, pronuncia della Corte di cassazione, Sezione IV (Pres. Sirena, Est. Massafra), del 17 aprile 2012 n. 19618, in CED n. 252689³⁷. Il caso portato all'attenzione della Corte era peculiare ed aveva ad oggetto un provvedimento di perquisizione informatica di sistema di prenotazione voli *on line*, con relativo sequestro delle credenziali di accesso al

³⁶ Per tutti, si segnala MARAFIOTI L., *Digital evidence e processo penale*, in *Cass. pen.*, 2011, 4509.

³⁷ Si segnalano le seguenti note a sentenza: BONO, *Il divieto di indagini ad explorandum include i mezzi informatici di ricerca della prova*, in *Cass. pen.*, 2013, 152; PERONI F., *Illegittimi la perquisizione e il sequestro delle credenziali di accesso per la prenotazione di voli on-line*, in *Dir. pen. e processo*, 2012, 820.

programma; l'autorità inquirente aveva assunto detta determinazione per identificare per tempo - in base ad una serie di parametri sintomatici desumibili dalle modalità di prenotazione dei voli - i passeggeri sospetti di fungere da corrieri internazionali di stupefacenti (c.d. ovulatori). Il provvedimento veniva annullato dal Tribunale del riesame di Pisa ed il p.m. ricorreva in Cassazione avverso detta determinazione. La Corte, nel confermare l'illegittimità del sequestro, ha censurato un decreto finalizzato a monitorare in modo illimitato, preventivo e permanente il contenuto di un sistema informatico per pervenire all'accertamento di reati non ancora commessi, trattandosi di provvedimento adottato per finalità estranee all'accertamento di una determinata *notitia criminis*. Peraltro, la pronuncia è interessante anche perché ha escluso che possa venire in rilievo, nel caso di specie, la previsione di cui all'art. 248 comma 2 c.p.p., così per come novellato dalla l. n. 48/2008, secondo il quale l'autorità giudiziaria e gli ufficiali di polizia giudiziaria da questa delegati, per rintracciare le cose da sottoporre a sequestro o accertare altre circostanze utili ai fini delle indagini, possono esaminare presso "banche" atti, documenti e corrispondenza nonché dati, informazioni e programmi informatici. Ciò in quanto la norma, laddove richiama le "banche", non può che riferirsi agli istituti di credito e non già alle "banche dati", per giunta in continuo aggiornamento automatico, come invece deduceva il p.m. ricorrente.

L'ulteriore limite al potere di ablazione del p.m. è costituito dal principio di proporzionalità di cui all'art. 275 c.p.p., principio che, come insegna la giurisprudenza di legittimità³⁸, pur essendo esplicitato nelle norme che regolano le misure cautelari personali, deve essere esteso in via interpretativa anche ai provvedimenti cautelari di contenuto reale e, più in generale, a tutte le ablazioni di una *res*, anche se poste in essere per finalità di accertamento. La ragione di tale estensione risiede nel rango della tutela della proprietà privata, compressa dal titolo ablatorio che dispone il sequestro, che, proprio in quanto tale, presuppone l'utilizzo dello strumento che impone il minor sacrificio necessario.

Il principio di proporzionalità nei provvedimenti di sequestro ha portata temporale e quantitativa.

³⁸ Cass., Sez. III (Pres. Squassoni, Est. Graziosi), 7 maggio 2014, n. 21271, in CED n. 261509.

Nel primo caso si discute di durata del sequestro probatorio, in ragione di quanto previsto dalla disposizione di cui all'art. 262, comma 1, c.p.p., la quale prevede la restituzione delle cose sequestrate “*quando non è necessario mantenere il sequestro a fini di prova*”. Il riferimento al principio di proporzionalità del sequestro in una prospettiva temporale si presenta utile allorché la ricerca degli elementi di prova debba essere effettuata esaminando una massa amplissima di dati, tutti potenzialmente rilevanti a priori, e l'accertamento non possa essere ragionevolmente eseguito nel luogo in cui si trovano le cose sulle quali detti dati sono impressi. Si fa riferimento a quelle ipotesi, che si sono già richiamate in precedenza, nelle quali il sequestro del supporto *hardware* precede l'esecuzione della perquisizione informatica e l'individuazione del dato probatoriamente interessante. In questi casi, il contemperamento tra le contrapposte esigenze dell'autorità inquirente e del privato può essere assicurato attraverso un sequestro del supporto che si protragga solo per il tempo strettamente necessario al compimento di tali accertamenti. Di conseguenza, il p.m., per esaminare un'ampia massa di dati solo potenzialmente rilevanti per le indagini, può in prima battuta disporre un sequestro dai contenuti molto estesi, ma dovrà immediatamente restituire le cose non appena sarà decorso il tempo ragionevolmente necessario per gli accertamenti; ovviamente, poi, nel caso di mancata tempestiva restituzione di ufficio, l'interessato, anziché esperire riesame, potrà presentare istanza di restituzione, anche impugnando l'eventuale provvedimento non soddisfacente nelle sedi competenti.

Sotto il secondo profilo, il p.m., nel disporre o convalidare il sequestro, deve limitare l'apprensione ai dati strettamente necessari per la realizzazione della finalità istruttoria.

Tale principio si rivela di difficile applicazione nelle ipotesi di perquisizioni e sequestri che hanno ad oggetto dati informatici, facendo dubitare della legittimità di un sequestro probatorio avente ad oggetto indiscriminatamente tutto il materiale contenuto in un *hard disk* o in un sistema informatico.

Sul punto, la giurisprudenza di legittimità³⁹ ha chiarito che, in linea di principio, un sequestro avente un'estensione ampia non è precluso

³⁹ Da ultimo, si segnala Cass., Sez. V (Pres. Palla, Est. Calaselicce), 17 settembre 2019, n. 38456, in CED n. 277343.

dalle disposizioni di legge, qualora giustificato da particolari esigenze probatorie. Questo in quanto, ai sensi dell'art. 81, comma 2, secondo periodo, disp. att. c.p.p., quando non è possibile procedere a numerazione delle “carte” sottoposte a vincolo, le stesse “sono rinchiuse in uno o più pacchi sigillati, numerati e timbrati”. Ciò che assume rilievo, quindi, è che il vincolo sia rispettoso dei principi di proporzionalità e di adeguatezza, avendo riguardo, da un lato, alle finalità legittimamente perseguite dall'autorità e, dall'altro, agli interessi giuridicamente apprezzabili del privato.

Quindi, l'ampiezza del sequestro dipende dall'esito del giudizio valoristico formulato ponderando l'interesse all'accertamento con la posizione soggettiva sulla quale il sequestro incide. Di conseguenza, la portata del sequestro sarà indirettamente proporzionale al rilievo della posizione giuridica vantata dal privato, circoscrivendosi necessariamente quando incidente su libertà e diritti di rango costituzionale. Ad esempio, nella già citata sentenza della Cassazione n. 24617/2015, il sequestro veniva ad incidere nei confronti del giornalista⁴⁰ sul segreto professionale di cui all'art. 200, comma 3, c.p.p., che opera limitatamente al nominativo delle persone dalle quali si sono ricevute notizie fiduciarie (con la particolarità, rispetto alle altre categorie tutelate da segreto, che il giudice può ordinare al medesimo giornalista di indicare comunque la fonte delle notizie in suo possesso laddove tali notizie siano indispensabili per le indagini e sia necessario accertare l'identità della fonte). Tale diritto al segreto ed il limitato ambito in cui lo stesso può venir escluso, non possono che costituire un limite alla ricerca dei dati identificativi della fonte della notizia attraverso il mezzo della perquisizione e del sequestro; o, per meglio dire, il rispetto del principio di proporzionalità in questi casi impone che il provvedimento di sequestro motivi specificamente in ordine alle ragioni dell'apprensione di quella determinata informazione, anche in relazione all'assoluta necessità per le indagini⁴¹.

⁴⁰ Sul tema in dottrina: LORUSSO S., *Sequestro probatorio e tutela del segreto giornalistico*, in *Giur. it.*, 2015, 1504; SCHENA G., *Ancora sul sequestro di materiale informatico nei confronti di un giornalista*, in *Cass. pen.*, 2016, 300 e ss.; TROISI P., *Sequestro probatorio del computer e segreto giornalistico*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 770.

⁴¹ Cass., Sez. VI (Pres. Garribba, Est. De Amicis), 15 aprile 2014, n. 31735, in CED n. 260068.

Considerazioni analoghe la Corte di cassazione aveva già espresso in un caso, noto alle cronache, relativo alla pubblicazione arbitraria, su diversi quotidiani, del contenuto di un interrogatorio reso da un agente del SISMI nell'ambito del noto processo Abu Omar. La p.g. era risalita ad un giornalista responsabile della diffusione (indagato dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Brescia), che aveva ricevuto il documento segreto via e-mail da un altro collega, al quale era stato sequestrato l'intero computer; la Corte di cassazione, Sezione I (Pres. Fabbri, Est. Cavallo), con la sentenza del 16 febbraio 2007 n. 25755, in CED n. 237431⁴², ha dichiarato l'illegittimità del sequestro e della clonazione dell'intero *hard disk* del giornalista proprio a causa dell'eccessiva genericità del decreto, non avendo il p.m. individuato le cose da acquisire né motivato adeguatamente in merito allo stretto collegamento esistente tra la *res* da apprendere ed il reato oggetto di indagini preliminari; una ingiustificata ricerca senza limiti, ha osservato la Corte di cassazione, porta ad un sostanziale aggiramento del segreto professionale (artt. 200, comma 3, e 256 c.p.p.).

Argomentazioni di analogo tenore possono essere formulate con riferimento al sequestro globale di server e supporti informatici di una determinata azienda, quando l'apprensione renda l'attività inoperativa, ledendo la libertà di iniziativa economica privata di cui all'art. 41 della Costituzione. Anche in questo caso, un sequestro indiscriminato di materiale informatico di una realtà aziendale per essere legittimo (e, quindi, superare il vaglio di legittimità innanzi al tribunale del riesame) deve essere adeguatamente motivato nel decreto da parte del p.m., in ordine all'esistenza di un rapporto qualificato con il reato ed all'esistenza di serie finalità di accertamento che ne giustificino l'apprensione⁴³.

E' chiaro, quindi, che si tratta di questioni che andranno decise di volta in volta dal tribunale del riesame, in considerazione della tipologia

⁴² “Il sequestro probatorio della memoria del ‘personal computer’ di un giornalista che abbia opposto il segreto professionale è consentito soltanto ove sia ritenuta l'infondatezza del segreto e la necessità dell'acquisizione per l'indagine, ma l'attività investigativa deve essere condotta in modo da non compromettere il diritto del giornalista alla riservatezza della corrispondenza e delle proprie fonti”. Sempre in tema, recentemente, Cass., Sez. VI (Pres. Fidelbo, Est. Corbo) 19 gennaio 2018, n. 9989, in CED n. 272538.

⁴³ Sul tema, si segnala Cass., Sez. III (Pres. De Maio, Est. Franco), 18 novembre 2008, n. 12107, in CED n. 243393.

del reato, degli accertamenti da compiere e della rilevanza della compressione del diritto privatistico che realizza il sequestro; per essere esente da censure il decreto di sequestro deve motivare specificamente⁴⁴ su tali requisiti, tenuto anche conto dell'impossibilità per il tribunale della libertà di esercitare un potere integrativo della motivazione in relazione all'esplicazione delle finalità probatorie, secondo l'indirizzo giurisprudenziale di cui si è detto.

5. Conclusioni

Le specificità della materia informatica impongono ai giuristi moderni di compiere nuovi sforzi interpretativi sugli istituti del diritto processuale penale.

Nel caso delle perquisizioni dette riflessioni portano, come si è in parte già evidenziato, a ripensare ad alcune categorie giuridiche classiche (ripetibilità/irripetibilità) ed a rivedere la tradizionale successione temporale tra l'esecuzione di detto mezzo di ricerca della prova e l'effettuazione del sequestro probatorio.

Le medesime specificità, poi, impongono ai tecnici del processo una sensibilità rinnovata per cogliere i molteplici interessi coinvolti nell'acquisizione e valutazione della “*prova informatica*”; infatti, sono ormai plurime le sollecitazioni rivolte dalla dottrina alla giurisprudenza di merito affinché si sensibilizzi al tema e garantisca l'esercizio del diritto di difesa in termini effettivi anche in materia di prova informatica.

Con specifico riferimento agli atti processuali, poi, dette specificità sono destinate a tradursi nella previsione a carico del p.m. di un obbligo di motivazione del decreto di sequestro particolarmente pregnante, nei termini sopra individuati; infatti, solo motivando adeguatamente le ragioni sottese al sequestro del dato informatico con quelle determinate modalità, il p.m. esercita le prerogative del *dominus* delle indagini preliminari e mette il provvedimento al riparo dalle censure difensive e da interventi caducatori del tribunale del riesame. Si tenga presente che al medesimo tribunale, così come non è riconosciuto un potere integrativo della motivazione dell'atto nella parte relativa alle

⁴⁴ Cass., Sez. VI (Pres. Conti, Est. Corbo), 11 novembre 2016, n. 53168, CED in Rv. 268489.

prerogative della pubblica accusa, non è neanche attribuita la possibilità di sindacare l'opportunità delle scelte investigative effettuate dal medesimo organo, dovendo la cognizione rimanere nei limiti della valutazione della legittimità del titolo.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

ATERNO S., *Digital Forensics (Investigazioni informatiche)*, in *Dig. pen.*, Agg. VIII, Torino, 2014, 217; ATERNO S., *In materia di sequestro di hd e acquisizione della prova informatica: un caso eclatante*, in *Dir. internet*, 2005, 4, 365; ATERNO S., *Le investigazioni informatiche e l'acquisizione della prova digitale*, in *Giur. merito*, 2013, 4, 955; ATERNO S. - CAJANI F. - COSTABILE G. - MATTIUCCI M. - MAZZARACO G., *Manuale di computer forensics*, I, Forlì, 2012, 393 e ss.; ATERNO S., *Modifiche la titolo III del terzo libro del codice di procedura penale*, in CORASANITI G. - CORRIAS LUCENTE G. (a cura di), *Cybercrime, responsabilità degli enti, prova digitale*, Padova, 2008, 206 e ss.; BALDUCCI P., *Perquisizione (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Agg., IV, Milano, 2000, 252 e ss.; BARGIS M., *Perquisizione*, in *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1995, 490; BELLANTONI G., *Perquisizioni*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato* (a cura di) GIARDA A. - SPANGHER G., Milano, 2010, 2442; BELLORA C., *Ispezione giudiziale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 275; BERGHELLA F. - BLAIOTTA R., *Diritto penale dell'informatica e beni giuridici*, in *Cass. pen.*, 1995, 2329; BONO, *Il divieto di indagini ad explorandum include i mezzi informatici di ricerca della prova*, in *Cass. pen.*, 2013, 152; BRAGHÒ G., *L'ispezione e la perquisizione di dati, informazioni e programmi informatici*, in LUPÀRIA L. (a cura di), *Sistema penale e criminalità informatica*, Milano, 2009, 186; BRAVO F., *Crimini informatici e utilizzo dei mezzi di ricerca della prova nella conduzione delle indagini*, in *Riv. giur. polizia*, 1998, 3, 711; CARNEVALE S., *Copia e restituzione dei documenti informatici sequestrati: il problema dell'interesse a impugnare*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 472; CERQUA F., *Ancora dubbi e incertezze sull'acquisizione della corrispondenza elettronica*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 25 luglio 2015; CERQUA F., *Le Sezioni Unite fissano i criteri per stabilire quando gli atti investigativi non sono ripetibili*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 1483; CHIRIZZI L., *Computer forensics: brevi cenni tecnici e procedurali sulla ricerca della fonte di prova informatica*, in *Cyberspazio e diritto*, 2006, 4, 463; CORASANITI G., *Prove digitali e interventi giudiziari sulla rete nel percorso della giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. informatica*, fasc. 3, 2011, 399; CORRIAS LUCENTE G., *Perquisizione e sequestro informatici: divieto di inquisitio generalis*, in *Dir. informaz. e informatica*, 2012, 6, 1146; COSTABILE G., *Computer forensics e informatica investigativa alla luce della Legge n. 48 del 2008*, in *Cyberspazio e diritto*, 2010, 3, 465; COSTANZI C., *Perquisizione e sequestro informatico. L'interesse al*

riesame nel caso di estrazione di copie digitali e restituzione dell'originale, in *Arch. n. proc. pen.*, 2016, 3, 269; CUOMO L., *La prova digitale*, in *Prova scientifica e processo penale*, di CANZIO – LUPARIA, Padova, 2017, 669 e ss.; FELCHER I.V., *Una rassegna giurisprudenziale con riferimento alla Legge n. 48 del 2008 e alle investigazioni digitali*, in *Cyberspazio e diritto*, 2013, 1, 131; FELICIONI P., *Ispezioni*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato* (a cura di) GIARDA A. - SPANGHER G., Milano, 2010, 2420; FELICIONI P., *Le ispezioni e le perquisizioni*, Milano, 2004, 22; FERRUA P., *La prova nel processo penale: profili generali*, in FERRUA P. – MARZADURI E. – SPANGHER G. (a cura di), *La prova penale*, Torino, 2013, 128; FLOR R., *Lotta alla "criminalità informatica" e tutela di tradizionali e nuovi diritti fondamentali nell'era di internet*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 22 settembre 2012; GAETA P., *art. 360 c.p.p.*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato* (a cura di) GIARDA A. - SPANGHER G., Assago, 2017, 4346; GAETA P., *Accertamenti tecnici non ripetibili*, in *Procedura penale*, di SPANGHER G., Vol. II, Torino, 2015, 682 e ss.; GALASSO M., *Accertamenti tecnici non ripetibili e limiti di operatività*, in *Giur. mer.*, 1991, II, 1141; GARAVELLI, M. *Il sequestro nel processo penale*, Torino, 2002, 83; GIUNCHEDI F., *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, Torino, 2009; LOGLI A., *Sequestro probatorio di un personal computer. Misure ad explorandum e tutela della corrispondenza elettronica*, in *Cass. pen.*, 2008, 2946; LORENZETTO E., *Utilizzabilità dei dati informatici incorporati su computer in sequestro: dal contenitore al contenuto passando per la copia*, in *Cass. pen.*, 2010, 1522; LORUSSO S., *Il verbale di ispezione dei luoghi soggetti a modificazione come atto non ripetibile da inserire nel fascicolo per il dibattimento*, in *Cass. pen.*, 1995, 2195; LORUSSO S., *Sequestro probatorio e tutela del segreto giornalistico*, in *Giur. it.*, 2015, 6, 1504; LUPARIA L., *Computer crimes e procedimento penale*, in *Trattato di Procedura Penale*, diretto da SPANGHER G., vol. VII, a cura di GARUTI G., Torino, 2011, 369 e ss.; LUPARIA L. – ZICCARDI G., *Investigazione penale e tecnologia informatica. L'accertamento del reato tra progresso scientifico e garanzie fondamentali*, Milano, 2007, 152; LUPARIA L., *Il caso "Vierika": un'interessante pronuncia in materia di virus informatici e prova penale digitale*, in *Dir. internet*, 2006, 157; LUPARIA L., *La ratifica della Convenzione Cybercrime del Consiglio d'Europa, Legge 18 marzo 2008, n. 48. I profili processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 6; LUPARIA L., *Sistema penale e criminalità informatica: profili sostanziali e processuali nella Legge attuativa della Convenzione di Budapest sul cybercrime (L. 18 marzo 2008, n. 48)*, Milano 2009; MARAFIOTTI L., *Digital evidence e processo penale*, in *Cass. pen.*, 2011, 4509; MAROTTA S., *Prova (Mezzi di e mezzi di ricerca della)*, in *Dig. disc. pen.*, X, Torino, 1995, 347; MELCHIONDA A., *Sequestro per il procedimento penale*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 150; MILITELLO V., *Nuove esigenze di tutela penale e trattamento elettronico delle informazioni*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1992, 3, 374; MOLINARI F.M., *Questioni in tema di perquisizione e sequestro di materiale informatico*, in *Cass. pen.*, 2012, 696; MONTAGNA M., *La ricerca della prova nelle investigazioni*

di polizia giudiziaria e nelle indagini preliminari (ispezione, perquisizione e sequestro), in AA.VV., *La prova penale*, diretto da GAITO A., II, Milanofiori Assago, 2008, 97; MONTAGNA M., *Sequestri*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., III, Milanofiori Assago, 2005, 1543; MOSCARINI P., *Ispezione (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano, 1999, 465; MORGANTE G. - TOVANI S. - DEGL'INNOCENTI L. - CORDÌ L. - DA VALLE G. - MANZIONE D., *L. 18 marzo 2008 n. 48 - Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica, fatta a Budapest il 23 novembre 2001, e norme di adeguamento dell'ordinamento interno*, in *La legislazione penale*, 2008, 251; MORLACCHINI F., *Ispezione, perquisizione e sequestro*, in *Procedura penale, Teoria e pratica del processo*, Vol. 1, Utet, 2015, 1140; NAPPI A., *Guida al codice di procedura penale*, Milano, 2001; NIGRO M., *Atti irripetibili e limiti ai poteri probatori del giudice*, in *Dir. pen. proc.*, 2007; NOVARIO F., *Criminalità informatica e sequestro probatorio: le modifiche introdotte dalla L. 18 marzo 2008, n. 48 al codice di procedura penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 4, 1069; NOVARIO F., *Le prove informatiche*, in FERRUA P. – MARZADURI E. – SPANGHER G. (a cura di), *La prova penale*, Torino, 2013, 121; NOVARIO F., *L'attività di accertamento tecnico difensivo disposta su elementi informatici e la sua ripetibilità*, in *Cyberspazio e diritto*, 2011, 1, 75; PEYRON C., *Ispezione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 962; PERONI F., *Illegittimi la perquisizione e il sequestro delle credenziali di accesso per la prenotazione di voli on-line*, in *Dir. pen. e processo*, 2012, 820; PIOLETTI U., *Perquisizione*, in NN.D.I., XII, Torino, 1965, 1001; PITTIRUTI M., *Digital evidence e procedimento penale*, Torino, 2017; PITTIRUTI M., *Profili processuali della prova informatica*, in MARAFIOTI L. – PAOLOZZI G. (a cura di), *‘Incontri ravvicinati’ con la prova penale. Un anno di seminari a Roma Tre*, Torino, 2014, 55 e ss.; POGGI A. - CAVALIERA C.D., *Gli accertamenti tecnici della polizia giudiziaria nell'indagine preliminare*, Padova, 2000; SABATINI G., *Sequestro per il procedimento penale*, in NN.D.I., XVII, Torino, 1989, 78; SCHENA G., *Ancora sul sequestro di materiale informatico nei confronti di un giornalista*, in *Cass. pen.*, 2016, 300; SURACI L., *L'atto irripetibile*, Padova, 2012; TONINI P., *La prova penale*, Padova, 2000; TRIGGIANI N., *I mezzi di ricerca della prova*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale* (diretto da G. SPANGHER), II, t. 1, Milanofiori Assago, 2009; TROISI P., *Sequestro probatorio del computer e segreto giornalistico*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 770; VITALE A., *La nuova disciplina delle ispezioni e delle perquisizioni in ambiente informatico o telematico*, in *Dir. internet*, 2008, 5; ZACCHE' F., *La prova documentale*, in UBERTIS G. – VOENA G.P. (diretto da), *Trattato di procedura penale*, XIX, Milano, 2012; ZACCHE' F., *Sopralluoghi e relazioni di servizio della polizia giudiziaria*, in *Cass. pen.*, 2006, 3; ZAMPERINI V., *Impugnabilità del sequestro probatorio di dati informatici*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 508.

ABSTRACT

Lo studio dei tradizionali mezzi di ricerca della prova oggi impone lo svolgimento di considerazioni in materia informatica, in quanto sempre più spesso le ispezioni e le perquisizioni vengono ad incidere su realtà immateriali di tale natura. Infatti, in ragione del vasto utilizzo delle tecnologie nella società, sono divenute di estremo interesse le attività investigative dirette ad acquisire nel procedimento penale i dati informatici contenuti negli apparati elettronici. Il presente lavoro analizza le novità introdotte dalla legge 18 marzo 2008 n. 48 in materia di ispezioni e perquisizioni informatiche, valorizzando i profili di interesse per l'attività del tribunale del riesame, anche nell'ottica del procedimento di impugnazione avverso il decreto di sequestro probatorio.

Nowadays, debating about means of gathering evidence in criminal proceedings necessarily involves IT analysis and studies, as inspections and searches more and more often concern IT intangible items.

Due to the widespread use of technology, extracting data from computers and electronic devices is now fundamental in the evidence-gathering activity in criminal proceedings.

This paper focuses on new provisions set out by law no. 48/2008 concerning IT inspections and searches. It specifically enlightens the role and the activity of the Italian court division that reviews precautionary measures, with specific regard to requests of review against probatory seizures.

FRANCESCA SINISCALCHI*

LA DEMOCRAZIA DELIBERATIVA:
CRISI DELLA RAPPRESENTANZA POLITICA E TENTATIVI DI
INTEGRAZIONE DELLA RAPPRESENTANZA ELETTIVA

SOMMARIO: 1. Premessa. - 1.1. La grande trasformazione: secondo atto. - 1.2. Legalità e legittimità nel 21° secolo - 1.3. Contro le elezioni: *salus ex munere alieno?* - 2. Integrazione della rappresentanza elettiva: il laboratorio Irlanda. - 2.1 La Constitutional Convention del 2012. - 2.1.1. Composizione della Convention. - 2.1.2. Il processo deliberativo. -2.1.3. Mandato della Convention. - 2.1.4. Il dibattito parlamentare sulle raccomandazioni della Convention e l'esito finale. -2.1.5. La Citizens' Assembly del 2016.- 2.1.6. La Citizen's Assembly del 2019. - 3. Conclusioni.

1. *Premessa*

Questo articolo vuole offrire un contributo al dibattito in essere sulla crisi della democrazia parlamentare e sulle possibilità, meccanismi e obiettivi di riforma della costituzione nei regimi di democrazia liberale fondata sulla competizione elettorale. Quest'ultima si è svolta fino a tempi assai recenti attraverso la mediazione dei partiti. Negli ultimi trent'anni si sono palesati gli effetti del lento dissolvimento dello "Stato dei partiti"¹ e la competizione elettorale è stata determinata da una *domanda politica*² eterogenea proveniente da raggruppamenti dichiaratamente "apartitici" (società civile), o "trasversali" (portavoce di particolari rivendicazioni civili o ambientali, alla fine del

* Dottore di Ricerca in Teoria dello Stato e Istituzioni Politiche Comparate. Funzionario Commissione europea. Le opinioni espresse nel presente articolo sono espresse esclusivamente a titolo personale, redatto al di fuori delle funzioni e dell'ambito professionale, non sono correlate ad alcuna funzione svolta per la Commissione europea e non riflettono alcuna posizione dell'istituzione.

¹ La crisi dello Stato dei partiti era stata già tematizzata nei primi anni Sessanta. Cfr. in Italia il fondamentale lavoro del 1964 di A. NEGRI, *Lo Stato dei Partiti*, in A. NEGRI (a cura di), *La forma Stato. Per la critica dell'economia politica della Costituzione*, Milano, 1977, 111-149.

² Cfr. G. RUFFOLO, *Introduzione*, in ALBERONI et al. (a cura di), *Progetto Socialista*, Bari, 1976, 12 ss.

ventesimo secolo; da ultimo, nazionalisti - identitari) e, negli ultimi dieci anni, antipartitici *tout court* (salvo assumere, dopo la conferma elettorale, modalità di funzionamento consociativo quasi necessitate dalle strutture istituzionali nelle quali vengono a inserirsi).

In Italia abbiamo assistito al naufragio di commissioni bicamerali, gruppi di “saggi”, leggi di revisione della Costituzione di iniziativa governativa, senza che il problema sottostante, il miglioramento della funzionalità delle istituzioni, venisse affrontato con un approccio diverso da quello, impostosi negli anni Novanta, della efficacia dell’azione di governo. Tale approccio affronta il problema della funzionalità esclusivamente sotto il profilo della razionalità rispetto allo scopo. A nostro parere, questo approccio è stato fortemente riduttivo, e senza neanche conseguire l’effetto desiderato della maggiore funzionalità del sistema costituzionale rispetto all’azione di governo è stato sostituito di fatto da un problema assai più grave, che è quello della legittimazione del sistema politico e costituzionale nel suo complesso, e cioè la legittimazione della stessa azione di governo (che l’approccio funzionalista aveva postulato come un valore costituzionale assoluto).

I movimenti politici e sociali ostili all’idea stessa di democrazia organizzata in gruppi politici con pari legittimazione all’avvicendamento nella funzione di governo e alla definizione di obiettivi politici, la sempre maggiore preponderanza assunta dai meccanismi di *governance* transnazionale nella definizione degli stessi obiettivi politici, la rincorsa dei governi, intestatari nominali di quantità ormai incalcolabili di debito sovrano, a una rinegoziazione costante con i mercati finanziari (controllati da un numero esiguo di grandi investitori privati) hanno prodotto un cortocircuito di legittimazione del sistema politico e delle strutture costituzionali delle nostre democrazie, che rischiano di diventare facile preda di forze antisistema e autoritarie. Il problema della funzionalità delle istituzioni si pone attualmente in relazione alla rappresentatività sostanziale del loro funzionamento, in altre parole, alla loro *legittimazione*. Assistiamo in Europa a esempi preoccupanti di come un’azione di governo efficace si possa ottenere facilmente limitando, fin quasi ad annullarla, la competizione elettorale e la dialettica parlamentare (che prevede la tutela e il rispetto delle posizioni delle minoranze politiche); tutto ciò si è ottenuto in maniera relativamente semplice, portando il problema sul piano

della legittimazione e offrendo una soluzione strumentale al rafforzamento del partito di governo. Con procedimento tautologico, le democrazie “illiberali” trovano da sé il fondamento della legittimità annullando qualsiasi dialettica politica, di modo che il problema dell’efficacia dell’azione di governo è risolto alla radice, non dovendo il governo più rispondere della propria azione dinanzi a una comunità che si organizza e agisce politicamente (che ciò avvenga mediante il meccanismo della fiducia parlamentare o con modalità analoghe nei sistemi presidenziali). La forza di tale semplificazione risiede nell’aver identificato il problema fondamentale della crisi della rappresentanza nelle democrazie occidentali, che non sta nell’efficacia dell’azione di governo, bensì nella sua legittimazione, ovvero nella legittimità del sistema politico nel suo complesso.

Riferendoci al concetto di “democrazia deliberativa” teniamo presente il dibattito e la terminologia della dottrina politica anglosassone, che, sebbene ispirato dalla filosofia di J. Habermas e di H. Arendt sulla costruzione della comunità politica, è stato sviluppato da filosofi del diritto quali J. Rawls e R. Dahl³ sulla base delle esperienze storico-costituzionali del mondo anglosassone. Il concetto è spesso identificato con quello, fungibile, di “democrazia partecipativa” (un apparente pleonasma che espone benissimo il problema di fondo della democrazia rappresentativa che si espone qui di seguito). Ci pare tuttavia preferibile la scelta del primo termine, nella sua accezione anglosassone di confronto di idee ponderato e inclusivo, per descrivere i tentativi di integrazione della rappresentanza elettiva.

³ Il termine “deliberative democracy” è stato introdotto nel 1980 da un lavoro di J. M. BESSETTE, *Deliberative Democracy: The Majority Principle in Republican Government*, in R.A. GOLDWIN – W. A. SCHAMBRA (a cura di) *How democratic is the Constitution?*, Washington D.C., 1980, 102–16. Ulteriormente sviluppato dai lavori di J. FISHKIN e del *Centre for Deliberative Democracy* della Stanford University (<https://cdd.stanford.edu/>), la sua ampia diffusione risale tuttavia all’ultimo ventennio.

1.1. *La grande trasformazione: secondo atto*

Nella fondamentale analisi di Karl Polanyi⁴ sulla trasformazione delle forme istituzionali ottocentesche dissoltesi con il primo conflitto mondiale, si è identificata la rottura degli equilibri delle grandi potenze, mediate dalla *haute finance*, con l'impossibilità di mantenere l'utopia del modello economico liberista, collassato sotto le tensioni nazionaliste e protezioniste (reciprocamente funzionali). Polanyi, che scriveva in pieno New Deal, identificava la “grande trasformazione” dell'utopia economica liberista in un ritorno dell'intervento statale che si sostituisse alla “mano invisibile” nel regolare domanda e offerta delle tre *fictitious commodities: land, labour, money*. L'analisi di Polanyi fu confermata dall'assetto politico e internazionale del secondo dopoguerra (basato sugli accordi di Bretton Woods), quando il suffragio universale ormai affermato in tutti i paesi di democrazia liberale produsse strutture istituzionali finalizzate al welfare. A ciò si aggiunse una diffusa internazionalizzazione e giuridificazione delle relazioni economiche e finanziarie, in cui la *governance* (termine inteso a indicare un assetto istituzionale finalizzato alla governabilità) del sistema valutario venne demandata a diverse organizzazioni internazionali (in primis, il Fondo Monetario Internazionale). Il controllo del bene fittizio “forza lavoro” divenne oggetto di dettagliata regolamentazione statale e sottratto completamente alla finzione civilistica liberale della volontà delle parti; negletta da interventi normativi, fino ai tardi anni Settanta, rimase la natura (*land*), finché un corpus giuridico internazionale (in Europa, comunitario) sempre più cogente rese inevitabile la regolamentazione statale delle modalità di sfruttamento della natura a fini economici (rispetto all'iniziale approccio autonomamente conservativo-naturalistico, l'attuale sfida del cambiamento climatico sta introducendo regolamentazioni che incidono direttamente sul meccanismo di mercato dal lato dell'offerta).

⁴ K. POLANYI, *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time*, New York, 1957 (2° ed. Boston, 2001), nel quale viene sviluppato il fondamentale concetto di “embeddedness” dell'economia rispetto al sistema sociale nel suo complesso. Per posizioni analoghe nella teoria del diritto e dello Stato, cfr. C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlin, 1928 (8° ed. 1993), Sez. I., par. 1.3. (cit. in seguito come “*Verf. lebre*”).

Gli ultimi trent'anni hanno visto il ritorno in grande stile dell'utopia settecentesca della “mano invisibile”; tuttavia la *deregulation* ha interessato soprattutto la forza lavoro, dal momento che in una finanza sostanzialmente globalizzata già dagli anni Ottanta il rischio di abbandonare a sé stessa la moneta (abbandonato l'ancoraggio all'oro nei primi anni Settanta⁵) appariva insostenibile⁶.

Ma l'intervento regolativo dello Stato sul mercato della forza lavoro aveva avuto, come prima ricaduta sociale, l'espansione e il consolidamento della classe media. E' stata la classe media a determinare il sistema dei partiti, e in ultima istanza la composizione dei parlamenti e la legittimazione dei sistemi politici. L'inizio della *deregulation* negli anni Ottanta ha coinciso con la crisi del sistema dei partiti tradizionali ed è sintomatico della rottura di un patto sociale iniziata nel '68. La crisi del 2010 non ha fatto che certificare uno scollamento compiuto tra classe politica, istituzioni e società. In altre parole, si è aperta una voragine nel crocevia in cui si manifesta l'adesione della società al sistema politico istituzionale e nel quale la società diviene soggetto costituzionale (e all'occorrenza costituente), “popolo” titolare della “sovranità”. Se la componente “società” nel suo complesso si distacca dalle istituzioni, le categorie del diritto pubblico e costituzionale divengono vuote: viene a mancare cioè la legittimità, e il sistema politico istituzionale si perpetua nella legalità, intesa come insieme delle regole preposte al suo funzionamento, scollegato dal suo fondamento di legittimità nella sfera pubblica (*Öffentlichkeit*)⁷.

⁵ Il Sistema di Bretton Woods venne sostituito nel 1971 dallo Smithsonian Agreement, che condusse qualche anno dopo in Europa all'introduzione del Sistema Monetario Europeo, con l'ECU come valore medio di riferimento delle monete dei sei Stati Membri della CEE. Per una storia approfondita degli accordi, cfr., GARRITSEN DE VRIES (a cura di), *The International Monetary Fund 1966-1971- The System Under Stress Volume I: Narrative*, Washington D.C., 1976, 531 ss. (<https://www.elibrary.imf.org/view/IMF071/153749781451971477/153749781451971477/ch26.xml?redirect=true>).

⁶ Cfr. A. TOOZE, *Crashed: How a Decade of Financial Crises Changed the World*, London-New York, 2018, in particolare, cap. 8, “*The Big Thing*”- *Global liquidity*, 202.

⁷ Cfr. C. SCHMITT, *Verf.lehre*, cit., Sez. III, par. 18.2: “Quello di “popolo” è un concetto che viene ad esistenza solamente nella sfera pubblica (“*Öffentlichkeit*”)” (trad.mia). La nozione schmittiana di *Öffentlichkeit* è tuttavia di matrice occasionalista e rousseauiana, romanticismo politico di stampo arcaico, sostrato dell'esercizio del potere piuttosto che fondamento

Nonostante il lucido scetticismo di Weber, ripreso dal funzionalismo luhmanniano per descrivere l'unica legittimità possibile nelle società complesse (la legittimazione avviene attraverso il rispetto delle procedure, e il *rule of law* altro non è che la decisione legittimante e costituente e la *Grundnorm* può essere solo di natura procedurale⁸), nel secondo dopoguerra il rinato movimento giusnaturalista ha reintrodotto, con l'idea di una giustizia superiore alle statuizioni legali⁹ una pretesa di legittimità come idea regolativa della democrazia (Hannah Arendt e J. Habermas ne sono i più illustri portavoce).

Se la *Öffentlichkeit* nasce come “*public opinion*” nella monarchia costituzionale inglese, in cui il principio di sovranità è stato neutralizzato dal *rule of law* ponendo le premesse dello stato liberale ottocentesco, nel corso del ventesimo secolo essa diviene lo spazio dell'agire politico, la condizione di esistenza di un “popolo” come titolare di sovranità e di potere costituente. L'evoluzione della libertà di espressione e opinione da diritto individuale di matrice liberale a categoria costituzionale fondante si compie in Europa con le costituzioni del secondo dopoguerra. La “sfera pubblica” nella quale interagiscono i diritti civili e politici degli individui è la condizione di legittimità del sistema politico costituzionale. Se per Montesquieu e i rivoluzionari francesi un paese senza separazione dei poteri “*n'a point de constitution*”¹⁰, nelle democrazie attuali una costituzione ha legittimità solo in quanto esista una sfera pubblica

procedurale di legittimità democratica. Per l'evoluzione della nozione, cfr. J. HABERMAS, *Strukturwandel der Öffentlichkeit, Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, Neuwied am Rhein, 1962 (17 ed., Frankfurt a.M., 1987).

⁸ Un'eco di questa consapevolezza e dei timori che ne scaturiscono traspare dalla costituzionalizzazione del diritto di resistenza nel *Grundgesetz* tedesco (Art. 20.4).

⁹ Si pensi all'introduzione del diritto di resistenza (“*Widerstandsrecht*”) nel *Grundgesetz* (Art. 20.4), introdotto con modifica costituzionale nel 1968 in occasione dell'introduzione della legislazione emergenziale per le situazioni di crisi (catastrofi naturali, rivolte, guerra). Sull'adozione della controversa legislazione emergenziale v. M. SCHNEIDER, *Der Konflikt um die Notstandsgesetze*, in *Gewerkschaftliche Monatshefte*, 8/1986, 482–494 (<http://library.fes.de/gmh/main/pdf-files/gmh/1986/1986-08-a-482.pdf>).

¹⁰ Cfr. Art. 16 della «*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789*»: «*Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*».

proceduralmente collegata alle strutture istituzionali (mediante le garanzie costituzionali della libertà di stampa, di espressione e di associazione).

La crisi del sistema dei partiti sopra accennata ha fortemente depauperato tale sfera pubblica; la rivendicazione sempre più diffusa di nuovi diritti individuali e nuove tutele di situazioni giuridiche soggettive da parte del sistema istituzionale sta restringendo, anziché ampliare, la base di legittimità delle istituzioni. Il “popolo” come soggetto costituzionale è lentamente sostituito da “contratti sociali” plurimi con il potere statale, di natura civilistica o tutt'al più amministrativa. La rappresentanza politica diviene sempre più rappresentanza di interessi particolari^{10 11}, mentre l'alto grado di complessità del sistema favorisce una sempre più imperscrutabile tecnocrazia.

I grandi pericoli di questa evoluzione sono la rappresentanza politica e la legittimità democratica.

1.2. *Legalità e legittimità nel 21° secolo*

Il problema della legittimità nello Stato costituzionale di diritto basato sul *rule of law* non è affatto nuovo. Esso si è imposto con forza dirompente un secolo fa, all'indomani della Grande Guerra, con l'introduzione più o meno generalizzata del suffragio universale e con la diffusa adozione della democrazia parlamentare come forma di governo, in sostituzione del millenario ordine imperiale nell'Europa centrale e orientale. La teorizzazione che del problema ha elaborato Max Weber¹², cui si è ispirata la fortunata riproposizione di C. Schmitt¹³, è tornato di attualità, nonostante all'indomani del secondo dopoguerra il movimento giusnaturalista avesse impresso un carattere fortemente etico e universalistico a tutte le costituzioni degli Stati rifondati dopo le dittature nazifasciste (modello ne è la Convenzione europea dei diritti dell'Uomo del 1950). Dal dopoguerra a oggi, il ricambio generazionale e le trasformazioni delle società occidentali, dopo settant'anni di progressi inauditi nelle condizioni di vita materiale, hanno riproposto in

¹¹ Sulla nozione di *Repräsentation* in contrapposizione alla privata *Vertretung*, cfr. SCHMITT, *Verf. lebre*, 319.

¹² Cfr. W.J. MOMMSEN, *Max Weber e la politica tedesca, 1890-1920*, ed. it. Bologna, 1993.

¹³ C. SCHMITT, *Legalität und Legitimität*, Berlin, 1932.

momenti diversi il problema della legittimità come legittimazione del potere statale, declinandolo, dagli anni Settanta in poi, nella ricerca di nuove forme di partecipazione alla formazione delle decisioni al di là dei meccanismi sempre più in crisi della rappresentanza parlamentare. La crisi economica del 2010 (così come l'attuale crisi indotta dall'emergenza sanitaria) ha segnato uno spartiacque: per la prima volta dal dopoguerra la protesta sociale indotta dalla crisi finanziaria si è rivolta contro le istituzioni nazionali e transnazionali, percepite come incapaci di svolgere il loro ruolo di protezione delle condizioni di vita materiale dei cittadini, contestandone in radice la legittimità. A differenza del '68, quando la critica rivestiva una fortissima carica utopica ed era diretta sostanzialmente al superamento delle istituzioni nazionali, oggi le istituzioni nazionali sono sì sotto attacco, ma in quanto "ostaggi" di una sistema di *governance* transnazionale di cui si contesta in radice la legittimità democratica (gli organismi "non eletti") e nella quale il ruolo stesso delle istituzioni nazionali (delegittimate di per sé) viene necessariamente ridimensionato dalla natura complessa e multilaterale dei meccanismi di *governance*. La scorciatoia autocratica, che qualche decennio fa appariva inconcepibile, guadagna terreno tra un elettorato confuso dalla complessità, culturalmente passivo e spaventato da cambiamenti che attentano al welfare sociale e alla situazione materiale individuale. Laddove l'introduzione del suffragio universale in sistemi socialmente stabili aveva fatto entrare in scena attori istituzionali, in qualità di elettori, che avevano tutto da guadagnare dall'esercizio del diritto di voto, la situazione che si profila ha pericolose somiglianze con la Germania weimariana, nella quale il suffragio universale ha introdotto un attore istituzionale, l'elettore, che ha molto o tutto da perdere in una congiuntura economica sfuggita al controllo delle istituzioni statali. E' in ultima analisi il comportamento dell'elettore che manda in cortocircuito il meccanismo della rappresentanza, ed è un comportamento sempre più di frequente erratico e imprevedibile (prova regina ne è l'elezione presidenziale USA del 2016). Il diritto di voto è una condizione necessaria ma non sufficiente alla sopravvivenza di una democrazia costituzionale. Il meccanismo elettorale è una componente del *rule of law* che può facilmente produrre effetti contrari a quelli intesi, nel pieno rispetto delle procedure. Il fantasma della legittimità continua ad aggirarsi per l'Europa (e per l'America). La legittimità, come fa

notare Schmitt (e la *Grundnorm* di Kelsen altro non è che l'ammissione di questa realtà implicita), contiene un fattore completamente extragiuridico ed emotivo¹⁴: essa è strettamente connessa alla questione della sovranità, e dal ventesimo secolo, della sovranità *popolare*. Non è intenzione di questo breve articolo condurre una disamina dei meriti e demeriti dell'analisi schmittiana delle categorie di sovranità e legittimità; ci si limiterà a sottolinearne, ove necessario, l'importanza. La storia costituzionale del dopoguerra, con costituzioni nuove (Italia, Germania, Austria, Spagna, Portogallo, in certa misura la Francia e tutta l'Europa orientale), da inverare nella prassi giuridica e amministrativa delle entità statuali precedenti, ha mostrato tuttavia l'impossibilità di prescindere dalla questione della legittimità. La crisi della rappresentanza, ormai conclamata nella maggior parte delle democrazie costituzionali, impone di considerare il problema della legittimità, visto che l'astensionismo elettorale in aumento promette una sempre maggiore instabilità dei governi, con conseguente incapacità di apportare soluzioni, creare consenso e tutelare le minoranze. Si è detto sopra che il problema della legittimazione si è declinato, dagli anni Settanta, nella ricerca di nuove forme di partecipazione del cittadino-elettore ai processi decisionali, al di là dell'occasione elettorale¹⁵.

Questo articolo intende pertanto presentare un interessante esempio di allargamento e potenziamento della partecipazione del cittadino elettore a processi deliberativi della più grande importanza, quali quelli di revisione costituzionale. Inoltre, l'esempio analizzato (contrariamente a numerosi esempi che lo hanno preceduto) si è dimostrato efficace, vale a dire, ha effettivamente promosso l'introduzione dei cambiamenti in vista dei quali il meccanismo era stato istituito¹⁶. Pertanto, non ci si è soffermati su pur validi

¹⁴ Per Schmitt essa è acclamazione, plebiscito, momento di identificazione emotiva del singolo nella collettività (statale).

¹⁵ La letteratura sull'integrazione della rappresentanza tramite il c.d. "mini-public" è notevole, è nutrita e quasi esclusivamente di matrice anglosassone. Cfr. A. BÄCHTIGER, J. S. DRYZEK, J. MANSBRIDGE, M. WARREN (a cura di), *The Oxford Handbook of Deliberative Democracy*, Oxford, 2018.

¹⁶ Per una rassegna degli esempi principali di assemblee costituzionali di tipo deliberativo, in particolare Irlanda e Islanda, e sui relativi esiti, cfr. S. SUTEU, *Constitutional Conventions in the Digital Era: Lessons from Iceland and Ireland*, in *Boston College International and Comparative Law*

esperimenti di governo locale, in cui la partecipazione degli elettori al meccanismo decisionale amministrativo assume valenze politicamente più neutre, in quanto non incidono sulla comunità politica nel suo complesso¹⁷. Nella possibilità di coinvolgimento diretto del cittadino elettore nel meccanismo legislativo (per quanto con funzioni non direttamente deliberanti) potrebbe risiedere, se adeguatamente strutturata, una forma di recupero e di rafforzamento, almeno parziale, della legittimità.

1.3. *Contro le elezioni: salus ex munere alieno?*

In un fortunato pamphlet del 2013¹⁸, lo storico belga D. van Reybrouck proponeva il superamento della rappresentanza elettiva mediante l'introduzione di una selezione a sorteggio dei rappresentanti. L'idea è basata sulle elaborazioni del gruppo G1000, una piattaforma di "innovazione democratica" promossa dalla Foundation for future Generations, una iniziativa belga intesa a promuovere una transizione socioeconomica sostenibile nel 21° secolo¹⁹. Il taglio non giuridico e non pubblicistico della pubblicazione non deve però far dimenticare che tra le figure di riferimento del gruppo G1000 vi sono politologi e studiosi di sistemi elettorali, e che il lavoro del forum ha in ogni caso contribuito alla realizzazione di esperimenti istituzionali degni di nota, come i consigli cittadini (*Bürgerräte*) della comunità

Review, 38/2/4, 2015 (<https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1748&context=iclr>).

¹⁷ Per una rassegna di meccanismi di partecipazione civica locale, cfr. U. ALLEGRETTI, *La democrazia partecipativa in Italia e in Europa*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 1/2011 (<https://www.rivistaaic.it/it/rivista/ultimi-contributi-pubblicati/umberto-allegretti/la-democrazia-partecipativa-in-italia-e-in-europa>).

¹⁸ D. VAN REYBROUCK, *Contro le elezioni. Perché votare non è più democratico*, Milano, 2015 (tr.it).

¹⁹ V. <https://www.foundationfuturegenerations.org/en>, che pare prefiggersi scopi molto vasti e non immediatamente politico-istituzionali. Per il G 1000, v. <http://www.g1000.org/en/> (il sito non pare essere stato più aggiornato o curato dopo il 2012). V. da ultimo, in Germania: <https://www.buergerrat.de/>, da non confondere con l'omonima iniziativa del Belgio germanofono: <https://www.buergerdialog.be/>.

germanofona del Belgio²⁰ o la Citizen's Assembly irlandese. La democrazia partecipativa, o deliberativa (detta anche dei “mini-public” nel linguaggio accademico anglosassone) filiazione diretta della filosofia di J. Rawls, J. Habermas e H. Arendt, è stata oggetto di un'analisi teorica abbastanza approfondita²¹, soprattutto per quanto riguarda la metodologia della costituzione delle mini assemblee²².

L'idea di una integrazione della rappresentanza politica partecipata “dal basso” mediante sorteggio, considerata naif, marginale o inefficace ancora pochi anni orsono (interessante il fallimento del tentativo islandese di riscrivere la costituzione di un paese di poche centinaia di migliaia di abitanti con la metodologia consiliare) acquista rapidamente credito (quanto sincero, resta da vedere) ai livelli più alti delle élites politiche rappresentative²³. All'accusa di tecnocrazia, camicia di Nessò che imprigiona le élites politiche espressione delle istituzioni rappresentative, si vorrebbe contrapporre, con ingenuità rousseauiana, il cittadino estratto a sorte, donne e uomini “comuni” estranei ai machiavellismi della politica istituzionale e ai sospetti di conflitti d'interesse, strutturali nelle tecnocrazie. Questo portatore di *alienum munus*, contrariamente

²⁰ Introdotti nel 2019 da una risoluzione del Parlamento della Comunità germanofona del Belgio; i primi lavori di queste mini assemblee locali sono avvenuti nel corso del 2020, sul tema dell'assistenza agli anziani: <https://www.buergerdialog.be/>

²¹ V. per una esauriente panoramica, S. CHAMBERS, *Deliberative Democratic Theory*, in *Annual Review of Political Science*, 2003. 6:307–26 (<https://www.annualreviews.org/doi/full/10.1146/annurev.polisci.6.121901.085538>).

²² V. F. FISCHER, *Democracy and Expertise: Reorienting Policy Inquiry*, Oxford 2009 (<https://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199282838.001.0001/acprof-9780199282838>) e l'ampio rapporto OCSE sulla partecipazione attiva dei cittadini al *policy making* (http://www.ecnl.org/dindocuments/214_OECD_Engaging%20Citizens%20in%20Policy-Making.pdf).

²³ Prova ne sia una recente intervista a Wolfgang Schäuble in *Die Zeit* del 26.9.2020 (<https://www.zeit.de/politik/deutschland/2020-09/wolfgang-schauble-buergerraete-demokratie-parlament-bundestagspraesident>), che si dichiara convinto della necessità di integrare la rappresentanza parlamentare su base permanente. Lo stesso Schäuble ha presieduto il primo esperimento tedesco di democrazia deliberativa su base nazionale, sul tema “Il ruolo della Germania nel mondo”. Il gruppo di lavoro, composto da cittadini estratti a sorte, ha riferito al *Bundestag* (che lo aveva istituito) nel marzo 2021. V. *Die Zeit* del 5.3.2021 (<https://www.zeit.de/politik/deutschland/2021-03/buergerrat-bundestag-aussenpolitik-beratung-deutschlands-rolle-in-der-welt>).

alla vigorosa affermazione di indipendenza dello *ius publicum* da parte di Alberico Gentili nel XVI secolo, sembra essere stato chiamato suo malgrado in soccorso di una teoria dello Stato che pare avere smarrito le proprie ragioni storiche.

Il sorteggio come metodologia asseritamente “neutra” rispetto alla “partigianeria mediata” supposta nei meccanismi elettorali ormai dipendenti dal “frazionismo” degli interessi organizzati²⁴ acquista inoltre rapidamente terreno come possibile garanzia di imparzialità nell’elezione di organi costituzionali diversi dalle assemblee parlamentari²⁵. Si pensi al recentissimo dibattito sull’elezione dei componenti togati del Consiglio Superiore della Magistratura²⁶: come rimedio alle liste elettorali presentate (dicono i critici: controllate) dalle diverse associazioni organizzate all’interno della magistratura in occasione dell’elezione dei componenti togati si è pensato (per non contravvenire al dettato costituzionale sulla natura elettiva dell’organo) a un sorteggio “temperato” tra aventi diritto (candidati in pectore) con determinati requisiti per la formazione delle liste elettorali²⁴. L’applicabilità di tale metodo alla formazione delle liste elettorali (sulle base delle quali in seguito avverrà la vera e propria elezione) è ancora in discussione. E’ interessante, tuttavia, notare che lo stesso CSM in una recente delibera abbia introdotto il metodo del sorteggio nella composizione delle commissioni di concorso²⁷.

La critica della possibilità politica, sociale e istituzionale di sostituzione della democrazia rappresentativa con una democrazia del sorteggio potrebbe costituire eccellente materia di una trattazione separata, che non verrà affrontata in questa sede. Tuttavia, il meccanismo del sorteggio come

²⁴ Cfr. C. SCHMITT, *Verf.lehre*, cit., 318-319 sull’obliterazione dei presupposti ideali del parlamentarismo nelle democrazie all’inizio del XX° secolo.

²⁵ Per una eccellente analisi critica del sorteggio come meccanismo di diritto pubblico, cfr. A. ZEI, *L’arbitrato del caso: applicazioni del metodo del sorteggio nel diritto pubblico*, in *Nomos*, 1/2017 (<http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2017/05/Zei.pdf>).

²⁶ Sulla questione v. da ultimo L. PEPINO, *La magistratura e il suo Consiglio Superiore*, in *Questione Giustizia*, 2019 (https://www.questionegiustizia.it/articolo/la-magistratura-e-il-suo-consiglio-superiore_12-11-2019.php).

²⁷ Su tale innovazione recente, v. M. PATARNELLO, *Il concorso in magistratura tra pandemia e aspirazioni riformiste*, in *Questione Giustizia*, 2021 (<https://www.questionegiustizia.it/articolo/il-concorso-in-magistratura-tra-pandemia-e-aspirazioni-riformiste>).

integrazione della legittimità e come meccanismo di educazione politica permanente ha dimostrato meriti non trascurabili, e l'esempio migliore di tali meriti è costituito dall'esperienza irlandese dell'ultimo decennio. Alla luce della recentissima chiusura dei lavori dei *Bürgerräte* in Germania (marzo 2021) si profila già un bilancio delle reticenze e dei sospetti che accompagnano gli esperimenti di democrazia deliberativa a seconda della storia e dell'esperienza costituzionale dei paesi in cui hanno luogo, e che verrà esposto nelle conclusioni.

2. *Integrazione della rappresentanza elettiva: il laboratorio Irlanda*

Tra il 2012 e il 2018 l'Irlanda ha condotto l'esperimento di integrazione della rappresentanza elettiva più efficiente ed efficace, in termini di risultati politici e di impatto giuridico, che siano dati riscontrare fino ad oggi. Oggetto di diversi esperimenti, condotti nei laboratori della Constitutional Convention (2012)²⁸ e della Citizen's Assembly (2016)²⁹, sono state nientemeno che norme di rango costituzionale, modificate a seguito di referendum che confermavano le raccomandazioni finali degli organismi deliberativi istituiti dal Parlamento. Attualmente l'esperienza prosegue con una Citizen's Assembly (2019, i cui lavori sono terminati nel marzo 2021 e si sono tenuti quasi esclusivamente online, a causa dell'emergenza pandemica) incaricata di esaminare e di proporre raccomandazioni di tipo legislativo sui diversi aspetti della parità di genere³⁰ e, in particolare sulla modifica/abrogazione del controverso Articolo 41 della costituzione irlandese sul ruolo della donna nella famiglia (la c.d. "woman at home clause").

2.1. *La Constitutional Convention del 2012*

Nel 2012, sotto la spinta di dibattiti sempre più accesi in una società in rapido cambiamento (ricordiamo che si tratta del periodo successivo alla crisi economica del 2009, le cui conseguenze sociali e demografiche sono state

²⁸ V. <https://www.citizensassembly.ie/en/previous-assemblies/convention-on-the-constitution/>.

²⁹ V. <https://www.citizensassembly.ie/en/previous-assemblies/citizens-assembly-2016-2018/>.

³⁰ V. <https://www.citizensassembly.ie/en/what-we-do/>.

particolarmente sentite in Irlanda), il Parlamento (Oireachtas)³¹, approvando una mozione (Motion) di iniziativa governativa (proposta dall'allora Primo Ministro Enda Kenny)³², istituiva una *Convention on the Constitution* (“*Irish Constitutional Convention*,” o “ICC”, in prosieguo: la “Convention”), al fine di esaminare e formulare raccomandazioni su alcuni temi in vista di possibili futuri emendamenti della Costituzione.

La Convention sarebbe stata composta da 100 membri, rappresentativi sia della società sia del Parlamento irlandese, e da un Presidente (Chair) indipendente.

Il Governo dal canto suo si impegnava a rispondere alle raccomandazioni della Convention entro quattro mesi dalla formulazione, a promuovere un dibattito parlamentare e, ove necessario, un referendum; se il Parlamento avesse concluso di dare seguito a una o più raccomandazioni della Convention, il Governo avrebbe presentato un calendario per la tenuta del referendum costituzionale.

I temi demandati all'esame della *Convention* erano:

³¹ Il Parlamento irlandese consta di una Camera bassa (*Dáil Eireann*), dinanzi alla quale soltanto il Governo è responsabile, e di una Camera alta (*Séanad Eireann*), non eletta direttamente.

³² V. <https://www.oireachtas.ie/en/debates/debate/dail/2012-07-10/30/>. Si noti che nell'introdurre la mozione dinanzi al Dáil, il Primo Ministro (Taoiseach) rammenta come l'istituzione di una convenzione costituzionale basata sui principi di democrazia deliberativa facesse parte del programma del suo governo (con il quale il partito Fine Dáel aveva vinto le elezioni nel 2011). È interessante riportare le considerazioni introduttive del Taoiseach: “*The motion before the House in my name and that of the Tánaiste fulfils the promise in the programme for Government to establish a constitutional convention. The setting up of the convention is an important and exciting step in a process to better equip our Constitution to meet the challenges of the 21st century. From the outset, it has been the Government's intention that the convention should be founded on a number of principles. It should be innovative, independent, and influential. The establishment of the convention represents an innovative approach to examining constitutional reform, one that has never been tried before in this country. It is true that there have previously been committees to examine constitutional reform, both generally and on specific matters, but this convention will be radically different. In addition to elected representatives, the constitutional convention will comprise ordinary citizens, who will be considerably in the majority. This important innovation will ensure that, for the first time in this State, both the legislators who bring forward proposals for constitutional reform and the citizens who decide on the merits or otherwise of those proposals will jointly and publicly consider whether constitutional reform is necessary or desirable.*” Per la votazione al Senato (non presentata dal Governo), v. <https://www.oireachtas.ie/en/debates/debate/seanad/2012-07-12/25/>.

- I. riduzione della durata del mandato del presidente della Repubblica a cinque anni e allineamento del medesimo alle elezioni locali ed europee;
- II. abbassamento della soglia di età per l'elettorato attivo a 17 anni;
- III. revisione del sistema elettorale della camera bassa (Dáil);
- IV. attribuzione del diritto di voto alle elezioni presidenziali ai cittadini irlandesi residenti all'estero;
- V. riconoscimento del matrimonio omosessuale;
- VI. modifica della clausola costituzionale sul ruolo domestico della donna e promozione della partecipazione femminile alla vita pubblica;
- VII. incremento della partecipazione delle donne alla vita politica;
- VIII. abrogazione del reato di blasfemia dalla Costituzione;
- IX. e, infine, completate le relazioni e le raccomandazioni sugli argomenti precedenti, qualsiasi altro emendamento alla Costituzione che la Convention ritenga rilevante raccomandare.

2.1.1. *Composizione della Convention*

Ai fini dell'analisi sui meccanismi attuativi della democrazia deliberativa ci pare utile soffermarci sulla metodologia di selezione dei membri non parlamentari della Convention.

La risoluzione menziona, dopo il Presidente (Chairman) di nomina governativa (una decisione saggia, poiché la capacità di organizzazione dei lavori di un'assemblea richiede conoscenze ed esperienze consolidate) e rappresentanti di entrambe le Camere nonché del Parlamento nordirlandese, “- 66 citizens entitled to vote at a referendum, randomly selected so as to be broadly representative of Irish society?”.

La maggior parte dei membri della Convention è pertanto estranea alle istituzioni (il 66%), con i soli requisiti (criteri di esclusione) della cittadinanza e del diritto di voto alle consultazioni referendarie.

Per quanto riguarda i criteri di selezione (che costituiscono l'aspetto che qui più interessa, in quanto vero nodo centrale della legittimità³³ di qualsiasi meccanismo di democrazia deliberativa), il principale criterio di riferimento (*Terms of Reference*) cui dovrà attenersi il Governo (che dovrà occuparsi di mettere in opera i meccanismi di selezione) è l'aleatorietà della selezione (in termini statistici, “*randomly selected*”), in modo da costituire uno specchio statisticamente fedele (“*broadly representative*”) della società irlandese.

Per effettuare la selezione dei cittadini (*recruitment*) in concreto, il Governo ha fatto ricorso a un contratto di servizi³⁴ con una società di consulenza in ricerche di mercato, stabilendo nelle specifiche tecniche i “*Terms of Reference*”³⁵ (pubblicati sul sito della Convenzione) che spiegano in dettaglio la metodologia seguita:

- tra il luglio e l'agosto 2012 la società ha selezionato 66 cittadini “rappresentativi della popolazione della Repubblica” quali membri della Convention, nonché altri 66 cittadini come possibili sostituti (*shadow panelists*).
- È stata seguita una procedura di campionamento organizzata in fasi (*multi-staged sampling*): nella prima fase il campionamento è avvenuto tra 16 regioni rappresentative della ripartizione geografica (aree urbane e aree rurali); si è inoltre definita una quota in relazione all'età tra categorie definite in base a genere, status socioeconomico e situazione occupazionale.
- Le quote sopra descritte sono state stabilite sulla base dei dati del censimento più recente forniti dall'Ufficio Centrale di Statistica ed

³³ Per una interessante disamina critica della Constitutional Convention irlandese e della pratica della democrazia partecipativa, cfr. E. CAROLAN, *Ireland's Constitutional Convention: Behind the hype about citizen-led constitutional change*, in *International Journal of Constitutional Law*, 13/3, 2015, 733–748 (<https://doi.org/10.1093/icon/mov044>).

³⁴ La comunicazione di attribuzione del contratto non è rinvenibile sul sito dei contratti pubblici del governo irlandese né sull'equivalente sito della Gazzetta Ufficiale europea (sezione appalti) (<https://ted.europa.eu/TED/browse/browseByMap.do>). È assai probabile che si tratti di un contratto specifico sotto un contratto quadro di consulenza già in essere da qualche tempo.

³⁵ V. <http://www.constitutionalconvention.ie/Documents/Behaviour.And.Attitudes.pdf>.

elaborate in modo da garantire che i cittadini appartenenti alle categorie sopra indicate fossero rappresentati in maniera statisticamente accurata.

- In ognuna delle sedici regioni identificate, i *panelists* sono stati selezionati all'interno di circoscrizioni elettorali, in proporzione alla distribuzione della popolazione tra le circoscrizioni stesse (come risultante dagli ultimi dati statistici).
- Gli intervistatori hanno iniziato il sondaggio iniziale sulla disponibilità degli individui nell'ambito di ciascuna circoscrizione elettorale sulla base di indirizzi selezionati a caso dalla Geo Directory (un data base professionale di dati aggregati)³⁶, procedendo per esclusione dei cittadini non interessati o che non rientravano nei criteri di quota fino al raggiungimento delle quote prestabilite in base ai criteri sopra descritti.

La metodologia seguita nella determinazione dei componenti, per quanto basata su criteri demografici, ha dato adito a critiche, a seguito di alcune incoerenze rivelatesi nel corso dei primi incontri (e attribuibili probabilmente ad errori del personale incaricato della selezione)³⁷. Ciò ha condotto, tra l'altro, alla decisione di pubblicare i nomi dei componenti della Convention, nonché la loro provenienza geografica³⁸.

Altre critiche di principio sono basate sulla asserita “soggezione” dei cittadini comuni ai componenti parlamentari³⁹ (critica confutata da uno dei principali promotori dell'iniziativa e della metodologia⁴⁰, che difende la connessione, nell'ambito del processo, tra rappresentanti eletti e non eletti della convenzione e constata inoltre, post factum, che il temuto controllo della

³⁶ V. <https://www.geodirectory.ie/#>.

³⁷ Per una disamina delle incoerenze (a dir la verità veniali) venute alla luce nelle prime settimane dei lavori dell'assemblea, cfr. CAROLAN, *op. cit.*, in particolare, sez. 4.1, 741.

³⁸ V. <http://www.constitutionalconvention.ie/AttachmentDownload.aspx?mid=e2478593-b9a5-e211-a5a0-005056a32ee4>.

³⁹ Cfr. CAROLAN, *op. cit.*, sez. 3.1, 738.

⁴⁰ D. FARRELL, *The 2013 Irish Constitutional Convention: A bold step or a damp squib?*, in J. O'DOWD – G. FERRARI (a cura di), *Comparative Reflections on 75 Years of the Irish Constitution*, Dublin, 2014 (www.openpolitics.ro/wp-content/uploads/UCD_Mar13_final1.pdf).

convenzione da parte dei politici di professione non si sia verificata, come dimostrabile dai video dei lavori della convenzione disponibili sul sito).

Gli stessi commentatori più critici riconoscono in ogni caso che, nonostante riserve di carattere teoretico sulla nozione stessa di assemblee non elette⁴¹, il risultato finale della Convention irlandese sia meritevole di rispetto e considerazione, in quanto le due condizioni chiave di legittimazione dei “mini-publics”⁴², rappresentatività e standard deliberativi, riflette correttamente l’opinione di una selezione di “elettori ordinari” posti dinanzi a determinati argomenti e a un’informazione tendenzialmente imparziale⁴³.

La critica probabilmente più giustificata è diretta contro la limitatezza delle risorse messe a disposizione di un esperimento istituzionale così ambizioso (poco meno di un milione di euro): considerato che lo stanziamento doveva coprire i costi logistici (alberghi, sale riunioni) e un rimborso spese di viaggio per i membri non eletti e i numerosi esperti per un totale di oltre dieci fine settimana succedutisi in un periodo di un anno circa, è evidente che l’organizzazione dei lavori, e quindi il processo, sia stato severamente costretto dalla scarsità delle risorse stanziolate⁴⁴.

2.1.2. Il processo deliberativo

L’intenzione dichiarata del legislatore nell’istituire la Convention è stata introdurre un organismo “innovativo, indipendente e rilevante” (*influential*)⁴⁵.

⁴¹ Cfr. CAROLAN, *op. cit.*, 2.2: “The argument that these institutions will identify an outcome which the public would adopt under ideal conditions is plainly a form of thought experiment analogous to the Rawlsian veil of ignorance and therefore subject to the same type of criticisms which that has attracted”.

⁴² Cfr. G. SMITH, M. SETÄLÄ, *Mini-Publics and Deliberative Democracy*, in A. BÄCHTIGER, e a. (a cura di), *The Oxford Handbook of Deliberative Democracy*, cit.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Cfr. CAROLAN, *op. cit.*, sez. 3.2, 739: “While this criticism attracted comparatively little attention when compared to the issues raised about the composition and content of the Convention agenda, it arguably had a more profound influence on the way in which the Convention was organized and in particular on its capacity to adhere to what the deliberative literature might regard as best practice”.

⁴⁵ Cfr. dichiarazioni del Taoiseach in occasione della presentazione della mozione al Dáil: “From the outset, it has been the Government’s intention that the convention should be founded on a number

L'affiancamento degli “*ordinary citizens*” al legislatore, detentore del potere di iniziativa, nel deliberare se determinate modifiche costituzionali fossero necessarie o auspicabili ha costituito un'assoluta novità non solo nell'ordinamento irlandese⁴⁶.

L'indipendenza da iniziative governative è stata garantita dalla risoluzione parlamentare e dal legame diretto tra la Convention e il Parlamento, nonché dal metodo di selezione dei membri del *mini-public*⁴⁷, sotto la supervisione della presidenza.

La rilevanza, terzo principio guida della Convention, è stata collegata all'influenza che le sue raccomandazioni avranno sul Parlamento. Affinché la Convention sia “*influential*”, è necessario che alle sue raccomandazioni il Parlamento e il Governo rispondano “*in an appropriate and timely manner*”. Di qui l'impegno formale del Governo a presentare al dibattito parlamentare le raccomandazioni formulate e, riservandosi comunque la decisione finale, a calendarizzare un referendum. È importante notare l'assenza di automatismo, giustificato dal Governo con l'obbligo (e la responsabilità) di considerare l'impatto complessivo sul sistema costituzionale della modifica proposta (il riferimento agli “*unintended effects*” finale è indicativo di grande ed encomiabile

of principles. It should be innovative, independent, and influential”.
(<https://www.oireachtas.ie/en/debates/debate/dail/2012-07-10/30/>).

⁴⁶ L'esperienza islandese, con ambizioni realmente costituenti, è di pochissimo precedente e nasce dallo stesso dibattito accademico che ha trovato eco soprattutto in paesi nordici, con economie debolmente industrializzate indebolite dalla crisi dei debiti sovrani e a bassa densità di popolazione. Tuttavia, l'approccio irlandese si è rivelato efficace e pragmatico, contrariamente a quello islandese, basato su un fraintendimento dell'istituto.

⁴⁷ Cfr. Dichiarazioni del Taoiseach in occasione della presentazione della mozione, *cit.*: “*The independence of the convention will be further demonstrated by the manner in which the citizen members will be selected. They will be randomly selected, using the electoral register, to be representative of society generally. A polling company will be engaged to select 66 people on the electoral register to be members of the convention on the basis that the persons selected are representative of the population generally in terms of gender, age, social class and region. I strongly urge anyone who is contacted to take the opportunity to participate in this exciting and historic initiative. As Deputies will be aware, legislation will be required to use the electoral register for this purpose and that legislation is being brought before the House by my colleague, the Minister for the Environment, Community and Local Government. The selection of the public members will be overseen by the chairperson of the convention.*”

cautela istituzionale)⁴⁸.

L'approccio è basato completamente sul *fair play* istituzionale, da un lato, e sulla responsabilità delle istituzioni *lato sensu* elettive, dall'altro, nonché sulla consapevolezza della posta politica e sociale in gioco.

Per far sì che un istituto innovativo ispirato ai principi di partecipazione non elettiva ed eguaglianza (e pertanto intrinsecamente antiparlamentare) innestato su un sistema costituzionale parlamentare liberaldemocratico riesca nell'ambizioso compito di risultare indipendente e rilevante al contempo, il processo deliberativo diviene fattore decisivo: la legittimazione è nel processo (non risultano alternative al funzionalismo al di fuori del mito della volontà generale e della dittatura carismatica)⁴⁹. Come garantire il processo deliberativo di un'assemblea di cittadini selezionati a caso affiancati da politici di professione, senza che questi ultimi prendano il sopravvento?

Si sarebbe potuto quanto meno (e il non averlo fatto è stato criticato come mancanza di consapevolezza dell'importanza della questione⁵⁰) rendere pubbliche le linee guida e i principi o le procedure che hanno determinato la fissazione dell'agenda, la selezione degli esperti, l'identificazione degli

⁴⁸ *Ibidem*: “I wish to give a formal commitment to the House that the Government will give a public response, through the Oireachtas, to each recommendation from the convention within four months. We will arrange for a debate in the Oireachtas on that response in each case and, in the event that the Government accepts a recommendation that the Constitution be amended, the Government's public response will include a timeframe for the holding of the referendum. This goes considerably further than any previous Government has gone and, I think, fully demonstrates the extent of our commitment to this new and innovative approach to constitutional reform. Before making its response, the Government will, of course, fulfil the obligation that every Government has in considering proposals for constitutional reform - first, to consider the proposal itself carefully and, second, to ensure as far as possible that the aim of the proposal is achieved without this leading to unintended consequences.”.

⁴⁹ Cfr. CAROLAN, *op.cit.*, sez. 4.2, 743: “contrary to the mini-public claim to procure the presumptively unitary position, which the public would reach under ideal conditions—decision-making procedures are not neutral mechanisms for translating individual positions into a collective will. A decision reached by a multi-party process is not a crystallization of a singular or objective truth but is the result of a series of procedural strategic and institutional decisions that variously allocated power and influence to participants throughout the process”, e dottrina *ivi* citata.

⁵⁰ *Ibidem*, sez. 4.2, 743: “That no information is available about how—or if—these issues were decided, cannot but impugn the legitimacy of the Convention process.”.

esponenti di *advocacy groups* invitati a descrivere i rispettivi punti di vista, in particolare sulle questioni socialmente più divisive.

Stabilire le regole procedurali a priori avrebbe significato per il Governo minare alla base l'indipendenza della Convention.

E' vero, tuttavia, che il sito della Convention riporta soltanto, in allegato alla relazione finale, le regole di procedura (*Rules of procedure*) della Convention⁵¹: nulla si dice quanto alla loro adozione o possibile votazione da parte dell'assemblea. È pertanto assai probabile che le regole di procedura (assai semplici ed efficaci e ispirate ai principi enunciati dal Chairman nell'introduzione alla relazione finale⁵²) siano state redatte, senza essere votate, direttamente dal presidente, assistito tuttavia da uno Steering Group di cittadini membri della Convention.

Il Governo ha senza dubbio scommesso, per la riuscita dell'esperimento istituzionale, sulla scelta del chairperson⁵³, coinvolgendo le opposizioni nel processo di selezione⁵⁴: *“The chairperson will also be independent and will be pivotal to the success of the convention. In view of this crucial role, an exceptional person will be needed, combining very high levels of public acceptability, known fair-mindedness, effective chairmanship skills and knowledge of the Constitution and law. The ability to arrive at workable solutions, while ensuring as far as possible that all participants get a fair hearing, will also be crucial. In view of the importance of this position, I invited representatives of the Opposition parties to put forward possible names when I consulted them on the arrangements for the convention. The Tánaiste and I expect to announce the chairperson shortly”*.

Al presidente di un'assemblea di non eletti si richiede infatti di essere il garante del processo deliberativo, e, in ultimo, della legittimità dell'esperimento

⁵¹ V. <http://www.constitutionalconvention.ie/AttachmentDownload.aspx?mid=55f2ba29-aab8-e311-a7ce-005056a32ee4> (Annex B).

⁵² Tali principi sono: 1. *Openness* (che ha condotto tra l'altro alla trasmissione in streaming dei lavori della Convention); 2. *Fairness* (molteplicità delle opinioni rappresentate dagli esperti e sostenitori di diverse posizioni, in particolare sugli argomenti socialmente più divisivi); 3. *Equality of Voice*: ad evitare che il terreno della discussione fosse monopolizzato dai politici di professione; 4. *Efficiency* (indiscutibile) e 5. *Collegiality* (intesa come rispetto e amicizia civica ispirata a un *“common purpose”*).

⁵³ Il presidente è stato successivamente identificato nella persona di Tom Arnold, *civil servant* di alto profilo, economista e giornalista.

⁵⁴ V. <https://www.oireachtas.ie/en/debates/debate/dail/2012-07-10/30/>.

e del suo risultato, che hanno non indifferente potere di integrare, promuovendola, la procedura di revisione costituzionale⁵⁵.

In termini di efficienza (ed efficacia) il lavoro del presidente è stato notevole nell'elaborare delle regole di procedura che non hanno in ogni caso dato adito ad alcuna contestazione da parte dei membri. Il presidente ha presentato un *Work Programme*, assistito da uno *Steering committee* e votato dalla Convention.

Come nelle assemblee elettive, il ruolo del presidente è assicurare l'ordinato svolgimento dei lavori come votati dall'assemblea, in particolare i dibattiti e gli interventi, organizzare la presentazione e distribuzione dei documenti. Il voto dei membri della Convention avrebbe potuto essere segreto, su richiesta, sotto il controllo del presidente assistito da due membri dell'assemblea.

Interessante notare la disposizione 7 dei *Rules*:

“7. Presentations to the Convention

Following receipt of submissions on any matter, the Convention may choose to hear oral presentations from any representative group or individual to assist in its deliberations. For the efficient administration of the process, the Steering Group may wish to make recommendations in relation to the selection of interested bodies to present to the Convention. Invitations shall be issued by the Chairperson on behalf of the Convention”.

La disposizione riguarda in realtà i gruppi di interesse (*advocacy groups*, associazioni, o lobbies in senso lato, che il Governo aveva consapevolmente scelto di non includere ufficialmente nella Convention). Le critiche si sono concentrate sulla mancanza di trasparenza attraverso cui tali gruppi di interesse potevano presentare le loro istanze⁵⁶ (e ciò è stato di particolare rilievo per quanto riguarda le raccomandazioni ulteriori, rispetto a quelli fissati dal mandato, che la Convention aveva il potere di formulare). È chiaro che in questa scelta il presidente e lo *Steering Group* hanno goduto di una amplissima

⁵⁵ Per un elenco dettagliato delle singole raccomandazioni, con il dettaglio sulla necessità o meno di referendum costituzionale per darvi seguito e sul seguito effettivamente dato dal Parlamento, cfr.: <http://www.constitutionalconvention.ie/Recommendations.aspx>.

⁵⁶ Cfr. CAROLAN, *op. cit.*, sez. 4.2, 744: “Given the express—and arguably correct—decision of the government not to involve such general interest groups in a special or specific way in the Convention process, this gives rise to an impression of special access for certain groups by the back door.”.

discrezionalità. La mancata contestazione da parte dell'assemblea (della quale abbiamo però soltanto prova indiretta dalle registrazioni video delle sedute) porta a ritenere che ne abbiano fatto un uso assai oculato.

2.1.3. *Mandato della Convention*

L'eterogeneità degli argomenti sottoposti all'esame della Convention è stata oggetto di critica (non tanto dottrinale quanto politico-giornalistica da avversari del metodo e del principio⁵⁷). Resta tuttavia il fatto che dalla prospettiva di un osservatore esterno, conferire a un'assemblea di cittadini selezionati a campione il compito di decidere se la Costituzione vada modificata per consentire l'introduzione di nuovi diritti individuali oggetto di acceso dibattito sociale rappresenta una scelta di enorme impatto politico e costituzionale.

Vero è che il Parlamento si era impegnato a prendere posizione entro quattro mesi, portando il dibattito in parlamento, su ognuna delle raccomandazioni della Convention, riservandosi comunque la decisione finale sulla eventuale calendarizzazione del referendum (laddove richiesto). D'altra parte, la Convention essendo stata proposta dal governo (ed essendo stata oggetto della precedente campagna elettorale), sarebbe stato politicamente insostenibile lasciare cadere nel vuoto le raccomandazioni di un'assemblea che si è voluto presentare come innovativa, indipendente e, soprattutto, *influential*.

Interessa qui sottolineare come, in aggiunta agli argomenti specifici indicati nella *motion* iniziale, la Convention fosse stata abilitata a formulare raccomandazioni su “qualsiasi altro emendamento alla Costituzione che [ritenesse] rilevante”⁵⁸. L'esercizio concreto di questo “*open-ended mandate*” (in teoria indicativo di un potere quasi “costituente” attribuito alla mini assemblea) è stato indicato dai critici come una debolezza del processo, osservandosi come la selezione degli ulteriori argomenti rilevanti non sia stato supportato da un

⁵⁷ Riportati in CAROLAN, *op. cit.*, sez. 3.2, 739-740.

⁵⁸ “(ix) following completion of the above reports, such other relevant constitutional amendments that may be recommended by it?”.

chiaro criterio metodologico⁵⁹. Va dato tuttavia atto che la corrispondente relazione della Convention (ottava relazione) descrive in maniera succinta ma sufficientemente chiara la selezione degli argomenti ulteriori, che la convenzione ha ritenuto di raggruppare sotto la nozione di “*Economic, Social and Cultural Rights*” (ESC)⁶⁰. La relazione ricorda come la selezione degli argomenti ulteriori abbia avuto origine in una “*public consultation*” e nelle “*submissions*” ad essa relative⁶¹. In effetti, in parallelo allo svolgimento dei lavori dell'assemblea è stata data a chiunque la possibilità di introdurre proposte sulla piattaforma elettronica della Convenzione⁶². La sezione corrispondente al matrimonio omosessuale conta ben 1099 *submissions*. Alcune *submissions* (la maggior parte delle quali sono semplici commenti ed opinioni di cittadini comuni) sono state presentate da gruppi di interesse organizzati (ONG, advocacy groups). Considerato il numero e la tipologia delle *submissions* relative ai diritti ESC, ci sentiremmo di affermare che la relazione finale riflette una discussione seria e consapevole che non dà segni di parzialità e conclude comunque con una proposta di emendamento costituzionale che renda

⁵⁹ Cfr. CAROLAN, *op. cit.*, sez. 4.2, 744, il quale si sofferma inoltre sulla difficile pretesa di legittimazione di criteri basati sulla rappresentatività quantitativa (come il campionamento degli argomenti) rispetto a criteri qualitativi basati sul giudizio di esperti qualificati (*peer review*).

⁶⁰ V. ottava relazione (<http://www.constitutionalconvention.ie/AttachmentDownload.aspx?Mid=5333bbe7-a9b8-e311-a7ce-005056a32ee4>).

⁶¹ *Ibidem*, 4: “*The Ninth Plenary Meeting ‘Economic, Social and Cultural Rights’ (‘ESC rights’) was the second of the two topics prioritised by the Convention from the submissions received during 2013 and following an extensive public consultation process. This is a multi-faceted issue involving complex philosophical, political, legal and practical issues dealing with a variety of rights, including housing, education and health. It was a very difficult challenge to design an agenda which could do justice to the breadth of this topic and its implications over the course of a single weekend, particularly for a number of members who were new to the subject. Given these obvious limitations, the Convention went to considerable lengths to ensure to the greatest extent possible, an appropriate level of information and expertise was made available to Convention members along with a balance of views and positions from advocates.*”.

⁶² Le proposte suddivise per argomento sono consultabili sotto la sezione “*Public Submissions*” del sito della Convention: <http://www.constitutionalconvention.ie/Submissions.aspx>. Ad esempio, la sezione “*ESC Rights*” conta 113 proposte di cittadini comuni, spesso redatte in maniera assai semplice ma sufficientemente chiare da permettere la loro categorizzazione giuridica da parte della presidenza per la discussione in assemblea. Un bell'esempio di partecipazione “*bottom up*” ben strutturata.

”giustiziabili” alcuni diritti ESC⁶³. In merito a tale proposta il governo, nel dibattito parlamentare del gennaio 2016, ha ritenuto che le proposte relative dovessero essere esaminate dalla commissione parlamentare competente⁶⁴.

2.1.4. *Il dibattito parlamentare sulle raccomandazioni della Convention e l'esito finale*

Il governo mantenne l'impegno a discutere in Parlamento⁶⁵ le raccomandazioni (trasmesse nell'estate del 2013) entro i quattro mesi annunciati per le prime quattro relazioni (i)-ii) e v)-viì)⁶⁶, mentre il dibattito parlamentare sulle rimanenti relazioni è avvenuto a oltre un anno di distanza⁶⁷,

⁶³ Cfr. Ottava relazione, *cit.*, 6 per le raccomandazioni e 26-27 per la discussione nell'assemblea.

⁶⁴ Cfr. <https://www.oireachtas.ie/en/debates/debate/dail/2016-01-14/26/>: “I turn now to the eighth report of the convention, on economic, social and cultural rights. Briefly, it recommends that the State progressively realise economic, social and cultural, ESC, rights subject to maximum available resources, that this duty be cognisable by the courts, and that specific additional rights be inserted into the Constitution: housing rights, social security rights, rights to essential health care, rights of people with disabilities, linguistic and cultural rights and rights covered in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Obviously this recommendation raises substantial questions. They include, for example, questions such as the suitability or otherwise of the Constitution as a vehicle for providing for detailed rights in these areas, the possible cost, and the fact that there is already power by legislation to confer rights and determine expenditure via primary and secondary legislation and an elected and accountable Government and Oireachtas and that, unlike the Constitution, such legislation can be varied as needed and as availability of resources allows. Other issues include the absence of provisions for revenue to provide for any ensuing expenditure; concerns about transferring to the judiciary, which is unelected, the power to make decisions affecting the allocation of resources which are more appropriate for an elected Parliament and Government; and the current position of the State as regards debt levels and the need to meet stringent EU rules into the future. In light of these considerations, the Government has decided that this report should be referred to an Oireachtas committee for consideration of the various issues that arise from it.”.

⁶⁵ Il sito della Convention, peraltro ben strutturato, stranamente non riporta le date delle discussioni delle relazioni dinanzi al Séanad, limitandosi a indicare le discussioni dinanzi al Dáil. Né è dato reperire nel sito alcuna informazione sui referendum successivamente indetti (o meno) e sulle date relative (informazioni comunque reperibili in rete).

⁶⁶ Il sito della Convention riporta solo le date dei relativi dibattiti dinanzi al Dáil: <http://www.constitutionalconvention.ie/Recommendations.aspx>. Ci si riferisce qui alle “relazioni” come documenti finali della Convention, laddove ogni relazione contiene diverse raccomandazioni.

⁶⁷ In particolare, le questioni relative alla riforma del sistema elettorale sono state portate in Parlamento verso la fine della legislatura, ciò che ha condotto a critiche da parte dei deputati:

in prossimità della scadenza della legislatura⁶⁸ (ciò che aveva dato luogo a numerose critiche al Governo da parte dei deputati intervenienti alla seduta del gennaio 2016).

Le raccomandazioni sui temi i)-ii) e v)-vii)⁶⁹ furono esaminate dal governo, che riferì in Parlamento entro la fine dello stesso anno 2013, annunciando indizione del referendum sulla questione i) e su una questione ulteriore sollevata nel corso della discussione sulla questione v)⁷⁰ per la prima metà del 2015.

Pertanto, al referendum del maggio 2015 vennero sottoposti solo due quesiti, relativi al matrimonio omosessuale e all'abbassamento dell'età minima per la candidatura alla Presidenza della Repubblica: il primo quesito che proponeva una modifica della costituzione per consentire il matrimonio

“Convention gave the issue two weekends; we are giving it 90 minutes at the very end of the term and as a result, nobody is here. This treats the convention's work unfairly because it put so much time into it and it is a serious issue. If we are serious about changing our political structures and systems and reforming the culture of politics, electoral reform is at the heart of it. To spend 90 minutes at the end of the term debating the convention's work is insufficient. However, as it is an opportunity to speak, we should do so. I do not know if we have decided how we will treat the recommendations. From the Minister's statement, it seems a particular way is on offer. Do we accept all of them or do we cherry-pick and, if so, who decides? Given that the convention's work cannot be binding, does it become an academic exercise, albeit a worthwhile one?” (cfr. Intervento Dep. Murphy: <https://www.oireachtas.ie/en/debates/debate/dail/2014-12-18/31/>).

⁶⁸ Le elezioni per il rinnovo del Dáil si tennero nel febbraio 2016.

⁶⁹ i) durata del mandato presidenziale; ii) età minima per l'elettorato attivo; v) matrimonio omosessuale; vi) ruolo domestico della donna e vii) partecipazione delle donne alla vita politica.

⁷⁰ La Convention si era dichiarata contraria all'allineamento delle elezioni e alla durata del mandato presidenziale; tuttavia, nel corso della discussione, aveva sollevato le questioni (da considerare alla stregua di questioni ulteriori, nonostante siano integrate nella prima relazione sulla questione i) relative all'abbassamento dell'età minima per la candidatura alla Presidenza della Repubblica (da 35 a 21 anni) e alla possibilità di introdurre un meccanismo di nomina popolare del candidato. Solo la questione sull'abbassamento dell'età per la candidatura era stata considerata idonea a essere decisa per referendum, mentre la questione relativa alla nomination era stata deferita alla commissione competente del Dáil (cfr. intervento del Ministro Kehoe alla seduta del 14 gennaio 2016: <https://www.oireachtas.ie/en/debates/debate/dail/2016-01-14/26/>).

omosessuale venne approvato con la maggioranza del 62% dei votanti (con una partecipazione del 60% degli aventi diritto⁷¹).

Il rilevante impatto sociale del risultato ha fornito un argomento di peso ai sostenitori della democrazia deliberativa. In una sorta di controprova della validità del metodo, la percentuale di approvazione della modifica nel senso di consentire il matrimonio omosessuale nella votazione alla Convention era stata del 79%⁷².

Per quanto riguarda la proposta di abolizione del reato di blasfemia⁷³, oggetto della sesta relazione, il Governo annunciò nel dibattito dinanzi al Dàil⁷⁴, di voler considerare l'integrazione delle disposizioni legislative che sarebbero state modificate con disposizioni di contrasto all'odio religioso (anche qui, seguendo una raccomandazione⁷⁵).

Le rimanenti questioni erano state invece considerate, per motivi di tecnica normativa, non adatte a un intervento sul testo costituzionale (riforma del sistema elettorale del Dàil, cui si era aggiunta una raccomandazione di iniziativa della Convention sulla riforma del Dàil⁷⁶).

⁷¹ V. <https://web.archive.org/web/20150809115721/http://www.referendum.ie/results.php?ref=10>.

⁷² Cfr. la terza relazione della Convention (<http://www.constitutionalconvention.ie/AttachmentDownload.aspx?mid=c90ab08b-ece2-e211-a5a0-005056a32ee4>).

⁷³ La votazione, tenutasi il 27 novembre 2018, approvò l'abrogazione con il 64% dei voti: <https://www.irishtimes.com/news/politics/blasphemy-referendum-results>. La percentuale corrispondente della Convention era stata del 61% a favore dell'abrogazione (cfr.: <http://www.constitutionalconvention.ie/AttachmentDownload.aspx?mid=687a658f-b2a2-e311-a7ce-005056a32ee4>).

⁷⁴ <https://www.oireachtas.ie/en/debates/debate/dail/2014-10-02/14/>.

⁷⁵ V. dibattito sulla settima relazione (<https://www.oireachtas.ie/en/debates/debate/dail/2016-01-14/26/>).

⁷⁶ Cfr. nona relazione (<http://www.constitutionalconvention.ie/AttachmentDownload.aspx?Mid=55f2ba29-aab8-e311-a7ce-005056a32ee4>). Alcune voci si erano espresse nel senso dell'abolizione del Senato, ma la proposta non venne ritenuta, anche e soprattutto per motivi procedurali. Cfr. <https://www.irishtimes.com/news/constitutional-convention-rejects-motion-on-seanad-1.1398972>.

Era infatti imminente un referendum sull'abolizione del Senato (tenutosi nell'ottobre 2013 e respinto dalla maggioranza dei votanti): <https://www.oireachtas.ie/en/bills/bill/2013/63/>.

La modifica del mandato della Convention per consentire la discussione sull'abolizione del Senato (peraltro su iniziativa di un Senatore membro della Convention) è un esempio lampante del tentativo di dirottare l'assemblea del "mini-public" da parte dei componenti politici (cfr.

e del Séanad⁷⁷). Si aggiunga che la Convention aveva aggiunto numerose raccomandazioni (sotto il mandato di considerazioni ulteriori di cui al punto ix) dei *Terms of Reference*), che includevano la costituzionalizzazione di diritti economico-sociali e della questione ambientale⁷⁸) di impatto non indifferente su un numero considerevole di disposizioni legislative. Si ritenne pertanto di delegare l'esame delle raccomandazioni alle commissioni parlamentari competenti.

La raccomandazione “ulteriore” senza dubbio più politica e di maggiore impatto fu quella, votata all'unanimità⁷⁹, di rinnovare l'esperimento appena terminato, convocando una seconda Constitutional Convention. Nella risposta dinanzi al Dáil, il Governo aveva ripreso le conclusioni che accompagnavano la raccomandazione, secondo le quali, avuto riguardo ai tempi e all'organizzazione dei lavori alla luce dell'esperienza appena conclusa, una Convention simile fosse ipotizzabile soltanto una volta nel corso di una legislatura⁸⁰. La relazione finale sottolineava inoltre come molte delle questioni “ulteriori” potessero di per sé formare la base per la prossima Convention. Che non tardò ad essere convocata nella legislatura successiva, con una

CAROLAN, *op. cit.* 744). L'episodio potrebbe essere citato a riprova della capacità di giudizio indipendente dei membri “laici” della Convention e del controllo sull'andamento dei lavori da parte del Chairman. Su questo tema, v. G. MURPHY, *The background to the Election- Conclusions*, in M. GALLAGHER- M. MARSH (a cura di), *How Ireland Voted 2016: The Election that Nobody Won*, Springer, 2016.

⁷⁷ Discusso dinanzi al Dáil il 14 gennaio 2016 (<https://www.oireachtas.ie/en/debates/debate/dail/2016-01-14/26/>). Per il relativo dibattito dinanzi al Séanad, tenutosi addirittura nel corso della legislatura successiva, v. <https://www.oireachtas.ie/en/debates/debate/seanad/2017-10-11/10/>.

⁷⁸ V. <http://www.constitutionalconvention.ie/AttachmentDownload.aspx?mid=55f2ba29-aab8-e311-a7ce-005056a32ee4, 2.2>.

⁷⁹ “The convention members voted unanimously that there should be a second convention, but the report acknowledges that realistically this is an exercise that could be achieved only once in the lifetime of any Dáil.” (Min.Dep. P. Kehoe (<https://www.oireachtas.ie/en/debates/debate/dail/2016-01-14/26/>)).

⁸⁰ “Reflecting on the time required to complete the cycle from considering and making recommendations on an issue to the holding of a referendum, it was suggested that realistically this is an exercise that can only be achieved once in the lifetime of any Dáil. It was also suggested that, should a re-convening of the Convention be considered that the outstanding topics of the current Convention could form the basis of a future agenda”. Relazione finale, *cit.* (<http://www.constitutionalconvention.ie/AttachmentDownload.aspx?mid=55f2ba29-aab8-e311-a7ce-005056a32ee4>).

denominazione probabilmente più rispondente alla vera natura di questo istituto: la Citizen's Assembly.

2.1.5. *La Citizens' Assembly del 2016*

Una risoluzione di entrambe le camere del 15 luglio 2016⁸¹ approvava l'istituzione di una Citizens' Assembly⁸², con il mandato a esaminare, formulando le raccomandazioni ritenute opportune e riferendo alle Camere, i temi seguenti:

- I. L'ottavo emendamento della Costituzione;⁸³
- II. Come affrontare le sfide e le opportunità di una popolazione che invecchia;
- III. Parlamenti a scadenza fissa;
- IV. della maniera di tenere i referendum;
- V. Come trasformare l'Irlanda in un paese leader nell'affrontare il cambiamento climatico.

Notiamo che l'ultima risposta del *Séanad* alla relazione finale della *Constitutional Convention* avvenne oltre un anno dopo, quando la nuova legislatura era già avviata da tempo. Questa mancata sincronizzazione di date e di procedure non ha impedito il secondo successo dell'esperimento, sotto la guida di un altro civil servant di altissimo profilo, la giudice di Corte Suprema Mary Laffoy⁸⁴. La dimostrazione di maggiore impatto è stato il referendum di abrogazione dell'ottavo emendamento della Costituzione irlandese il 25 maggio 2018, a seguito di una proposta di referendum abrogativo presentata dal Parlamento a seguito delle raccomandazioni della Citizen's Assembly: il

⁸¹ Interessante il dibattito al *Séanad*: <https://www.oireachtas.ie/en/debates/debate/seanad/2016-07-15/3/>.

⁸² <https://www.citizensassembly.ie/en/previous-assemblies/citizens-assembly-2016-2018/>.

⁸³ Introdotto con referendum nel 1983, l'Art 40.3.3 della Costituzione irlandese sul riconoscimento del diritto alla vita del nascituro aveva l'effetto di impedire al Parlamento di legiferare in materia di aborto. Cfr. E. CAROLAN, *Article 40.3.3 and the law on abortion: A history* (contributo ai lavori della Citizen's Assembly 2016): <https://2016-2018.citizensassembly.ie/en/Meetings/-Art-40-3-3-and-the-law-on-abortion-a-history-Eoin-Carolan.pdf>.

⁸⁴ V. <https://2016-2018.citizensassembly.ie/en/About-the-Citizens-Assembly/>.

66,4% dei votanti si espresse a favore dell'abrogazione, consentendo in tal modo al Parlamento di regolamentare l'aborto con legge.

2.1.6. *La Citizen's Assembly del 2019*

Con risoluzione del luglio 2019 il Parlamento irlandese ha affidato a una Citizen's Assembly la discussione di questioni sulla parità di genere. La metodologia e la composizione seguono quella già sperimentata con successo nella Constitutional Convention e nella Citizen's Assembly precedente. Le questioni affrontate vanno dal welfare all'assistenza agli anziani, comprendono ancora una volta un controverso articolo della costituzione (Articolo 41) sulla posizione della donna nella famiglia nonché la violenza di genere e la parità tra i sessi. I lavori non sono ancora terminati e stanno per approdare alla votazione delle raccomandazioni⁸⁵, sotto la guida di un'altra *civil servant* di altissimo profilo, Catherine Day (ex Segretario Generale della Commissione europea per oltre dieci anni).

Sarà interessante osservare il seguito delle raccomandazioni, in particolare per quanto riguarda un possibile altro referendum costituzionale.

3. *Conclusioni*

Quali sono gli insegnamenti da trarre dopo qualche decennio di discussioni accademiche e poco più di vent'anni di esempi pratici di mini assemblee "deliberative"? Cosa ci dicono queste esperienze sul rapporto tra "democrazia del sorteggio" e democrazia deliberativa (o "partecipativa")? E, soprattutto, quale può essere l'incidenza effettiva di tali iniziative sul quadro normativo di una società complessa?

Possiamo tracciare una prima linea divisoria tra : a) metodologia del sorteggio applicata tout court alla selezione dei membri di organi di rilievo costituzionale, come risposta al frazionismo indotto da meccanismi ormai consolidati di partiti e correnti che di fatto impediscono l'esercizio di una vera

⁸⁵ V. <https://www.citizensassembly.ie/en/what-we-do/>.

rappresentanza dell'interesse pubblico, e b) una seconda tra esperienze di “mini-assemblee” a livello locale e “mini-assemblee” chiamate a svolgere una funzione di vero e proprio impulso politico costituzionale.

a) Sulla metodologia del sorteggio applicata direttamente come alternativa e correttivo ai processi politico-sociali di selezione dei candidati a un'elezione (nel senso auspicato dai fautori dell'“innovazione democratica” del G 1000), trattasi senz'altro di un equivoco (e anche pericoloso) sulla natura della rappresentanza politica democratica. Tale equivoco è fondato sulla confusione tra una metodologia e il fine che vorrebbe servire. La metodologia intende ridurre o annullare la discrezionalità, e la discrezionalità è sempre politica anche se esercitata in ambito amministrativo. Che si tratti della discrezionalità dell'elettore che sceglie liberamente secondo convinzione, della discrezionalità dell'eletto che agisce secondo coscienza, della discrezionalità dei membri di un organo collegiale nell'organizzare le proprie elezioni interne, o dei partiti nell'organizzare le liste dei candidati, il meccanismo democratico è fondato sulla discrezionalità degli attori, intesa come la libertà di movimento politico all'interno di un sistema di regole condiviso (la costituzione, legge elettorale, la legge sull'organizzazione e il funzionamento del CSM, la legge sul funzionamento interno dei partiti politici, il regolamento interno di un'assemblea). La metodologia del sorteggio ha una sua utilità come *ultima ratio* a garantire scelte finali in casi limitati, o in procedimenti di natura amministrativa (ad esempio nell'ambito delle operazioni di organizzazione di un concorso) e ciò al fine di evitare l'arbitrio, vale a dire una decisione adottata da un organo cui non è stata validamente conferita un'attribuzione di competenza da una regola condivisa. Pretendere di estenderla a tutte le fattispecie in cui il sistema costituzionale ha esplicitamente operato tale attribuzione di competenza (la libertà di voto dell'elettore, la formazione delle liste di candidati) equivale a una prevaricazione operata in mancanza di trasparenza, come è stato ampiamente dimostrato dalle elezioni del 2013, in cui una piattaforma proprietaria ha “sorteggiato” candidati alle elezioni politiche al di fuori di qualsiasi controllo di metodologia. A voler supporre la assoluta neutralità del metodo utilizzato, l'esito dell'esperimento di candidare una nutrita schiera di “*Chance the gardener*” (come nel profetico film di H. Ashby) ha avuto l'indiscusso merito di avere finalmente causato la tanto attesa legge

sulla disciplina e trasparenza dei partiti politici. Se persino Einstein sentì l'esigenza di razionalità nella spiegazione della fisica quantistica (“*Dio non gioca a dadi?*”)⁸⁶, non si capisce per quale motivo secoli di lotte politiche che hanno condotto alle nostre (imperfette) regole politiche e istituzionali condivise dovrebbero essere annullate dalla sostituzione della competizione politica, che si svolge (in principio) nell’area del dibattito sui valori, regole e anche convenienze sociali (la *Öffentlichkeit*, che cambia, evidentemente, con il mutare delle società) mediante un meccanismo di sorteggio dubbiamente neutro, poiché oggi “sorteggio” significa “algoritmo”⁸⁷. Non è ipotizzabile un dibattito libero, per quanto imperfetto, in assenza di discrezionalità, come sopra descritta, e quindi di libertà. Sostituire la discrezionalità costitutiva della scelta politica con un simulacro di imparzialità (poiché qualsiasi sorteggio, come si è visto nell’esperienza irlandese della scelta dei membri della mini assemblea, deve basarsi su dei parametri) significa ignorare volutamente il problema soggiacente: chi (o cosa) determina i parametri del sorteggio?

b) Le esperienze delle mini assemblee come fattore o acceleratore di trasformazione istituzionale sono state finora provate soltanto dal caso irlandese (meritevole, pertanto, di rispettosa attenzione e attento studio). Le altre esperienze sono di natura locale e di ambito amministrativo (salvo il fallimento della riscrittura della costituzione islandese); sicuramente, le mini assemblee sono un utile strumento di partecipazione civica a decisioni decentrate a livello locale; ciò avviene tuttavia nell’ambito di competenze già assegnate a livello costituzionale. Lascia invece perplessa la recente esperienza tedesca del *Bürgerrat* sul ruolo della Germania nel mondo. Un tema di tale complessità e portata appare più come un progetto pilota di educazione civica per legittimare un processo di cui la dottrina tedesca ha in fondo timore (come

⁸⁶ Sulla discussione degli anni Venti relativa alle formule di Heisenberg e dei fisici di Göttingen e la formulazione di Schrödinger, v. il bel libro di C. ROVELLI, *Helgoland*, Milano, 2020.

⁸⁷ Cfr. Sulla questione delle identità digitali l’ultimo libro di S. RODOTA’, *Vivere la democrazia*, Roma-Bari, 2018; la fondamentale opera di L. LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, 1999, seguita da *Code 2.0*, New York, 2006; e infine, la recentissima proposta legislativa della Commissione europea di Regolamento che stabilisce regole armonizzate sull’intelligenza artificiale (Artificial Intelligence Act): <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e4c43528-ccfc-11ea-adj7-01aa75ed71a1/language-en>.

tutti gli istituti in qualche modo apparentati alla democrazia diretta) che come un serio tentativo di integrazione della rappresentanza politica elettiva.

La lezione irlandese è concentrare le iniziative di democrazia deliberativa attorno a questioni socialmente rilevanti e da risolvere a livello legislativo (o costituzionale), nei quali i cittadini possano identificarsi, gestire l'intero processo in maniera credibile sotto la guida di un accreditato *civil servant* (possibilmente non più in attività) e infine onorare l'impegno del Parlamento a dare un seguito credibile alle raccomandazioni che risulteranno dal processo. Se ciò sia possibile solo in un paese relativamente piccolo e omogeneo socialmente è tutto da dimostrare. I parametri procedurali e istituzionali sono stati posti e da questa esperienza potranno forse trarre giovamento altri paesi europei stretti tra populismi e inefficienza del sistema politico.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

ALLEGRETTI U., *La democrazia partecipativa in Italia e in Europa*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 1/2011; BÄCHTIGER A., J. S. DRYZEK, J. MANSBRIDGE, M. WARREN (a cura di), *The Oxford Handbook of Deliberative Democracy*, Oxford, 2018; BESSETTE J. M., *Deliberative Democracy: The Majority Principle in Republican Government*, in R.A. GOLDWIN – W. A. SCHAMBRA (a cura di) *How democratic is the Constitution?*, Washington D.C., 1980, 102–16; CAROLAN E., *Ireland's Constitutional Convention: Behind the hype about citizen-led constitutional change*, in *International Journal of Constitutional Law*, 13/3, 2015, pp. 733–748; ID., *Article 40.3.3 and the law on abortion: A history* (contributo ai lavori della Citizen's Assembly 2016); CHAMBERS S., *Deliberative Democratic Theory*, in *Annual Review of Political Science*, 2003; FARRELL D., *The 2013 Irish Constitutional Convention: A bold step or a damp squib?*, in J. O'DOWD – G. FERRARI (a cura di), *Comparative Reflections on 75 Years of the Irish Constitution*, Dublin, 2014; FISCHER F., *Democracy and Expertise: Reorienting Policy Inquiry*, Oxford, 2009; GARRITSEN DE VRIES (a cura di), *The International Monetary Fund 1966-1971- The System Under Stress Volume I: Narrative*, Washington D.C, 1976, pp. 531 ss.; HABERMAS J., *Strukturwandel der Öffentlichkeit, Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, Neuwied am Rhein, 1962 (17 ed., Frankfurt a.M., 1987); LESSIG L., *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, 1999; ID., *Code 2.0*, New York, 2006; MOMMSEN W.J., *Max Weber e la politica tedesca, 1890-1920*, ed. it. Bologna, 1993; MURPHY G., *The background to the Election- Conclusions*, in M. GALLAGHER- M. MARSH (a cura di), *How*

Ireland Voted 2016: The Election that Nobody Won, Springer, 2016; NEGRI A., *Lo Stato dei Partiti*, in A. NEGRI (a cura di), *La forma Stato. Per la critica dell'economia politica della Costituzione*, Milano, 1977, pp. 111-149; PATARNELLO M., *Il concorso in magistratura tra pandemia e aspirazioni riformiste*, in *Questione Giustizia*, 2021; PEPINO L., *La magistratura e il suo Consiglio Superiore*, in *Questione Giustizia*, 2019; POLANYI K., *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time*, New York, 1957 (2° ed. Boston, 2001); RODOTA' S., *Vivere la democrazia*, Roma-Bari, 2018; ROVELLI C., *Helgoland*, Milano, 2020; RUFFOLO G., *Introduzione*, in ALBERONI et al. (a cura di), *Progetto Socialista*, Bari, 1976, pp. 12 ss.; SCHMITT C., *Verfassungslehre*, Berlin, 1928 (8° ed. 1993), Sez. I., par. 1.3.; ID., *Legalität und Legitimität*, Berlin, 1932; SMITH G., M. SETÄLÄ, *Mini-Publics and Deliberative Democracy*, in A. BÄCHTIGER, e a. (a cura di), *The Oxford Handbook of Deliberative Democracy*, Oxford Oxford University Press, 2018; SCHNEIDER M., *Der Konflikt um die Notstandsgesetze*, in *Gewerkschaftliche Monatshefte*, 8/1986, pp. 482-494; SUTEU S., *Constitutional Conventions in the Digital Era: Lessons from Iceland and Ireland*, in *Boston College International and Comparative Law Review*, 38/2/4, 2015; TOOZE A., *Crashed: How a Decade of Financial Crises Changed the World*, London-New York, 2018, in particolare, cap. 8, "The Big Thing"- Global liquidity, 202; VAN REYBROUCK D., *Contro le elezioni. Perché votare non è più democratico*, Milano, 2015 (tr.it); ZEI A., *L'arbitrato del caso: applicazioni del metodo del sorteggio nel diritto pubblico*, in *Nomos*, 1/2017.

ABSTRACT

L'articolo intende presentare alcune esperienze istituzionali recenti intese al rafforzamento della legittimazione della rappresentanza politica. Tali esperienze sono state elaborate all'alba del 21° secolo in risposta a una crisi conclamata della forma di stato democratica nata all'indomani del secondo conflitto mondiale (intesa qui in entrambe le sue declinazioni liberal-democratica anglosassone e democratico-sociale nell'Europa continentale).

La forma di Stato democratico-sociale coincide, in una prospettiva storica, con il periodo del secondo dopoguerra e con la nascita e il consolidamento del progetto di Unione Europea (lasciando da parte il caso americano, troppo peculiare nella sua evoluzione storica e costituzionale). La crisi del "welfare State", divenuta evidente a seguito della grande crisi finanziaria del 2008, ha svelato, da un lato, la fragilità istituzionale indotta dai meccanismi elettorali (basati sul suffragio universale) mediante i quali si è esplicata la rappresentanza politica nel ventesimo secolo, dall'altro ha esposto la fragilità dello stesso corpo politico statale dinanzi a eventi dirompenti

di portata transnazionale, che assumano la forma di crisi finanziarie, economiche, politiche o ambientali (recentissimamente, si è visto, sanitarie). La crisi, che definiremo di legittimazione, non ha inoltre risparmiato le istituzioni transnazionali di “*governance*” a cui i corpi politici nazionali delegano la risoluzione consensuale delle crisi globali, laddove i governi presentano al contempo all’opinione pubblica la stessa partecipazione a tale “*governance*” transnazionale come fattore di ineluttabilità di soluzioni che spesso hanno pesanti ricadute sul tessuto sociale.

Tale crisi ha causato un’accelerazione impressa dai movimenti populistici (organizzati in partiti autoproclamatisi interpreti dello scontento sociale, automaticamente trasfigurato in “volontà popolare”) verso lo smantellamento sistematico delle istituzioni espresse dal meccanismo elettorale, in una sorta di luddismo istituzionale ispirato a un palinogenetico ritorno alla pretesa immediatezza dell’espressione della volontà popolare mediante meccanismi postmoderni (ma assai antichi). L’articolo non intende soffermarsi sulla natura profondamente reazionaria di tale approccio, quanto invece presentare alcune esperienze di integrazione della rappresentanza politica (note sotto il termine di “democrazia deliberativa”, o anche “partecipativa”) che sono state discusse negli ultimi vent’anni in ambienti accademici permeati di pragmatismo e al contempo di lealtà istituzionale e democratica. La “Citizens’ Assembly” introdotta in Irlanda nel 2012 per orientare il dibattito parlamentare su importanti temi di riforma costituzionale (che avrebbero condotto alla legalizzazione dell’aborto e del matrimonio omosessuale negli anni successivi) qui descritti non sono proposti come un modello immediatamente trasferibile nel quel a qualsiasi realtà politico istituzionale, bensì come un esperimento non distruttivo di integrazione della legittimazione e del meccanismo elettorale, che consenta un riavvicinamento e un dialogo permanente tra cittadini elettori e istituzioni rappresentative.

Al di fuori dei pur necessari tecnicismi istituzionali (il procedimento come garanzia di legalità e quindi di legittimità), il tentativo della democrazia deliberativa è rendere palese la legittimazione dei meccanismi decisionali rappresentativi, affinché la necessaria *governance* della complessità che minaccia di disintegrare le società democratiche del 21° secolo torni ad essere parte integrante della *res publica*.

The purpose of this article is to illustrate recent institutional experiences intended to reinforce the legitimacy of political representation. Such proposals have been elaborated at the onset of 21st century as an attempt to counter an undeniable crisis of democracy as state organisation form as we know it since the end of WWII (both in its Anglo-Saxon liberal-democratic and continental European social-democratic declinations).

In a historical perspective, post-war political democracy as we know it coincides with the aftermath of WWII and with the birth and consolidation of the European Union project (US experience is not considered in this analysis, due to its historical and constitutional peculiarities). The crisis of the welfare State became evident after the 2008 financial crisis, revealing, on the one hand, an institutional fragility prompted by the same election mechanisms (based on universal suffrage) that had supported political representation in the 20th century, and the fragility of the State itself as political body confronted with ground-breaking events, be these financial, economical, political, environmental or sanitary (as latest shown), on the other hand. Such “legitimacy crisis” did not spare transnational governance bodies and institutions, to which national political bodies (States) have been delegating the resolution by consensus of global crisis. At the same time, State governments have been suggesting to the public opinion that precisely the participation to these transnational entities makes adopted solutions, notwithstanding heavy societal repercussions, unavoidable.

This crisis has caused an acceleration by “populist” movements and parties (as self-proclaimed interpreters of social dissatisfaction turned into “will of the people”) towards the systematic dismantling of the institutions expressed by elections, a kind of institutional Luddism, dictated by a palingenetic aspiration to an asserted immediate expression of the “will of the people” by means of postmodernist simulacra of referendum. This article hints at the deeply reactionary nature of the “populist” approach and it intends to illustrate some examples of integration of representative democracy (known as “deliberative democracy”, or also “participative democracy”) as discussed in the last two decades in academic and political networks. In these examples the pragmatic solutions brought forward are loyal to, not countering, democratic institutions. The “Citizens’ Assembly” introduced in 2012 in Ireland to steer the parliamentary debate on important constitutional amendments (leading i.a. to legal abortion and gay marriage) described hereunder is not as a “one size fits all” model, but rather as a “non destructive assay” for “legitimacy integration” of the electoral mechanism, in order to foster a convergence and a permanent dialogue between citizens/voters and representative institutions.

Apart from the necessary institutional mechanisms (procedures as guarantors of legality and legitimation), the attempt of deliberative democracy experiments is to show (re-present) the legitimacy of decision-making based on representation, in order for governance mechanisms (necessary to approach the threatening complexity democratic societies face in 21st century) to exist as an integral part of the res publica.

PIETRO MANCINI*

AL DI LÀ DEI LIMITI DELLO STATO MODERNO.
APPUNTI DI FILOSOFIA GIURIDICA

SOMMARIO: 1. Prolegomeni ad un assetto definitorio dello Stato. – 1.1 L'evoluzione storica della “forma Stato”. – 2. Lo Stato come comunità politica universale oltre le “società particolari”. – 3. Nuova dommatica per una rilegittimazione dello Stato. – 4. Considerazioni conclusive a partire dalla tesi di Julien Freund.

1. *Prolegomeni ad un assetto definitorio dello Stato*

L'esercizio definitorio della dottrina pubblicistica che si è occupata dello Stato come forma storica di aggregazione sociale ha sempre riscontrato difficoltà derivanti soprattutto dall'analisi delle molteplici relazioni tra l'oggetto di indagine (lo Stato appunto) in senso formale e materiale e la complessità sociale.

Sebbene la dialettica tra Stato e società, con l'inserzione dell'elemento “mercato” solo a partire dagli ultimi tempi, abbia attraversato l'evoluzione storica di tale forma di aggregazione, pacificamente si può considerare lo Stato come organizzazione del potere per tutti i fini della vita associata; esso, quindi, come istituzione e persona, pone ed attua tutte le condizioni di vita comune ed i fini che orientano la sua azione nella storia.

Dal punto di vista della sua formazione, superando le teorie formaliste¹ che considerano lo Stato come creatore di diritto e vincolato dalla forza e cogenza del diritto positivo, deve essere rintracciato nella sovranità l'elemento fondativo della sua essenza. La sovranità, infatti, è da considerarsi quale vera e propria forza creatrice che consente allo Stato di ergersi al di sopra dei suoi oggetti e del suo contenuto (*superiorem non recognoscens*).

* Dottore in Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli “Federico II”.

¹ H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto* (arch. giur., 1933), in noviss. dig., vol. XVIII, Torino, UTET, 1971.

Sovranità è dunque unità di tutti i poteri, pienezza del potere rispetto ai vari poteri o sue derivazioni nelle quali si fraziona e si articola.

In buona sostanza, il potere sovrano è predicato dello Stato, da questi inseparabile; in esso si rintraccia il potere di determinare fini e programmi, di vincolarsi ed autolimitarsi.

Insomma, un potere supremo ed essenziale, ovvero rappresentativo dell'essenza della costruzione che si fa elemento storico e si incardina nella progressione degli eventi.

In tale prospettiva, soggetto del potere diviene lo Stato, il quale si alimenta per mezzo della legittimazione del popolo che vive entro i suoi confini e del cui interesse si nutre e si prende cura.

Così opinando, si può ben dire che la forza dello Stato sta fuori dell'ordine positivo, oltre, cioè, l'assetto puramente normativo; lo Stato, dunque, è forza legale e la legge è forma del suo intrinseco potere.

È su questo terreno, del resto, che la concezione dello Stato rivela il suo evidente carattere sociologico, ed è su questo aspetto che sorge la concezione di Stato come potere, come potere, cioè come forza organizzata, che la scienza del diritto non può più ignorare.

Nella versione moderna, in ragione della crescente integrazione con la società civile, dell'estensione dei diritti fondamentali nel senso quantitativo-contenutistico e in quello dell'allargamento della base di utenti-cittadini detentori di posizioni giuridiche soggettive riconosciute rilevanti e meritevoli di tutela dall'ordinamento giuridico, il dibattito sullo Stato sembra aver posto l'attenzione sulla progressiva obsolescenza delle categorie fondamentali di "popolo" e "sovrano".

Del resto, la globalizzazione ed il crescente multiculturalismo, generando compresenze e coesistenze tra culture ed etnie all'interno di ogni Stato, sono considerati fenomeni acceleratori della disgregazione e della deterritorializzazione statale; fenomeni di entità tale da aver liquidato ogni riferimento alla nazionalità originaria.

In maniera unanime, tutte le scuole dottrinarie sembrano orientate ed interessate ad analizzare lo Stato più sul piano teleologico che su quello dommatico e definitorio, trovando nell'indagine sul fine un senso alla multiforme e plurale realtà che vive dentro lo Stato, nonché un assetto quasi stabile ai rapporti interstatali.

Se nel Novecento la realtà storica ci ha consegnato uno Stato indistruttibile, la cui mitizzazione ha generato mostri politico-giuridici dotati di forza legittimante, nella versione dello Stato totalitario ed autoritario, oggi siamo di fronte ad una disarticolazione che ha reso l'individuo un elemento *contra auctoritatem* e non più *sub auctoritate*, le cui libertà da compresse e coartate sono divenute monolitiche, fin quasi a ricondurre, entro limiti spaziali sempre più esigui e ristretti, il potere ormai definibile come “ex-sovrano” dello Stato.

1.1. *L'evoluzione storica della “forma – Stato”*

Determinare con certezza il momento dell'origine dello Stato come modello di organizzazione sociale risulta impossibile, soprattutto perché la sua formazione avviene secondo un processo graduale che non si compie identicamente presso i vari gruppi sociali.

L'unica certezza, da Aristotele in avanti, è che lo Stato è una forma di aggregazione inevitabilmente sociale, nel senso che la volontà politica di una società od un suo gruppo avverte la necessità di costituirsi come unità autonoma, condividendo il proprio destino.

Il problema della statualità, che con sorpresa non tutti gli studiosi avvertono più come preliminare ed ineludibile, è certamente quello delle relazioni di potere che dalla genesi ne hanno determinato l'evoluzione sino ad oggi, all'attuale configurazione del modello socio-politico.

Fino alla formazione dello Stato assoluto, dal periodo greco-romano all'età medievale, la statualità si confondeva con la sovranità, quale attribuzione ad un ente o ad soggetto politico, monocratico o collegiale, di una potestà superiore e di una condivisa e sacrale legittimazione.

Difatti, le città-stato greche, le formazioni politiche romane (Repubblica, Monarchia, Impero), le Signorie medioevali, costituivano corporazioni territoriali² che assumevano una idea di autonomia ed indipendenza, che per certi versi, può essere ritenuta avvicinata alla configurazione moderna dello Stato.

² O. VON GIERKE, *Das deutsche genossenschaftsrecht*, akademische druck-u. Verlagsanstalt in graz, rist. 1954.

«Stato» è un concetto che deriva dal mondo politico dell'epoca moderna, quale rappresentazione dell'unità e dell'ordine politico, e che nelle epoche premoderne non trova alcuna corrispondenza, a meno di non voler considerare come corrispondenti alcune manifestazioni di potestà legittimamente esistenti tra i popoli europei, seppur a ridotta strutturazione.

Solo se si assume a carattere essenziale l'elemento genetico delle relazioni di potere, tra detentori della potestà e destinatari del potere (sudditi-amministrati-cittadini), si può argomentare a favore della tesi di una qualche forma di statualità medievale, volendo considerare il feudo e le signorie del Quattrocento come paragonabili allo Stato.

L'Umanesimo ed il Rinascimento ripropongono l'idea del *princeps absolutus* e la riscoperta del diritto romano rafforza la concezione di un sovrano come origine del potere politico e legislativo.

Inoltre, la sopravvissuta idea medievale della investitura divina del sovrano ed il principio di legittimità di radice germanica portano, insieme alla ricezione del diritto romano, ad un rafforzamento della posizione del principe, il quale, concentrando tutto il potere nella sua funzione e persona, è considerato in grado di provvedere al benessere del popolo.

Pur nella sua versione illuminata, l'assolutismo regio, che perde parte del suo predicato divino, permane come *summa potestas*, anche se corretto in chiave razionale per effetto di un moderato ed universalizzante afflato liberale.

La politica di riforme, avviata dai monarchi europei, consente la concessione di Statuti liberali e modeste concessioni di diritti e libertà non già per il popolo intero, ma solo in direzione della nascente ed arretrata borghesia intellettuale ed imprenditoriale.

Trattasi di un'azione riformatrice congiunta e non ancora slegata dal potere sovrano, al quale continuano competono numerose prerogative, sebbene con le rivoluzioni francese ed americana venga affermato il principio della separazione dei poteri.

L'evoluzione liberaldemocratica dello Stato assoluto si compie alla fine dell'Ottocento per effetto di azioni di forza che consentono anche alle masse popolari di poter accedere a spiragli di democrazia sostanziale.

Con l'affermazione dei diritti sociali ed individuali, figli dell'era industriale, muta anche l'assetto e l'organizzazione del potere

pubblico, che si muove verso nuove consapevolezze che determinano la crisi della borghesia liberale come classe dominante.

All'inizio del Novecento l'Europa è attraversata dallo sbocco autoritario che l'evoluzione dello Stato ha assunto prima della moderna sintesi in Stato costituzionale di diritto: per alcuni inevitabile e naturale modificazione, frutto di una adesione materiale e puramente razionale ai valori della società in trasformazione.

Il passaggio dalla sfera della legittimità a quello della legalità segna, più tardi, il passo dapprima verso lo Stato di diritto fondato sulla libertà politica e sull'uguaglianza di partecipazione (sebbene limitata) dei cittadini, e poi verso l'attuale Stato democratico moderno, passando per la parentesi dello Stato totalitario ed autoritario.

Dopo la caduta progressiva dei vari Stati totalitari ed autoritari, con la conseguente affermazione dello stato democratico parlamentare, come modello diffusamente accettato nell'età contemporanea, debbesi osservare come i mezzi di gestione dell'ordine sociale si siano ormai affinati tanto nel senso di una prevenzione del conflitto sociale a garanzia delle libertà personali, quanto in funzione di controllo del potere statale, nel senso di una autolimitazione democratica.

2. *Lo Stato come comunità politica universale oltre le "società particolari"*

Lo Stato, non diversamente da altre organizzazioni, appare agli occhi degli osservatori come una comunità, una entità, una aggregazione multi-soggetto attraversata dalle reciproche interazioni dei suoi componenti.

Esso, tuttavia, non può definirsi una semplice ed elementare società, soprattutto per la posizione di preminenza (*sovranità*) che si suole attribuirle, per effetto dell'evoluzione delle dinamiche storiche, dalla ratifica dei trattati di pace a Vestfalia sino ad oggi³.

³ La pace di Westfalia, che pone fine alla guerra dei trent'anni tra i regni tedeschi (1618-1648) fu una conflagrazione in cui controversie politiche e religiose si mescolarono, in cui gli attori ricorsero alla «guerra totale» contro i centri abitati, e quasi un quarto della popolazione dell'Europa morì in battaglia, di malattia o di fame.

Essa stabiliva un nuovo ordine mondiale basato sull'esistenza di stati sovrani in confini ben definiti, che non interferissero negli affari interni degli altri stati, rispettandone la struttura interna, i comportamenti, la fede religiosa, che fossero

La costanza, nella tradizione dottrinale, dell'idea di supremazia, indipendenza, autosufficienza dello Stato, rispetto ad altre formazioni sociali, testimonia in favore della realtà di tale attribuzione⁴.

In particolare, in questi ultimi decenni, si è registrata una palese difficoltà di conciliare il carattere assoluto e sovrano della potestà statale con le limitazioni che esso incontra per la sua coesistenza con altri soggetti dotati della medesima potestà, in ambiti internazionali oltre che a livello intra statale, altresì per effetto della creazione di soggettività orizzontali e di corpi intermedi a difesa di interessi particolari.

Alcune di tali esperienze e forme di convivenza prestate costituiscono il portato di una tendenza verso l'associazione umana e la fusione in unità più semplici di aggregazione politica, che nello Stato trovano un più ampio orizzonte di con-essenza, rappresentando, quest'ultimo, l'evoluzione storica di una federazione vastissima di entità collettive territoriali.

La formazione dello Stato, dunque, a partire dalle forze primitive e fino alle più modernamente evolute, pone in rilievo il carattere della inerenza e consistenza della sua potestà superiore.

Perciò, l'origine del concetto della supremazia, della potestà altissima senza vincoli, non può che derivare dalla condizione storica

sostenitori del diritto internazionale ed avessero dimensioni tali da poter garantire un equilibrio dei poteri.

Lo Stato che, avendo assunto il monopolio della forza al suo interno, aveva mostrato di saper ridurre la violenza tra i cittadini, poteva facilitare anche il raggiungimento della sicurezza al suo esterno e la pace con tra gli Stati.

Così come strutturato, il trattato di Westfalia conteneva solo regole procedurali, neutrali rispetto ai valori, e aveva, dunque, un fondamento esclusivamente pragmatico.

Una pace relativamente stabile fu così garantita fino alla fine del Settecento, quando i valori rivoluzionari francesi tentarono di imporsi in tutta Europa. Dopo la parentesi Napoleonica, la pace venne ripristinata dal congresso di Vienna e durò fino allo scoppio della prima guerra mondiale.

L'esperienza storica ha dimostrato che per la stabilità (sul modello westfaliano) è essenziale l'equilibrio dei poteri che sostituisce, da sempre, la base della stabilità e della legittimazione reciproca tra gli Stati. CFR. H. KISSINGER, *Nuovo ordine mondiale*, Mondadori saggi, Milano, 2015.

⁴ V. GUELI, *Elementi di una dottrina dello stato e del diritto come introduzione al diritto pubblico*, Foro italiano, Roma, 1959.

di avvio ed evoluzione di un processo lungo di edificazione della moderna forma di aggregazione sociale e politica.

Oltre che per l'elemento della sovranità, a lungo considerato recessivo ed oggi ritenuto a dir poco superato, lo Stato si è contrassegnato quale comunità politica.

Solo quando una comunità sia costituita non per fini determinati ma per una universalità di fini, la sua sfera di azione è da ritenersi illimitata, giacché tutte le manifestazioni della vita sociale possono assurgere a sua finalità⁵.

Tale carattere di universalità non va inteso in senso potenziale, così che ogni comunità, anche la più piccola, possa ritenersi bastevole ed autonoma per sé stessa, escludendo qualsiasi determinazione del fine nel suo contenuto.

Occorre, perciò, nell'elaborazione epistemologica, sempre riferirsi alle condizioni di fatto, al dato concreto della convivenza di un dato gruppo di uomini.

Così, il fine universale per cui tutte le comunità che si dicono politiche esistono può dirsi quello della conservazione e dello sviluppo del gruppo sociale da cui risulta composto.

Il carattere differenziato dello Stato, rispetto alle entità e società insistenti, risiede, per l'appunto, non solo nella capacità di definizione dei fini da perseguire, qualunque appaia necessario alla conservazione ed alla promozione della convivenza dei suoi componenti, ma anche nella potestà di autodeterminazione del fine stesso.

Questa potestà viene a mancare non solo in caso di limitazioni, imposizioni, ma anche laddove una società o comunità politica (minima o di livello statale) non sia in grado di perseguire, attuare concretamente e definire a priori i fini di cui potenzialmente si è dotata.

La circostanza che in ogni gruppo sociale vi siano partecipanti che, per convinzione, aderiscano anche ad altri gruppi sociali, ciascuno indipendente ed autonomo nel proprio ordine, che perseguono finalità ed interessi particolari, non esclude la subordinazione

⁵ ARISTOTILE, *Politica*, III, 5: risale ad Aristotele l'elaborazione del concetto di “κοινωνία πολιτική” il cui scopo è l'utile universale che è fine di tutte le altre società e le comprende in sé.

all'universalità di cui solo lo Stato, per elementi costitutivi e per forza vincolante, può dirsi detentore.

L'interferenza e la reciproca coesistenza tra gruppi sociali costituiti in corpi o società intermedie non esaurisce il ruolo dello Stato, che riconduce all'unità la molteplicità, consentendo a ciascuno di vivere ogni forma e proiezione della propria personalità nel pluralismo delle dimensioni sociali, senza negare alcun riconoscimento alle essenze preesistenti.

Lo Stato moderno, negli ultimi decenni, sembra aver rinunciato deliberatamente al compito di esercitare una funzione di mediazione, di sintesi fra le diverse componenti del corpo sociale⁶.

Tale forza appare ancor più fondamentale laddove le molteplici società, le cui sfere d'azione risultano interferenti, non si escludono vicendevolmente, portandosi così tra loro in conflitto, che darebbe luogo ad una società escludendo le altre.

Così, la funzione moderatrice dello Stato consisterebbe nell'ordinamento delle singole e molteplici entità che preesistono, senza giungere all'esclusione reciproca bensì ad una chiara ed inevitabile *reductio ad unitatem*.

Sul punto, una parte della dottrina (*Dossetti, Lazzati, Freund*) ritiene che inderogabile compito dei soggetti politici, in particolare dello Stato, sia l'esercizio continuativo e costante della funzione di mediazione e sintesi tra gli interessi delle diverse componenti del corpo sociale attraverso l'azione politica.

In assenza di realizzazione concreta di siffatta attività, lo Stato non può dirsi autenticamente rappresentativo né democratico, laddove ogni pezzo singolare della società, anche il più lontano, non venga, mediante coscienza e consapevolezza, inserito nella vita, nel corpo vivo dello Stato stesso⁷.

⁶ G. DOSSETTI, *Funzioni e ordinamento dello stato moderno. La relazione del 1951: testo e contesto*, (a cura di) E. BALBONI, Vita e pensiero, Milano, 2014.

⁷ «Lo Stato non è creatore, abbiamo detto prima, perché non crea gli uomini e non crea la società, ma fa la società: cioè, data una società con alcune forme primigenie o storicamente cristallizzate, ma che rappresentano ormai un qualcosa di informe rispetto a quello che dovrebbe essere in quel determinato momento storico il compito concreto dell'azione statale, lo Stato deve fare la società, traendo il corpo sociale dall'informe» v. G. DOSSETTI, *Funzioni e ordinamento dello stato moderno. La relazione del 1951: testo e contesto*, op. cit., 2014, 55.

Ogni esclusione, difatti, comporterebbe non solo una perdita di identificazione tra Stato e società, bensì una radicale alterazione del riconoscimento del suo finalismo intrinseco⁸.

L'opera di disconoscimento delle fondamenta dello Stato e delle sue intime sostanze etico-spirituali, prepolitiche, se da un lato ha acuito la frattura organica con le società intra statali e con le persone che in esse proiettano la propria personalità, dall'altro è stata rivelatrice della consapevolezza, oramai generalizzata, che tale costruzione storica (sempre in divenire) non può avere una funzione fuori dal contesto delle “*fortune umane*”, ovvero non può dirsi svincolato dal destino dell'uomo, che ne rappresenta l'inedito oggetto – contenuto in senso ontologico e teleologico.

Non è vera, però, la tesi opposta.

Così, se lo Stato esiste in funzione dell'uomo, il quale ne può modificare, estinguere, costituire ragioni e logiche, oltre che pensarne la sostituzione, rifondarne le basi prepolitiche, gli uomini sopravvivono ad esso mediante la “*sostanza politica*”, partecipando all'essenza ed alla sua organizzazione ma non esaurendosi in esso.

Lo Stato, perciò, esiste e continua ad esistere solo se si integra continuamente, se cioè diventa “*l'insieme dei vissuti, ossia l'oggetto di una relazione di senso, o anche, la forma della vita sociale degli uomini*”¹⁰.

La vita di ogni gruppo umano – e quindi anche dello Stato – si traduce in una continua integrazione tra l'aspetto temporale reale e quello ideale atemporale.

Le dottrine dello stato hanno ad oggetto lo Stato in quanto parte della realtà spirituale.

Come parti della realtà, ogni struttura spirituale collettiva non è sostanza dell'esistenza statica ma costituisce l'unità di senso della vita spirituale.

⁸ G. LAZZATI, *Le relazioni esterne del partito*, relazione tenuta all'assemblea organizzativa della dc dell'8 gennaio 1949, in G. LAZZATI, *Pensare politicamente*, vol. I, pp. 89-97.

⁹ J. FREUND, *Diritto e politica. Saggi di filosofia giuridica*, (a cura di) A. CARRINO, postfazione di A. CAMPI, Esi, Napoli, 1994.

¹⁰ Cfr. G. GOZZI, *La crisi della dottrina dello stato nell'eta' di Weimar*, in G. GOZZI – P. SCHIERA (a cura di), *Crisi istituzionale e teoria dello stato in Germania dopo la prima guerra mondiale*, Bologna, 1987.

Specialmente lo Stato non può dirsi una struttura immobile da cui emanano singole espressioni di vita ma esso esiste, piuttosto, in quanto insieme di connessioni spirituali, senza le quali si ridurrebbe ad un meccanismo produttore di norme o ad un aggregato di singole monadi, rigidi portatori di interessi e bisogni.

Lo Stato, così, esiste solo perché si costruisce nei ed a partire dai singoli, in un continuo processo di consistenza spirituale e formazione progressiva della sua sostanza¹¹.

3. Nuova dommatica per una rilegittimazione dello Stato

Il paradosso della modernità (o post-modernità) risiede nella circostanza che, sebbene lo Stato, volontariamente o coattivamente, anche in ragione di ingovernabili fenomeni globali, abbia ceduto quote considerevoli di potere sia ad entità sub statali sia a soggetti sovranazionali, i quali, però, necessitano della sua presenza o in funzione sussidiaria (Stato territoriale federale o regionale) o in funzione attuativa delle politiche adottate dai livelli superiori (UE), nonostante l'erosione dei suoi elementi fondativi, esso continua a rappresentare ancora un centro di legittimazione essenziale, lo svincolo decisionale necessario dell'accadere e del divenire delle decisioni politiche¹².

¹¹ R. SMEND, *Verfassung und verfassungsrecht*, trad. it., Milano, 1988, pp. 75 – 77; «Lo stato può e deve portare l'uomo con il suo concorso, s'intende - alla felicità: perché lo stato ha per fine il bene comune, il quale non è un'astrazione o una cosa essenzialmente indeterminata, ma è il bonum humanum simpliciter, il bene umanamente pieno di tutti i singoli componenti» V. G. DOSSETTI, *Funzioni e ordinamento dello stato moderno. La relazione del 1951: testo e contesto*, op. cit., 2014, 165 ss.

¹² A questo proposito si può parlare di un vero e proprio svuotamento dello Stato o comunque di una dispersione dei suoi poteri, i quali vengono ceduti a nuovi attori della politica internazionale. Un esempio, in tal senso, è offerto dall'Unione Europea, organo sovranazionale che, secondo alcuni, priva gli Stati membri della loro sovranità.

L'UE pone le basi per una vera e propria autorità sovranazionale: lo prova il fatto che il principale obiettivo è quello di trasferire i poteri dal livello nazionale ad uno sovranazionale; si è infatti giunti alla creazione di una moneta unica, principale simbolo della sovranità di uno Stato, ad una politica estera comune, rappresentata dal Parlamento europeo, e alla creazione di una cittadinanza europea.

Pur se i popoli ne avvertono come inutile la presenza, delegittimandone senso e liturgie, quasi alludendone al preludio, per reazione o per paura, allo Stato è richiesto di intervenire quale garante di una coscienza umana - spirituale contro l'angoscia dell'incertezza e dei tempi.

Così, anche volendone prescindere, il nuovo ordine globale non può fare ancora a meno degli Stati, i quali svolgono una funzione storica moderatrice, di cura e promozione delle libertà e dei diritti, non di mera conservazione e rigenerazione di sé e delle proprie indefettibili strutture e forme, attraverso le reciproche interazioni dei suoi componenti.

Ancora oggi, non ci si è liberati dell'alternativa concettuale tra ridefinizione o erosione dello Stato. Tentando di uscire da questo dilemma si possono individuare tre diverse interpretazioni: c'è chi sostiene l'inevitabile completa estinzione dello Stato, chi percepisce una sua trasformazione e chi considera ancora lo Stato come principale attore della politica internazionale.

Per comprenderle appieno, è innanzitutto opportuno ritornare ai due concetti di fondo di uno Stato: territorialità e sovranità, mettendo in questa sede da parte l'elemento popolo.

Il primo si riferisce al fatto che ogni Stato si incarna in un territorio, cioè occupa una porzione di superficie terrestre e su di essa esercita il potere. Il secondo è più complesso: per sovranità si intende la piena indipendenza di uno Stato il cui potere non è influenzato dall'esterno né da elementi interni.

Sovranità e territorialità stanno subendo una vera e propria erosione che proviene prevalentemente dall'alto, senza trascurare movimenti territoriali sub statali che parimenti privano, dal basso, lo Stato della legittimazione.

La perdita di importanza dello Stato nazionale, che nel secolo della globalizzazione è ormai diventato un protagonista scomodo, il quale non risponde e non si adatta ai cambiamenti imposti da questo fenomeno, ne ha fatto un modello certamente declinante ma non ancora sull'orlo della scomparsa (cfr. Z. BAUMAN, *Globalization. The Human Consequences*, 1998, trad. it. *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Laterza, Roma-Bari 2001, p. 77; U. BECK, *Was ist Globalisierung?*, 1997, trad. it. *Che cos'è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria*, Carocci, Roma 1999).

Il sociologo David Harvey¹³, grande studioso dei processi di trasformazione del postmoderno, mette in evidenza nel suo più importante scritto come la globalizzazione determini una “*deterritorializzazione del territorio*”, ovvero ne escluda le differenze; il territorio si globalizza, e allo stesso tempo si riterritorializza: ciò significa che le diversità territoriali tendono sempre più ad accentuarsi.

In particolare si sofferma su quei cambiamenti che hanno traghettato la società dal sistema economico «fordista» a quello «postfordista», e tuttavia la sua analisi può essere accostata a quella del filosofo Bauman in quanto percepisce la globalizzazione come una «*compressione spazio-temporale*», che agisce sul concetto di territorialità e inevitabilmente lo trasforma¹⁴.

Altri studiosi ritengono, invece, che la globalizzazione eroda la scala territoriale nazionale dando vita a due nuove scale: quella sovranazionale, ossia un potere superiore a quello dello Stato, e infra nazionale, cioè un potere territoriale entro lo Stato che assume sempre più importanza tanto da metterne in pericolo l'unità nazionale.

Queste analisi mettono in evidenza come lo Stato si trovi ormai stretto in una morsa; è schiacciato sia dall'alto che dal basso, nuove territorialità lo privano dell'oggetto sul quale egli esercita il potere.

Il medesimo discorso vale per il concetto di sovranità.

La globalizzazione è causa della parziale dislocazione della sovranità dello Stato, la quale viene ceduta ad organi sovranazionali o micronazionali.

A questo proposito si può parlare di un vero e proprio svuotamento dello Stato o comunque di una dispersione dei suoi poteri, i quali vengono ceduti a nuovi attori della politica internazionale.

In tale senso, le forze di delegittimazione operano sulle società ed in particolare sullo Stato svuotandone le radici, tendendo di prosciugarne le essenze prepolitiche e primordiali, ben consapevoli che ogni costruzione sociale è forma dell'agire umano, soprattutto in senso politico.

¹³ D. HARVEY, *The condition of postmodernity*, 1990, trad. it. *La crisi della modernità*, Il saggiatore, Milano, 1993.

¹⁴ Z. BAUMAN, *Globalization. The human consequences*, op. cit., 2001, p. 77.

Come ogni creazione umana e storica, anche lo Stato può scomparire, per abuso o disuso, delegittimazione o naturale esaurimento dello scopo originario.

L'errore di molti scienziati del diritto e della politica è credere che l'indebolimento, la crisi, l'eclissi dello Stato comporti proporzionalmente e direttamente la fine della politica. Al contrario, essa non appartiene allo Stato, non è parte delle sue strutture o dei suoi organi.

Gli preesiste, pur vivendo nelle sue forme è autonoma ed indipendente, è sostanza e categoria razionale.

Da tempo lo Stato sembra aver abbandonato la sua originaria funzione di proteggere i cittadini contro la violenza interna ed esterna, assumendo il ruolo di orientamento di molteplici e plurali aspetti della loro esistenza per portarli alla felicità, deviando dalla sua peculiare funzione politica¹⁵.

Questa necessaria ed essenziale attività, che dovrebbe coinvolgere tutte le energie statali, consiste nel creare le migliori condizioni di concordia poiché la vita di ogni persona possa svolgersi secondo natura e nel miglior modo possibile.

Così, occupandosi di tutto, lo Stato perde autorità e prestigio, fallendo nella sua funzione essenziale di mediazione.

Sebbene, per dirla con Carl Schmitt, la politica abbia intrinsecamente un'autentica ed ineliminabile componente conflittuale, riducibile alle categorie amico – nemico¹⁶, per effetto dell'esperienza umana che si sostanzia in una dialettica tra identità differenti, oggi, parte del pensiero dottrinale (Freund) avverte l'esigenza di riscrivere il senso della categoria del politico come limite e presupposto dello Stato, affermando che il nesso politica – conflitto sia riducibile, in chiave moderna, ad un metodo epistemologico, razionale, di analisi scientifica piuttosto che ad una componente essenziale.

Ciò anche in ragione della circostanza che lo Stato abbia contribuito, negli ultimi tempi, a regolare e ridurre, se non a neutralizzare, il conflitto interno ed esterno.

¹⁵ J. FREUND, *Diritto e politica. Saggi di filosofia giuridica*, (a cura di) A. CARRINO, (postfazione di) A. CAMPI, Esi, Napoli, 1994.

¹⁶ C. SCHMITT, *Le categorie del "politico"*, Il Mulino, Bologna, 1972.

Non si può, però, come insegna Aristotele, ridurre la politica semplicemente a conflitto; essa contiene la forza, la sostanza per superarlo, *con-tenerlo*, ordinando e componendo il disordine, il caos, mediante quella forza moderatrice di respiro unitario¹⁷.

Il suo fine, infatti, diventa la sintesi delle componenti sociali e tra le singole unità minime che formano e fanno la struttura dello Stato, il cui oggetto mediato non può che essere un moto di conservazione della società ben al di là delle spinte molteplici e plurali.

4. *Considerazioni conclusive a partire dalla tesi di Julien Freund*

Di particolare interesse, pur nel quadro di una teoria conflittuale della politica, sono le ragioni, condivisibili, che spingono taluni autori a trattare prioritariamente la nozione di amicizia piuttosto che quella di inimicizia come elemento essenziale del concetto di politica, ribaltando così la gerarchia stabilita da Schmitt.

Se è vero, spiega il sociologo francese, che le unità politiche tendono a costruire la loro identità in funzione di un nemico, reale o potenziale, è vero anche che la nascita di un'unità politica presuppone come requisito fondamentale la concordia interna.

Non solo, ma è l'amicizia, e non l'inimicizia, a partecipare della finalità del politico, che per Freund è, classicamente, il bene comune, vale a dire la sicurezza esterna, la concordia civile (quindi la pace), la prosperità economica e la sicurezza.

Il concetto di amicizia politica – di chiara matrice aristotelica – ha dunque un significato positivo: l'amico non è semplicemente il non-nemico, bensì, un partner, temporaneo o stabile, con cui condividere un fine determinato.

L'amicizia in senso politico, naturalmente, non va confusa con l'idea di fratellanza umana in senso universalistico, ma va sempre riferita ad una determinata unità politica, ad una collettività, e si esprime in due sole forme: la concordia (intesa aristotelicamente come presupposto della giustizia e fondamento di legittimità della singola unità politica) e l'alleanza (che invece riguarda le relazioni tra Stati, ha

¹⁷ ARISTOTELE, *Politica e costituzione di Atene*, (a cura di) di C.A. VIANO, UTET, Torino, 1955.

natura contrattuale e concerne l'impegno che due o più unità politiche sovrane assumono reciprocamente)¹⁸.

Se è vero, allora, per Schmitt, che la politica non può essere neutrale, non può affidarsi al discorso (al logos) o alla tecnica come vorrebbe il liberalismo, causa della deriva passiva del moderno, ma deve entrare nel “*negativo*”, deve cioè farsi polemica e conflitto, si dovrebbe ipotizzare che in assenza di conflitto essa non abbia più alcuno scopo, alcuna funzione neppure legittimante lo Stato¹⁹.

Così opinando, nell'assenza attuale di ordine, la politica dovrebbe essere la sola sostanza prestatata a comprimere, se non a neutralizzare, ogni tipologia di conflitto, essendo per definizione forza ordinatrice²⁰.

Mentre Schmitt ha il merito di ricordarci, in un'epoca imbevuta di facili pacifismi ed universalismi, il lato oscuro della politica, ovvero quanto in essa c'è di costitutivamente grave e serio, di tragico, di doveroso, di potenzialmente oscuro, Freund invece, benché consapevole che l'intrinseca conflittualità, la dialettica antinomica, la discordia e l'inimicizia rappresentino il motore della politica – come Machiavelli, Hobbes, Marx, Simmel e Weber anch'egli aderisce alla dottrina del *realismo politico* – assume come elemento descrittivo e fenomenologico quello dell'aspetto della “*banalità del conflitto perenne*”, consolidando l'elemento della concordia come rappresentazione del bene comune²¹.

¹⁸ J. FREUND, *L'essence du politique* (1965), Sirey, Parigi, 1983, p. 478.

¹⁹ Per Schmitt la politica si informa alla logica di contrapposizione amico/nemico come criterio dimensionale e relazionale. Secondo questa ottica tra tutte le opposizioni quella politica viene considerata la più estrema ed intensa, basandosi sull'elemento del nemico: «*In origine il nemico non ha radici nell'io, è l'hostis, marchiato a fuoco dalla differenza assoluta*» (C. SCHMITT, *Ex captivitate salus*, Adelphi, Milano, 1987, p. 104).

²⁰ Sul punto il richiamo è da farsi alla nota citazione «*Non abbiamo bisogno di una politica tiepida e ingiusta ma di una politica che sia intensamente umana*» (A. MORO, *Il fine è l'uomo*, Edizioni di comunità, Perugia, 2018).

²¹ Il realismo politico rappresenta, sin da Tucidide, il più antico e importante approccio allo studio delle relazioni internazionali e delle dottrine politiche. Gli esponenti di questa tradizione politico-filosofica permeano secoli di storia: da Tucidide a Machiavelli a Hobbes fino alla tradizione diplomatica bismarckiana per poi giungere ai più contestati Weber e Schmitt.

Poche volte, tuttavia, il realismo politico è riuscito a conseguire una compattezza teorica, simile quasi a una ‘*scuola*’.

La politica, in sintesi, non solo muta col divenire delle trame della storia, anche in ragione della configurazione e delle esigenze della società e dei suoi rapporti, ma assume forza e maggior vigore laddove, nel rispondere alle sollecitazioni esterne, è chiamata ad esercitare, nella dinamica relazionale, ogni sorta di composizione e mediazione ben oltre l'esteriorità delle forme di organizzazione sociale.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

ACUTI E., *Antropologia filosofica e realismo politico: gli stati uniti e la guerra fredda*, in annali del dipartimento di filosofia (nuova serie), XV (2009), pp. 163-218; ARISTOTELE, *Politica e costituzione di Atene*, (a cura di) di C.A. VIANO, UTET, Torino, 1955; ARISTOTILE, *Politica*, III, 5; BAUMAN Z., *Globalization. The Human Consequences*, 1998, trad. it. *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Laterza, Roma-Bari 2001, p. 77; BECK U., *Was ist Globalisierung?*, 1997, trad. it. *Che cos'è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria*, Carocci, Roma 1999; DOSSETTI G., *Funzioni e ordinamento dello stato moderno*.

Nel linguaggio politico corrente il termine “realismo” tende ad assumere almeno due diversi significati.

Da un lato, è inteso, con accezione perlopiù negativa, come sinonimo di cinismo amorale, di opportunismo e di esaltazione del diritto del più forte. E, come tale, è avvertito come un pericoloso strumento al servizio dei potenti.

Dall'altro, richiama invece quel particolare orientamento di pensiero che, in contrasto a ogni costruito ideologico e utopico, intende far esclusivo riferimento ai vincoli oggettivi posti dalla realtà, traducendosi in un atteggiamento polemico sia verso le retoriche del potere, sia verso ogni assolutizzazione di valori. In questa prospettiva, il “realismo” diviene un'arma efficace contro le manipolazioni e le falsificazioni della politica.

In virtù della molteplicità dei modi di intendere il principio di realtà, il realismo politico tende però ad assumere connotazioni anche molto diverse tra loro. Si può infatti parlare di un realismo ad uso dei progressisti, cioè di un realismo che, a partire da un'accurata analisi dei rapporti sociali, economici e politici, si pone come strumento di superamento delle fonti tradizionali di legittimazione politica e, insieme, come strumento di correzione delle ingiustizie. Ma si può anche parlare di un realismo ad uso dei conservatori, cioè di un realismo che, a partire da una concezione antropologica negativa e dalla constatazione dell'immutabilità dell'animo umano, tende a promuovere la salvaguardia dello *status quo*.

In argomento, v. E. ACUTI, *Antropologia filosofica e realismo politico: gli stati uniti e la guerra fredda*, in annali del dipartimento di filosofia (nuova serie), XV (2009), pp. 163-218.

La relazione del 1951: testo e contesto, (a cura di) E. BALBONI, Vita e pensiero, Milano, 2014; FREUND J., *L'essence du politique* (1965), Sirey, Parigi, 1983, p. 478; FREUND J., *Diritto e politica. Saggi di filosofia giuridica*, (a cura di) A. CARRINO, (postfazione di) A. CAMPI, Esi, Napoli, 1994; GOZZI G., *La crisi della dottrina dello stato nell'eta' di Weimar*, in G. GOZZI – P. SCHIERA (a cura di), *Crisi istituzionale e teoria dello stato in Germania dopo la prima guerra mondiale*, Bologna, 1987; GUELI V., *Elementi di una dottrina dello stato e del diritto come introduzione al diritto pubblico*, Foro italiano, Roma, 1959; HARVEY D., *The condition of postmodernity*, 1990, trad. it. *La crisi della modernità*, Il saggiatore, Milano, 1993; KELSEN H., *La dottrina pura del diritto* (arch. giur., 1933), in noviss. dig., vol. XVIII, Torino, UTET, 1971; KISSINGER H., *Nuovo ordine mondiale*, Mondadori saggi, Milano, 2015; LAZZATI G., *Le relazioni esterne del partito*, relazione tenuta all'assemblea organizzativa della dc dell'8 gennaio 1949, in G. LAZZATI, *Pensare politicamente*, vol. I, pp. 89-97; MORO A., *Il fine è l'uomo*, Edizioni di comunità, Perugia, 2018; SCHMITT C., *Le categorie del "politico"*, Il Mulino, Bologna, 1972; SCHMITT C., *Ex captivitate salus*, Adelphi, Milano, 1987, p. 104; SMEND R., *Verfassung und verfassungsrecht*, trad. it., Milano, 1988, pp. 75 – 77; VON GIERKE O., *Das deutsche genossenschaftsrecht*, akademische druck-u. Verlagsanstalt in graz, rist. 1954.

ABSTRACT

Il presente lavoro muove dalla consapevolezza che la crisi dell'attuale configurazione dello Stato abbia coinvolto non solo ciascuno dei suoi elementi costitutivi (popolo, territorio, potere sovrano), ma anche le strutture di apparato che rappresentano la forma con cui esso traduce in atti l'esercizio della titolarità delle potestà ancora ad esso riservate.

Al di là e ben oltre il fenomeno della globalizzazione, che in ogni caso, mediante le sue profonde interdipendenze ed i nessi economico-tecnologici ha divelto ogni confine (*limes*) fisico e territoriale tra Stati, l'esaurimento del valore e della funzione statale è coinciso, in particolare, con l'eclissi della sua "*sostanza politica*".

The present work moves from the realisation that the crisis of the current configuration of the State has involved not only each of its constituent elements (people, territory, sovereign power), but also the structures of the apparatus that represent the form with which it translates into acts the exercise of the powers still reserved to it.

Beyond and well beyond the phenomenon of globalization, which in any case, through its profound interdependencies and economic-technological links has torn down every physical and territorial boundary (limes) between states, the extinction of the value and function of the state has coincided, in particular, with the eclipse of its "political substance".

IVAN CUOCOLO*

MA LE STREGHE POSSONO VOLARE? *PROLEGOMENA* AL
CONGRESSO NOTTURNO DI GIROLAMO TARTAROTTI

SOMMARIO: 1. L'«angusta contrada» di Rovereto. - 2. Ideazione dell'opera. - 3. Il *Congresso notturno delle lammie*. - 4. L'identità della moderna stregoneria con l'antica “società di Diana”. - 5. Apologia dell'Inquisizione romana. - 6. L'impossibilità del sabba. - 7. Un'antica questione. - 8. Il *crimen magiae* e la sua “realità”. - 9. Conclusioni.

1. *L'«angusta contrada» di Rovereto*

Girolamo Tartarotti nacque a Rovereto il 5 gennaio del 1706 da Camilla Olimpia Volani, di famiglia nobile e da Francesco Antonio, giurisperito che aveva avuto una buona carriera nella vita pubblica della città. La “provincialità” della sua città di nascita non gli impedì di intrattenere importanti legami epistolari con molti intellettuali italiani ed europei dell'epoca, da Venezia, a Roma, da Vienna a Innsbruck, da Utrecht a Parigi¹. Rovereto faceva parte all'epoca dell'Impero asburgico, era stata conquistata a Venezia dall'imperatore Massimiliano I ai tempi della lega di Cambrai, e costituiva una sorta di zona franca grazie alla sua importanza strategica. La città godeva perciò di un regime amministrativo peculiare, diverso da quello vigente negli altri territori trentini imperiali. Intorno alla metà del XVIII secolo stava inoltre conoscendo un momento di particolare sviluppo, legato per l'appunto a quel suo particolare assetto politico.

Sebbene lo studioso avesse tentato più volte di trasferirsi altrove, in luoghi più “centrali” da un punto di vista politico e culturale, le limitate possibilità economiche, un temperamento indipendente e probabilmente spigoloso che lo portò spesso a scontrarsi con i propri mecenati, fecero sì che risiedesse quasi tutta la vita nella sua città natale, ch'egli definiva «l'angusta mia stretta contrada».

Tartarotti aveva studiato infatti un anno a Padova tra il '25 e il '26, e soggiornò per un certo tempo anche a Verona, dove conobbe, tra gli altri,

* Dottore di ricerca in Storia del diritto medievale e moderno, Università di Napoli “Parthenope”.

¹ M. FARINA, *Antonio Rosmini e l'Accademia degli Agiati*, Brescia 2000, pp. 9-14.

Scipione Maffei. Si era trasferito per breve tempo a Innsbruck col proposito, presto abbandonato, di lavorare come precettore. Fra il 1738 e il 1739 fu a Roma come bibliotecario del cardinal Domenico Silvio Passionei, ma contrasti con il porporato lo indussero a tornare nella città natale. Dal 1741 al 1743 fu al seguito del futuro doge Marco Foscarini. A causa di dissensioni anche con quest'ultimo ritornò definitivamente a Rovereto.

Un'importante collaborazione fu quella con Ludovico Antonio Muratori, che lo vide pubblicare, nel venticinquesimo tomo dei *Rerum Italicarum scriptores*, la propria esposizione alla cronaca di Andrea Dandolo, correggendone anche le fonti documentarie. Negli ultimi anni si interessò alla vita del beato martire Adalpreto, vescovo di Trento, dimostrando l'infondatezza della venerazione dei trentini². La morte lo colse infine nella stessa città di nascita il 16 maggio 1761, dove col tempo aveva raccolto un'importante biblioteca³.

2. Ideazione dell'opera

Girolamo Tartarotti cominciò a concepire il primo progetto del *Congresso notturno delle Lammie*, la sua opera più importante, sin dal 1738⁴. Sappiamo inoltre, da una lettera inviata da Venezia nel settembre del 1743 al cugino Francesco Giuseppe Rosmini, che quell'inverno avrebbe voluto trascorrerlo in tranquillità, per «stendere una dissertazione sopra il banchetto notturno delle streghe col demonio, che da noi si chiama “andar in striozzo”, per mostrare come tutta questa faccenda non è che una mera illusione della fantasia»⁵.

² Tartarotti espose le proprie deduzioni nella *Lettera intorno alla santità e martirio di Alberto vescovo di Trento*, del 1754. Le successive *Notizie storico-critiche intorno al B.M. Adalpreto vescovo di Trento* vennero addirittura condannate al rogo dal principe vescovo Francesco Felice Alberti di Enno nel 1761.

³ Cfr. G. BALDI, *La Biblioteca civica Girolamo Tartarotti di Rovereto: contributo per una storia*, Trento 1995.

⁴ M. BERENGO, *Girolamo Tartarotti. Nota introduttiva*, in *La letteratura italiana - Storia e testi*, vol. XLIV, tomo V *Politici ed economisti del primo Settecento*, Milano-Napoli 1978, p. 326.

⁵ *Lettera inedita di Girolamo Tartarotti a Francesco Rosmini-Serbati*, pubblicata da Giovanni Prati per le nozze Pizzini-Tacchi, Trento 1879, citato in G. THOMAS, *Tartarotti e le streghe*, in «Atti della Accademia Roveretana degli Agiati» 213, Serie VI, vol. IV, Rovereto 1964, p. 44.

Nel 1745, durante la gestazione del libro, veniva pubblicato, presso l'editore Giambattista Pasquali di Venezia, un interessante scritto di Ludovico Antonio Muratori, che colpì non poco l'interesse dello studioso roveretano: *Della forza della fantasia umana*. Nel capitolo decimo intitolato *Della forza della Fantasia attribuita alla Magia*, lo studioso modenese passava rapidamente in rassegna i tanti casi di immaginazione e isteria che portavano a credere nelle presenza delle streghe e nelle operazioni magiche⁶. Partendo dagli scritti delle grandi autorità teologiche, Sant'Agostino *in primis*, Crisostomo, San Filastrio, Cassiano, lo storico modenese cominciava col confutare l'opinione secondo cui «si potea dare questo esecrando commercio fra gli Spiriti cattivi e gli Uomini». Opinione che «oggi sono in tal maniera screditate, che non v'ha più se non la gente rozza che se le bee con facilità, e le crede, come fa di tant'altre vanissime relazioni e fole»⁷. Anche gli esorcismi – sebbene con una buona dose di prudenza – venivano significativamente annoverati fra quei casi: «Han certamente essi esorcisti il potere da Dio di guarire i veri ossessi; ma hanno anche la disgrazia di farne saltar fuori de gl'immaginarj»⁸. Lo stesso scetticismo lo storico esprimeva nei confronti dei sortilegi e delle fatture: «Troppo infelice sarebbe il genere umano, se fosse in mano altrui colla sola volontà e con sole occhiate l'avvelenar chi è sano»⁹. Tuttavia, nella descrizione di quei fenomeni che oggi definiremmo “paranormali”, lo studioso modenese manteva sempre un atteggiamento piuttosto prudente e moderato. Un contegno che non sarebbe passato inosservato all'attenzione di Tartarotti. Il 6 dicembre 1745, infatti, quest'ultimo scriveva al conte veronese Ottolino Ottolini esprimendo le proprie impressioni sul libriccino di Muratori. Pur condividendo la tesi fondamentale che la credenza nella stregoneria non avesse basi solide su cui poggiare, muoveva alcune critiche all'impostazione muratoriana. In particolare – secondo lo studioso roveretano – Muratori aveva liquidato quella superstizione come un'opinione «assai più fallita di quello ch'ella sia di fatto». Una confutazione troppo mite, considerando che in Germania e in quelle stesse contrade tridentine si continuava da almeno un paio di secoli a incarcerare e mandare al rogo donne, spesso ree confesse, con l'accusa di stregoneria. Una

⁶ L.A. MURATORI, *Della forza della fantasia umana trattato di Lodovico Antonio Muratori, bibliotecario del serenissimo signor duca di Modena*, Venezia 1745, pp. 126-139.

⁷ Ivi, pp. 127-128.

⁸ Ivi, p. 134.

⁹ Ivi, p. 137.

situazione tragica che non poteva ammettere tiepidezze o comportamenti da «cortigiano», restando eccessivamente sul vago. Bisognava invece contestare recisamente le opinioni di chi continuava a credere nell'esistenza delle streghe e dei sabba, «sventare tutte le obiezioni degli avversari, acciocché il lettore, vedendo il dritto ed il rovescio d'ogni cosa, sia necessitato a cedere alla ragione ed abbandonare il comune pregiudizio»¹⁰.

Il 23 novembre il Nostro scriveva nuovamente ad Ottolini, per fare il punto della situazione e descrivere il lavoro fin lì svolto:

«stò lavorando un intero trattato in materia del Congresso Notturmo delle streghe; [...] esamino la cosa ab ovo; ma nulla si farebbe quando non si prendesse per mano Martino Del Rio che è stato ed è ancora in qualche luogo la pietra dello scandolo presso i giudici. Sicché metà del libro sarà impiegata in rivedere i conti a quel autore e a scoprire le sue magagne»¹¹.

Comunque fosse, nel '47 lo studioso roveretano aveva terminato il lavoro, e inviava il materiale alla censura per ottenere il permesso di pubblicazione. Nel 1749 l'opera usciva a Venezia, con la falsa indicazione di Rovereto, ma col nome del libraio veneziano Giambattista Pasquali, lo stesso del libello di Muratori.

3. *Il Congresso notturno delle lammie*

Dopo la dedica al conte Ottolino Ottolini, gentiluomo veronese, e una introduzione in cui Girolamo Tartarotti passava in rassegna le principali opere che si erano occupate di stregoneria, il trattato partiva *ab ovo*, esaminando l'opinione degli antichi in quella materia. Facendo riferimento ad alcune tradizioni ebraiche, lo studioso narrava la leggendaria figura di Lilith, prima compagna di Adamo, precedente alla creazione di Eva, la quale, non andando d'accordo col marito, era scappata via. Dio le aveva inviato, perciò, tre angeli per convincerla, sotto la minaccia di uccidere i suoi figli, a tornare dal compagno. Lilith aveva invece preferito la libertà,

¹⁰ M. BERENGO, *Girolamo Tartarotti*, cit., p. 326.

¹¹ Citato in D. PROVENZAL, *Una polemica diabolica del secolo XVIII*, Rocca San Casciano 1901, p. 8.

affermando d'essere stata creata proprio per molestare i lattanti, a meno che non avesse trovato accanto a loro il nome di quei tre messaggeri¹².

Il nome di Lilith si ritrovava citato una volta sola nelle Scritture, in Isaia (34,14), nella Vulgata tradotto con «ibi cubat *lamia* et invenit sibi requiem», sebbene nel testo ebraico si parli esplicitamente di Lilith. Infatti nella traduzione CEI più recente (2008) troviamo la versione: «là si poserà anche Lilit e vi troverà tranquilla dimora», che corregge la vecchia trasposizione CEI del 1974 che stemperava non poco la “drammaticità” del passo biblico: «vi faranno sosta anche le civette e vi troveranno tranquilla dimora». Già San Girolamo, dunque, associava quel demone che attentava alla vita dei bambini con l'immagine della strega (*lamia*).

Da qui lo studioso roveretano passava ad analizzare la figura della strega nelle civiltà greca e latina. Giove, innamoratosi di Lammia (Λάμια), figlia di Belo, decise di rapirla, trasportandola dalla Libia all'Italia. Qui generò con essa diversi figli, ma Giunone, accortasi del tradimento, uccise tutta la prole nata da quell'unione clandestina, e da allora Lammia per rabbia cominciò ad uccidere i bambini delle altre donne¹³. Trattando dei Latini lo studioso si soffermava inoltre sulla figura della *strix*, un uccello del tutto simile alla civetta che – si diceva – volasse di notte sopra le culle per succhiare il sangue ai bambini¹⁴. Come si può osservare, l'intellettuale roveretano rilevava nel *crimen* contro i bambini una delle caratteristiche peculiari della strega. Un delitto che – insieme alla profanazione dei sacramenti, all'adorazione del diavolo, al congresso notturno, ecc. – sarebbe stato fondamentale nella definitiva formazione della fattispecie criminalistica nei primi decenni del Quattrocento¹⁵.

Nell'Alto Medioevo – rilevava Tartarotti – erano state proprio le autorità pubbliche a dover porre un freno alle violenze private perpetrate contro presunte streghe, mettendo in evidenza quanto simili ingiustificabili

¹² G. TARTAROTTI, *Del congresso notturno delle Lammie libri tre di Girolamo Tartarotti Roveretano. S'aggiungono due dissertazioni epistolari sopra l'arte magica*, Rovereto [Venezia] 1749, p. 2.

¹³ Ivi, pp. 4-5.

¹⁴ Ivi, p. 8.

¹⁵ Cfr. esemplificativamente AA.VV., *Le inquisizioni cristiane e gli ebrei*, Atti della tavola rotonda nell'ambito della conferenza annuale della ricerca (Roma 20-21 dicembre 2001), Roma 2003, p. 432; A. DEL COL, *L'inquisizione in Italia. Dal XII al XXI secolo*, Milano 2006, p. 195; D. CORSI, *Diaboliche, maledette e disperate. Le donne nei processi per stregoneria (secoli XIV-XVI)*, Firenze 2013, p. 22.

brutalità, frutto della stupidità, dell'ignoranza e della superstizione, venissero dal «popolaccio, o d'altre persone furiose, e irragionevoli» e non già, come invece avveniva in Europa ai suoi giorni e da oramai molti secoli, per «decreto di legittimo Giudice»¹⁶. Ce ne dà una prova¹⁷ citando sia un capitolo dall'Editto di Rotari:

«Nullus praesumat alidiam alienam aut ancillam quasi Strigam, quem dicunt mascam, occidere: quod christianis mentibus nullatinus credendum est nec possevilem, ut mulier hominem vivum intrinsecus possit comedere»¹⁸,

sia un capitolare carolingio, in cui si condannavano alla pena capitale coloro i quali, credendo alle streghe, le bruciavano e ne mangiavano le carni:

«Si quis a diabolo deceptus crediderit, secundum morem paganorum, virum aliquem, aut feminam Strigam esse, et homines comedere; et propter hoc ipsum incenderit, vel carnem ejus ad comedendum dederit, vel ipsam comederit; capitulis sententia punietur»¹⁹.

L'analisi dello studioso proseguiva analizzando le leggi e le dottrine sulla materia che si erano prodotte nelle diverse regioni d'Europa, dalla Germania all'Inghilterra, dalla Francia al Regno di Napoli, da Venezia alla Spagna²⁰. Né mancava nella sua indagine l'analisi delle più svariate superstizioni popolari, condivise spesso da uomini assennati e dotti²¹.

Tartarotti individuava nel Trecento il momento di formazione della fattispecie giuridico-criminalistica della “stregoneria”. Proprio durante quel secolo cominciò a delinearsi la disciplina di quella materia: dall'essere considerata una semplice illusione diabolica, da curare con le correzioni dottrinali dei vescovi e, tutt'al più, con l'aiuto della medicina, passò ad essere un crimine reale da punire con il rogo, con l'aggravante

¹⁶ G. TARTAROTTI, *Del congresso notturno*, cit., p. 36.

¹⁷ Ivi, pp. 11-12.

¹⁸ Edictum Rotharis regis CCCLXXVI, in C. BAUDI DI VESME (cur.), *Historiae patriae Monumenta. Edita inssu Regis Caroli Alberti. Edicta Regum Langobardorum*, Augusta Taurinorum 1855, vol. 8, p. 78.

¹⁹ *Capitulatio Caroli M. pro partibus Saxoniae cap. 5. apud Holstenium*, in C. DU FRESNE DU CANGE ET ALII, *Glossarium mediae et infimae latinitatis*, Parisiis 1846, vol. VI, p. 390.

²⁰ G. TARTAROTTI, *Del congresso notturno*, cit., pp. 12-29.

²¹ Ivi, p. 34.

dell'imputazione di eresia²². Ma sarebbe stato solo durante il Quattrocento che «per tutta Europa si incominciò à infierire contra le Streghe; [...] si continuò tutto il seguente, ed anche dappoi»²³, con una lunga serie di carneficine di povere innocenti. Ed era significativo – notava lo studioso con una malcelata punta di sarcasmo – che «questi spessi abbruciamenti però in luogo d'estirpare cotal peste, pare l'accrescessero di molto»²⁴...

Sebbene la volgare superstizione, che, soprattutto in Germania, attribuiva alle streghe tutti i mali del mondo, venisse spesso confutata dall'intervento di autorevoli, e razionalmente inoppugnabili, voci di dissenso, queste ultime restavano per lo più inascoltate se non addirittura messe rudemente a tacere, perché considerate una sorta di malcelata connivenza con l'eresia della setta stregonica, tanto che «la procella contra le streghe» a metà Settecento era ancora in atto²⁵. A partire dal XV secolo si erano dunque formati due veri e propri “partiti” teologico-giuridici sulla materia: quello che – sulla scorta del cosiddetto *Canon Episcopi*²⁶ – considerava il sabba una semplice illusione, qualunque eziologia avesse; e quello che considerava il *crimen* di stregoneria una realtà concreta.

4. L'identità della moderna stregoneria con l'antica “società di Diana”

Secondo Tartarotti il moderno sabba delle streghe derivava dalla mescolanza di diversi miti che si erano andati fondendo insieme con il passare dei secoli. Nel congresso notturno, infatti, lo studioso ritrovava elementi «della Lilith degli Ebrei, della Lamia, e delle Gellone de' Greci, delle Strigi, Saghe, e Volatiche de' Latini». A queste figure della mitologia antica l'abate di Rovereto affiancava anche la leggenda affermata sin dall'Alto Medioevo della «brigata notturna», che, come «scorta di Diana o Erodiade si supponeva una volta per tutta Europa andasse girando la notte»²⁷. E vi erano numerose prove letterarie che permettevano di

²² Ivi, p. 36.

²³ Ivi, p. 40.

²⁴ Ivi, p. 41. Lo studioso roveretano sarebbe ritornato più volte su questo punto: «là più abbondano le Streghe, ove più si gastigano», p. 119 e *passim*.

²⁵ Ivi, pp. 46-48.

²⁶ Fondamentale fonte canonistica in merito al *crimen* di stregoneria era il cosiddetto *Canon Episcopi*, dal nome che avrebbe assunto nel *Decretum* di Graziano (II parte, C. 26, q. 5, c. 12).

²⁷ G. TARTAROTTI, *Del congresso notturno*, cit., p. 50.

identificare quella che nei secoli a cavallo dell'anno 1000 si chiamava la «compagnia di Diana» con i moderni congressi notturni delle streghe, condannati come crimine solo a partire dal Quattrocento²⁸.

La “società di Diana”, narrata nel già menzionato *Canon Episcopi*, era stata delineata chiaramente in un passo del *De synodalibus causis et disciplinis ecclesiasticis*²⁹, opera del 906 circa del monaco benedettino Reginone di Prüm. Questo brano, attraverso Burcardo di Worms e Ivo di Chartres, era giunto fino a Graziano³⁰. In quel passaggio, che con molta probabilità riprendeva e rielaborava un capitolare franco³¹, si davano istruzioni ai preti in merito all'atteggiamento da tenere nei confronti di quelle cattive donne (*sceleratae mulieres*), per lo più donnuciole (*mulierculae*), che si erano lasciate sviare da illusioni e seduzioni diaboliche (*post satanam conversae, daemonum illusionibus et phantasmatis seductae*), credendo di cavalcare di notte su varie bestie per lunghi tratti al seguito e al servizio della dea Diana:

*«credunt se et profitentur nocturnis horis cum Diana paganorum Dea et innumera multitudine mulierum equitare super quasdam bestias, et multa terrarum spatia intempestae noctis silentio pertransire, eiusque iussionibus velut dominae obedire, et certis noctibus ad eius servitium evocari»*³².

La «moderna credenza del volgo» nella setta delle streghe era – secondo l'intellettuale roveretano – «veramente la stessa che l'antica, alterata solo in

²⁸ Ivi, pp. 52-55 *passim*.

²⁹ REGINONIS ABBATIS PRUMIENSIS, *De synodalibus causis et disciplinis ecclesiasticis*, liber II, c. CCCLXXI, ed. Lipsiae 1840, p. 354: «De mulieribus, quae cum daemonibus se dicunt nocturnis horis equitare». Secondo lo storico Ettore Verga una narrazione della “società di Diana” prima di Reginone si troverebbe già in una vita di S. Damaso, di dubbia autenticità: cfr. E. VERGA, *Intorno a due inediti documenti di stregoneria milanese del secolo XIV*, in «Rendiconti del Regio Istituto storico lombardo di scienze e lettere» s. II, 32 (1890), p. 168.

³⁰ Cfr. BURCHARDI WORMACIENSIS ECCLESIAE EPISCOPI, *Decretorum Libri Viginti*, liber X *De incantatoribus et auguribus*, Cap. 1, in P.L. 140, Lutetiae Parisiorum 1853, pp. 831-833; cfr. D. IVO CARNOTENSIS EPISCOPUS, *Decretum*, liber XI, cap. 30, in P.L. 161, Lutetiae Parisiorum 1855, pp. 752-753. Graziano aveva inserito il brano di Reginone nel suo *Decretum*, assumendo – come abbiamo visto – il nome con cui era comunemente conosciuto: *Canon Episcopi*.

³¹ E. BALUZE, *Capitularia Regum francorum*, Parisiis 1677, vol. II, cap. Fragmenta capitularium, § *De sortilegis et sortiariis*, pp. 365-366. Cfr. C. GINZBURG, *Il filo e le tracce. Vero, falso, finto*, Milano 2006, p. 277.

³² REGINONIS ABBATIS PRUMIENSIS, *De synodalibus causis*, cit., p. 355.

qualche parte, massime circa il nome della guida e capo di tutto il congresso; [...] ma sotto il velame della moderna s'appiatti»³³. Non a caso molti trattatisti, parlando della moderna stregoneria, l'avevano definita *ludus Dianae*³⁴.

«Le nostre Streghe sono una derivazione, e propagine dell'antiche seguaci di Diana, e di Erodiade, e che il delitto dell'une e dell'altre in sostanza è lo stesso. Lo stesso adunque dee essere anche il gastigo. Niuno s'immaginò allora di confonder quelle fanatiche danzatrici co' Maghi, ed alle pene de' Maghi farle soggiacere. Si correggevano discretamente, si ammonivano con carità»³⁵.

Alla veridicità di quei fantasiosi racconti si erano sempre opposti – puntualizzava lo studioso – le persone savie di ogni paese, confutando così sbrigativamente anche l'argomento del *consensus gentium*. Questa del consenso diffuso era stata la tesi fondamentale del trattato *Strix sive de ludificatione daemonum* del 1523 di Giovanfrancesco Pico della Mirandola, che aveva avuto nel Cinquecento una notevole influenza sulla credenza nelle streghe, sostenendo ideologicamente la loro caccia³⁶.

Se si analizzavano quindi con attenzione le antiche leggende latine non si poteva negare che solo il «popolaccio ignorante, e le donnicciuole insensate» sin dall'antichità avevano dato credito a simili racconti³⁷. La strategia argomentativa di Tartarotti era quella di mostrare che, se l'antica credenza nella compagnia di Diana era derisa come sciocca superstizione da tutte le persone dotte, era assurdo che la sua evoluzione, la stregoneria moderna, venisse ai suoi tempi creduta reale da troppi studiosi e da troppi

³³ G. TARTAROTTI, *Del congresso notturno*, cit., p. 53.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Ivi, pp. 165-166.

³⁶ Ivi, p. 50. Il *De ludificatione daemonum*, scritto in latino, fu tradotto dall'inquisitore domenicano Leandro Alberti in volgare nel 1524 (pubblicato a Bologna), al fine di dare massima divulgazione agli argomenti favorevoli alla realtà della stregoneria e dunque alla necessità della sua persecuzione. Cfr. G. FEDERICI VESCOVINI, *Gianfrancesco Pico, la vanità dell'astrologia e la stregoneria*, in P. CASTELLI (cur.), *Giovanni e Gianfrancesco Pico. L'opera e la fortuna di due studenti ferraresi*, Firenze 1998, pp. 213-228; W. STEPHENS, *Gianfrancesco Pico e la paura dell'immaginazione: dallo scetticismo alla stregoneria*, in «Rinascimento» II s., XLIII (2003), pp. 49-74; ID., *Skepticism, Empiricism, and Proof in Gianfrancesco Pico della Mirandola's Strix*, in «Magic, Ritual and Witchcraft» XI (2016), pp. 6-29; L. PAPPALARDO, *Credere alla streghe per credere a Dio. A margine della Strix sive de ludificatione daemonum di Gianfrancesco Pico della Mirandola*, in «Rinascimento» LVII (2017), pp. 201-229.

³⁷ G. TARTAROTTI, *Del congresso notturno*, cit., p. 62.

magistrati, che ancora si ostinavano a perseguire e condannare tante povere innocenti. Anzi, nei tempi in cui lo studioso roveretano scriveva, erano proprio i cosiddetti “dotti” e i giudici a prestare fede a simili assurdità³⁸. E non era tutto: se le streghe erano una realtà, come mai solo negli ultimi secoli si era cominciato a identificarle e a perseguirle?³⁹ Erano questioni che di fatto lasciavano poco spazio ad obiezioni. Non per nulla uno degli argomenti utilizzati dai demonologi per accreditare l'esistenza moderna delle streghe era dimostrare una netta discontinuità fra la vecchia società di Diana e la moderna stregoneria⁴⁰.

La *vis* polemica di Tartarotti era rivolta soprattutto nei confronti del giurista e teologo gesuita Martino Delrio⁴¹. Pur apprezzandone la vasta dottrina e la grande cultura, l'abate roveretano respingeva *in toto* le tesi del gesuita fiammingo, servendosi anche dell'autorevole opinione di Andrea Alciato⁴², e dedicava quasi l'intero terzo libro del *Congresso notturno* alla demolizione delle posizioni e della maniera di argomentare del gesuita, considerato il principale sostegno teorico alla caccia alle streghe.

5. *Apologia dell'Inquisizione romana*

Con la stessa passione con cui aveva confutato quei giuristi e quei demonologi che sostenevano la realtà della stregoneria, Girolamo Tartarotti prendeva le difese anche del «veneratissimo e prudentissimo Tribunale della Sacra Inquisizione di Roma», il quale – secondo lo studioso roveretano – «con tanta moderazione e cautela» aveva affrontato quella materia giuridica. Va evidenziato che nella propria disamina Tartarotti non faceva differenza fra le procedure inquisitoriali tardomedievali e la Sacra Congregazione della romana e universale inquisizione, istituita da papa Paolo III tramite la bolla *Licet ab initio* del 1542. Lo studioso infatti, fra le

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ivi*, p. 51.

⁴⁰ *Ivi*, pp. 55-62.

⁴¹ Nato ad Anversa il 17 maggio 1551, da famiglia di antica origine spagnola, aveva studiato a Lovanio, Magonza e Salamanca, dove aveva conseguito il dottorato in legge nel 1574. Morì a Lovanio il 19 ottobre 1608. Il suo trattato *Disquisitionum magicarum libri sex* rappresentava uno dei principali bersagli polemici del trattato di Girolamo Tartarotti: cfr. J. MACHIELSEN, *Martin Delrio. Demonology and Scholarship in the Counter-Reformation*, Oxford 2015.

⁴² G. TARTAROTTI, *Del congresso notturno*, cit., pp. 59-60.

grandi persecuzioni inquisitoriali, menzionava solo quelle che si erano consumate fra la fine del XV e gli inizi del XVI secolo: a Como nel 1845⁴³, in Valcamonica nel 1518⁴⁴, a Mirandola nel 1523⁴⁵.

La bolla *Summis desiderantes affectibus*⁴⁶ di Innocenzo VIII riconosceva effettivamente l'esistenza della “setta” delle streghe, ma ciò era dovuto – secondo Tartarotti – alle terribili narrazioni che arrivavano al sommo pontefice dagli inquisitori Enrico Institore e Giacomo Sprenger, i quali, attraverso la tortura giudiziaria, raccoglievano innumerevoli “confessioni”, che dimostravano la gravità della situazione⁴⁷. Lo stesso discorso – puntualizzava lo studioso – valeva per gli altri documenti papali contro la stregoneria, come fu, ad esempio, la *ad Inquisitorem comensem* di Adriano VI⁴⁸.

⁴³ Ivi, pp. 41-42.

⁴⁴ Ivi, pp. 43-45.

⁴⁵ Ivi, p. XXI.

⁴⁶ Bolla del 5 dicembre 1484, nella quale il pontefice esprimeva la propria preoccupazione per la diffusione di eresia e stregoneria nella regione della Valle del Reno, incaricando i frati dominicani Heinrich Kramer (Enrico Institore) e Jacob Sprenger di estirpare quei fenomeni dalla Germania. Poiché i due inquisitori avevano incontrato diverse resistenze da parte sia delle autorità secolari sia ecclesiastiche, Kramer era riuscito ad ottenere dal papa la bolla che dava loro la piena autorizzazione a procedere (cfr. B.P. LEVACK, *La caccia alle streghe in Europa*, Roma-Bari 2012, edizione digitale, Cap. 2. “Le basi intellettuali”, § “La diffusione della credenza”). La bolla viene generalmente considerata un passaggio fondamentale nel fenomeno processuale della caccia alle streghe (cfr. esemplificativamente E. WILSON, *Institoris at Innsbruck: Heinrich Institoris, the Summis Desiderantes and the Brixen Witch Trial of 1485*, in B. SCRIBNER, T. JOHNSON (curr.), *Popular Religion in Germany and central Europe*, New York 1996, pp. 87-100; A.C. KORS, E. PETERS, *Witchcraft in Europe, 400-1700. A Documentary History*, Philadelphia 2001, p. 177). La bolla non prevedeva in realtà alcuna normativa procedurale o definizione dogmatica, limitandosi a descrivere quanto era stato riferito alla Santa Sede sulle credenze dei tedeschi renani e incaricava i due inquisitori di occuparsene.

⁴⁷ G. TARTAROTTI, *Del congresso notturno*, cit., p. 158.

⁴⁸ Rescritto pontificio *Dudum uti nobis* del 1523 in cui si fulminava, su petizione dell'inquisitore di Como, Modesto Vicentino OP, «contra christianam fidem susceptam abnegantes, sacramentis abutentes, sortilegiisque et maleficiis alios laedentes», e con la quale si ordinava agli inquisitori di Cremona e «omnibus aliis locis et dioecibus, sub iurisdictione aliorum inquisitorum dicti Ordinis congregationis Lombardiae» di procedere «contra maleficos et diabolo obedientes»: in *Bullarium. diplomatum et privilegiorum sanctorum romanorum pontificum. Taurinensis editio*, Torino 1860, vol. VI, pp. 24b-26a; in *Septimus Decretalium*, lib. V, tit. XII, c. 3, pp. 624-627; in F. PEÑA, *Litterae apostolicae diversorum romanorum pontificum, pro officio sanctissimae Inquisitionis, ab Innocentio III Pontifice Maximo usque ad haec tempora*, Rome 1579, pp. 81-82, e in J. HANSEN, *Quellen und Unterschingen zur*

Tartarotti sottolineava soprattutto il fatto che erano stati gli anni a cavallo fra Quattrocento e Cinquecento quelli in cui l'*inquisitio* ecclesiastica aveva prodotto i peggiori guasti. Tuttavia lo studioso roveretano, con un atteggiamento che oggi potremmo definire radicalmente “storicistico”, attribuiva quelle ingiuste persecuzioni giudiziarie «all'infelicità, e rozzezza de' tempi andati»⁴⁹, mentre «l'odierna irreprensibile condotta di quel savissimo Tribunale [dell'inquisizione]» fungeva da esempio riformatore per gli stessi tribunali dei paesi protestanti, che anzi, mancando di quelle regole e quei principii giuridici di garanzia, vedevano commettere dai loro magistrati «sì fieri abusi, eccessi, ed ingiustizie»⁵⁰.

La sincerità o insincerità dell'elogio dell'Inquisizione da parte dello studioso di Rovereto è questione ampiamente dibattuta. Egidio Fracassi, autore di una fondamentale monografia dedicata all'abate roveretano, attribuiva quegli atteggiamenti conformistici alla volontà di addolcire l'*asinthia taetra* della polemica con il sapore del *mellis dulcis* dell'apologia, al fine di evitare la censura per un trattato su un tema così spinoso⁵¹. Luciano Parinetto, confrontando le diverse stesure preparatorie del *Trattato*, aveva notato che nei *Cogitata circa strigas* (precedenti al 1743) lo studioso di Rovereto identificava nell'Inquisizione spagnola la responsabile dell'inizio della caccia alle streghe. Una posizione tuttavia che non veniva ribadita nell'elaborato successivo, *Del ballo e del banchetto notturno delle streghe e degli stregoni* (1744 circa), e nemmeno nella versione definitiva data alle stampe⁵². Questo atteggiamento – secondo il filosofo bresciano – sarebbe stato determinato dalla volontà di non compromettere la più importante battaglia contro i processi per stregoneria. A queste conclusioni si è opposto Guido Dall'Olio⁵³. Analizzando anche degli inediti successivi al *Congresso notturno* lo storico ferrarese ha riscontrato una continuità nelle posizioni di Tartarotti favorevoli all'Inquisizione romana, principalmente

Geschichte des Hexenwahns und der Hexenverfolgung im Mittelalter, Bonn 1901, pp. 34-36, doc. I.45.

⁴⁹ G. TARTAROTTI, *Del congresso notturno*, cit., p. 65

⁵⁰ Ivi, p. 66.

⁵¹ E. FRACASSI, *Girolamo Tartarotti. Vita e opere illustrate da documenti inediti*, Feltre 1906, pp. 171-172.

⁵² Cfr. L. PARINETTO, *Magia e ragione. Una polemica sulle streghe in Italia intorno al 1750*, Firenze 1974, pp. 112-113.

⁵³ G. DALL'OLIO, *L'immagine dell'Inquisizione romana nel 'Congresso notturno delle Lammie'*, in «Atti Acc. Rov. Agiati» a. 246 (1996), ser. VII, vol. VI, A, pp. 291-294.

in materia di garanzie processuali. In realtà quello che sembra essere l'intento principale dello studioso di Rovereto è la confutazione delle tesi più radicali della critica degli scrittori riformati nei confronti della Chiesa di Roma e del Sant'Ufficio. Tartarotti vedeva soprattutto nell'opera di Christian Thomasius uno dei principali protagonisti di quella polemica nei confronti della Chiesa di Roma⁵⁴. L'abate roveretano insisteva particolarmente sulle procedure di garanzia giudiziaria che, a suo avviso, erano state messe in atto dall'Inquisizione romana, specialmente se confrontate con la «carneficina» che ancora si faceva in Germania, pur non tacendo, in diversi luoghi del *Congresso*, gli abusi e la violenza che si consumavano anche nella pratica giudiziale in Italia⁵⁵. Anzi, proprio l'Inquisizione aveva abbandonato quelle elaborazioni dottrinali che avevano scatenato nei secoli passati la caccia alle streghe. Dottrine che invece continuavano ad essere utilizzate proprio in ambito protestante⁵⁶.

Era stata – come abbiamo visto – la «rozzezza» e la mancanza «d'erudizione, di critica, e di filosofi» del Trecento ad aver fatto mutare partito anche agli spiriti più colti e illuminati. Per cui lo studioso chiudeva il libro primo, dedicato all'aspetto storico della stregoneria, anticipando quello che sarebbe stato l'argomento centrale del secondo: la dimostrazione che «tutta la Stregoneria, altro non sia in sostanza, che o un'illusione diabolica, o un puro giuoco di fantasia»⁵⁷. E lo studioso roveretano, pur con distinguo e oscillazioni, sembrava propendere per la seconda delle due ipotesi.

6. *L'impossibilità del sabba*

«Io niego intieramente il congresso notturno di quelle col Diavolo, e pretendo che non sia se non un'immaginativa o al più un'illusione del demonio». Così il 6 dicembre 1745 da Rovereto, nel pieno della stesura del *Congresso notturno*, Tartarotti scriveva al conte Ottolino Ottolini, ringraziandolo, tra le altre cose, per qualsiasi indicazione utile potesse fornirgli⁵⁸.

⁵⁴ G. TARTAROTTI, *Del congresso notturno*, cit., p. 63-68.

⁵⁵ Ivi, pp. 153, 156-157

⁵⁶ Ivi, pp. 65-66.

⁵⁷ Ivi, p. 72.

⁵⁸ R. AJELLO, G. RICUPERATI, F. VENTURI, ET ALII (curr.), *Dal Muratori al Cesarotti*, in *La Letteratura italiana*, cit., p. 389.

Il Nostro affrontava, infatti, nel secondo libro la questione centrale del sabba, utilizzando argomentazioni che potremmo definire anche di carattere meramente “pratico”. L’autore si chiedeva perciò come fosse possibile che le streghe, durante i voli notturni, fossero capaci – secondo quanto affermavano con apodittica certezza magistrati, inquisitori e demonologi – di percorrere distanze lunghissime in un breve lasso di tempo, tanto da poter arrivare con un paio d’ore di volo dall’Italia alle rive del Giordano⁵⁹. Lo studioso citava infatti, fra gli altri, un passo de *Il giudice criminalista* di Antonio Maria Cospi, in cui si diceva che le streghe volassero «con tanta velocità, che né uccello, né saetta, ed appena la mente umana pare vi possa arrivare»⁶⁰. L’abate roveretano, nel confutare simili tesi, usava come termine di paragone il volo dei piccioni viaggiatori, rilevando che il volo delle streghe doveva essere dunque di gran lungo più rapido del già rapido volo di quegli uccelli⁶¹. Tartarotti si soffermava con minuzia argomentativa sulla possibilità che le streghe potessero essere realmente trasportate per aria, o dal vento o dal diavolo stesso. Nel primo caso il demonio avrebbe dovuto provocare tempeste così forti da sollevare in aria ogni notte non solo dozzine di streghe, ma gli stessi alberi e le case. Nell’ipotesi che fosse il diavolo stesso a trasportarle, quest’ultimo, essendo immateriale, avrebbe dovuto assumere la capacità di spostare un corpo in carne ed ossa. Ammesso pure, ma non concesso, che tutto ciò fosse reale – aggiungeva il Nostro – bisognava considerare anche il fatto che in tali situazioni e a tali velocità sarebbe impossibile per qualsiasi essere umano poter respirare!⁶² Allo stesso modo lo studioso confutava i complicatissimi calcoli astronomici di Jean Bodin sulla velocità degli astri, da cui il grande giurista francese deduceva che il satanasso avrebbe potuto percorrere in breve tempo grandi distanze e trasportare perciò corpi reali a velocità inimmaginabili.

Più difficile ancora era credere che le streghe potessero “smaterializzarsi”, passando liberamente attraverso i camini, le stanze chiuse, e così via⁶³. Naturalmente tali considerazioni valevano anche per le presunte unioni carnali col diavolo⁶⁴. Lo studioso roveretano passava sotto

⁵⁹ G. TARTAROTTI, *Del congresso notturno*, cit., p. 74.

⁶⁰ A.M. COSPI, *Il giudice criminalista*, Firenze 1638, cap. XXXIX, § 15, p. 331.

⁶¹ G. TARTAROTTI, *Del congresso notturno*, cit., p. 75.

⁶² Ivi, p. 76.

⁶³ Ivi, p. 81.

⁶⁴ Ivi, pp. 81-82 e 92-94.

la caustica lente d'ingrandimento di un'analisi rigorosamente razionale tutte le credenze su fauni, sabba, banchetti demoniaci e quant'altro, e che pure erano state addotte per secoli da giudici e demonologi come prove della realtà del sabba e dell'esistenza di pericolose sette di streghe⁶⁵. Così come suscitava nel Nostro non poco scetticismo, misto ad un desolante sarcasmo, la considerazione che «donnicciuole di contado, povere e miserabili, le quali non hanno bene spesso di che campare, quali per lo più sono coloro, che formano quella brigata, portino seco al convito [diabolico] squisite vivande»⁶⁶. Ma più di tutto, a confutare definitivamente la credenza in quei congressi notturni, sarebbe bastata la semplice constatazione che se «le streghe con tanta facilità sono dal Demonio portate e riportate per aria, per qual cagione poi di tante, che ne sono state carcerate, niuna col mezzo di quello abbia mai potuto sciogliere i ceppi, e trarsi di prigione, salvando la propria vita»⁶⁷?

7. Un'antica questione

Stabilita l'irrealtà del congresso notturno, restava aperta ancora una questione: la stregoneria era quindi un'illusione diabolica, come voleva un'antica tradizione sin da Reginone, o era solo una fantasia di persone povere e ignoranti? Dopo aver analizzato le diverse opinioni dottrinali in merito, Tartarotti – che muratorianamente era convinto si trattasse solo delle «forze della fantasia umana»⁶⁸ – decideva di soffermarsi in particolare su una testimonianza riportata dal giurista Paolo Minucci nelle sue *Note*, pubblicate nel 1688, al poema eroicomico *Malmantile racquistato* di Lorenzo Lippi:

«Fu condotta alle carceri una di queste tali, inquisita di maliarda: ed il giudice dopo molte esamine avendo trovato, che veramente costei era una donna, che si credeva far malie, stregar bambini, ed altre scioccherie, ma in effetto non v'era cosa di conclusione o di proposito, risolvette di gastigarla per la mala intenzione, ed in tanto soddisfare alla propria curiosità. Fattala però venire a sè, l'interrogò se andava ancor ella a Benevento: rispose che sì, onde egli le disse: Io vi

⁶⁵ Ivi, pp. 82-89 *passim*.

⁶⁶ Ivi, p. 95.

⁶⁷ Ivi, p. 100.

⁶⁸ L'espressione "muratoriana" si ritrova nel titolo del capitolo IX del II libro in L.A. MURATORI, *Della forza della fantasia*, cit.: «Si cerca, se questo Congresso sia un'illusione, o un'immaginazione, e s'esaminano le forze della Fantasia», p. 127.

voglio perdonare, se voi andrete questa notte a Benevento, e domattina mi racconterete quanto vi sarà succeduto. [...] [La presunta strega] s'unse con più sorte di bitumi puzzolenti, e postasi a giacere in sul letto, subito s'addormentò. I due compagni, così instruiti, entrarono in camera, e legarono la donna per le braccia e gambe alle quattro cantonate del letto, e benissimo la strinsero con funi, e si messero a chiamarla con altissime voci, ma come fosse morta non faceva moto, né dava segno alcuno di sentire; onde i detti cominciarono a martirizzarla. [...] La portarono al giudice: il quale la 'nterrogò se era stata a Benevento: ed ella rispose che sì; ma che aveva patito gran travagli, ed era stata bastonata con verghe di ferro infuocate, e strascinata e legata per le braccia e per le gambe, era stata riportata dal suo caprone, che nel lasciarla le aveva abbruciate colla granata mezzze le trecce: e questo, perché ella aveva ubbidito al giudice: e che si sentiva morire dal gran dolore delle piaghe. Il giudice ordinò che subito fosse medicata, come seguì: ed intanto disse alla donna: Io t'ho fatto scottare e battere per castigo del tuo errore: e perché tu conosca, che non altrimenti a Benevento, ma in casa tua hai ricevuto questi travagli: e ti risolve a lasciar queste false credenze; che se lo farai, io ti perdonerò. Da questo bel modo di gastigare cavò l'arguto giudice quella verità, che appresso lui era certissima»⁶⁹.

Ecco – era la caustica conclusione dello studioso di Rovereto – fino a che punto poteva arrivare «la fantasia corrotta» delle presunte streghe e quale attendibilità potevano mai avere le loro confessioni dinanzi ai giudici⁷⁰. Erano semmai gli effetti allucinogeni degli unguenti che facevano «diventare Streghe anche quelle che non lo erano»⁷¹, così come avevano attestato anche Johann Wier e Federico Spee nelle loro opere⁷².

Non meno gravi da un punto di vista giudiziario erano oltretutto «i difetti intrinseci de' processi, per gli errori gravissimi che si commettevano nel formargli», come molti giuristi – pur non contrari pregiudizialmente alla realtà della stregoneria – andavano attestando da sempre⁷³. Tartarotti considerava il principale argomento utilizzato a sostegno della persecuzione giudiziaria delle streghe la «supposta universal pratica e consuetudine di tutti i Magistrati tanto Ecclesiastici, che secolari»⁷⁴. Tuttavia,

⁶⁹ P. MINUCCI, *Note al Malmantile* racquistato. Poema di Perlone Zipoli con le note di Puccio Lamoni, Firenze 1688, Canto 4 Stanza 78, pp. 222-223; citato in G. TARTAROTTI, *Del congresso notturno*, cit., pp. 142-143.

⁷⁰ G. TARTAROTTI, *Del congresso notturno*, cit., p. 144.

⁷¹ Ivi, p. 147.

⁷² Cfr. J. WIER, *De praestigiis daemonum, et incantationibus, ac veneficiis, libri V. Auctore Ioanne Wiero Medico. Totius operis argumentum in Praefatione comperies*, Basileae 1563, Lib. 3, Cap. 17 e Lib. 6, Cap. 8; cfr. F. SPEE, *Cautio criminalis seu de processibus contra sagas liber*, Rinthelii 1631, Dub. XXVI, Signum II, p. 170.

⁷³ G. TARTAROTTI, *Del congresso notturno*, cit., p. 155 ss.

⁷⁴ Ivi, p. 152.

era falsa quell'opinione che pretendeva un'omogenea e universale persecuzione giudiziaria in tutt'Europa. Ne dava una preziosa testimonianza anche il filosofo Nicolas Malebranche. Il sacerdote oratoriano sottolineava infatti quanto fosse minore la presenza di streghe in quelle terre in cui il Parlamento non prevedeva pene per la stregoneria⁷⁵. Ancora una volta veniva confermata l'evidenza che le streghe risultavano più numerose proprio dove più intensa era la caccia:

«Se non si gastigassero i rei, il delitto passerebbe per un'immaginazione [...] All'opposto gastigandosi i delinquenti, e con pena di morte, si dà corpo al fatto, e si fa creer vero e reale, donde nasce poi in molti il prurito di sperimentarlo»⁷⁶.

La persecuzione delle streghe non era solo un sistema che si autoalimentava, come pure aveva sottolineato intorno a quegli stessi anni il giurista napoletano Costantino Grimaldi⁷⁷, ma rischiava piuttosto di produrre l'effetto contrario, andando a “solleticare” morbide curiosità eterodosse.

8. *Il crimen magiae e la sua “realtà”*

Nel Capitolo XIII del II libro il Nostro passava all'analisi di un tema che avrebbe acceso negli anni immediatamente successivi un lungo e aspro dibattito: la realtà della magia, cosa che Tartarotti affermava recisamente. Quella posizione dottrinale portava lo studioso a dover ammettere un intervento diabolico anche nella stregoneria, sebbene solamente immaginario:

«Maggior affinità ha quella [la stregoneria] colla Magia, in quanto che inamendue interviene il Demonio, ed i prodigj; ma nientedimeno nella sostanza son molto diverse. L'effetto o buono, o cattivo dal Mago per mezzo del Demonio prodotto, è vero e reale, e spesso a tutti palese: quello della Strega è ideato, immaginario, ed occulto. [...] Il Mago è vero Malefico: ma la Strega è piuttosto maleficiata, che Malefica. Il Mago comanda a Satanasso, la Strega ubbidisce»⁷⁸.

⁷⁵ N. MALEBRANCHE, *De la recherche de la verité, où l'on traite de la Nature de l'Esprit de l'homme et de l'usage qu'il en doit faire pour éviter l'erreur dans les Sciences*, Amsterdam 1688, volume 1, Lib. 1, Part. 3., Cap. 6, p. 285.

⁷⁶ G. TARTAROTTI, *Del congresso notturno*, cit., p. 120.

⁷⁷ Cfr. D. LUONGO, *Il giurisdizionalismo dei moderni. Polemiche anticurialistiche nella Napoli del Preilluminismo*, Torino 2018, p. 349.

⁷⁸ G. TARTAROTTI, *Del congresso notturno*, cit., p. 161.

L'abate roveretano credeva infatti fermamente nella realtà delle operazioni magiche e nel potere del mago di compiere operazioni fuori dall'ordinario, imputando alla stessa ignoranza che prestava fede all'esistenza del congresso notturno anche lo scetticismo nei confronti della magia colta e diabolica⁷⁹. Tuttavia, a suo avviso, erano rarissimi i casi di delitti di magia⁸⁰.

La questione era tutt'altro che oziosa. Essa investiva infatti i confini incerti e “rischiosi” fra ortodossia, superstizione e razionalità in cui Tartarotti si muoveva. Come poteva infatti essere confutata la credenza nell'esistenza delle streghe e del sabba se allo stesso tempo si ammetteva la realtà della magia diabolica? Cosa impediva, già in via strettamente teorica, di attribuire lo stesso potere maligno anche alle lamie? Erano aporie che sarebbero state ben presto imputate allo studioso di Rovereto e che avrebbero dato origine ad una lunga e a tratti tagliente «polemica diabolica» – secondo l'icastica definizione di Dino Provenzal⁸¹ – fra gli scettici radicali della realtà della magia, e i sostenitori delle posizioni di Tartarotti. Lo studioso aggiungeva infatti sin da subito in appendice al *Congresso notturno* una *Risposta alla Lettera, intorno all'origine, e falsità della dottrina de' Maghi, e delle Streghe, del Sig. Conte Giorinaldo Carli, Professore dell'Università di Padova*, in cui ribadiva le proprie posizioni espresse anche nel *Congresso notturno* sulla magia diabolica⁸².

Ma chi erano i maghi, e perché si differenziavano dalle streghe? Mentre queste ultime erano solo contadine ignoranti prive di mezzi, che facevano fatica persino a sopravvivere nel quotidiano, il mago era – secondo lo studioso di Rovereto – un uomo di sapere, sviato per brama di potere dalla retta via dell'ortodossia religiosa. Questi, in virtù di un patto «tacito o espresso» col demonio, poteva operare quelli che per il “volgo” erano

⁷⁹ Ivi, p. 210 *passim*.

⁸⁰ Ivi, p. 191.

⁸¹ D. PROVENZAL, *Una polemica diabolica nel secolo XVIII*, cit. Sulla polemica oltre al citato libro di Provenzal cfr. almeno F. VENTURI, *Settecento riformatore*, vol. I: *Da Muratori a Beccaria*, Torino 1969, pp. 355-389; L. PARINETTO, *Magia e ragione*, cit.; G. BORELLI, *La magia in Tartarotti e in Maffei rivisitata*, in G. MUZZARELLI, G. OLMI (curr.), *Il Trentino nel Settecento fra Sacro Romano Impero e antichi stati italiani*, Bologna 1985, pp. 523-606; sulla «polemica diabolica» fra le pubblicazioni più recenti cfr. R. SUTNER (cur.), *Gli Illuministi e i demoni. Il dibattito su magia e stregoneria dal Trentino all'Europa*, Roma 2019.

⁸² G. TARTAROTTI, *Del congresso notturno*, cit., pp. 353-447.

«apparenti miracoli». Ma si trattava appunto solo di apparenza, perché il «vero miracolo», irrealizzabile per il mago e per lo stesso diavolo, era «un'operazione alle forze della natura universale superiore, il qual perciò da altri che da Dio non può prodursi»⁸³. Sebbene

«Pochi sono coloro, che ne' lunghi, astrusi, e difficili precetti di tal disciplina sieno veramente ammaestrati: ma certe superstiziose osservanze, figure, caratteri, scongiuri, e incantesimi, che da essa propriamente derivano, passati da uno ad altro, ed a notizia di quelle cattivelle arrivati, operano in virtù del tacito acconsentimento all'assistenza del Demonio»⁸⁴.

Secondo lo studioso roveretano «nella Magia tre volontà concorrono; quella di Dio che permette, quella del Diavolo che opera, e quella del Mago che desidera, e invita». Ora, uno dei fondamenti della pena capitale imposta al *crimen magiae*, era – a suo avviso – poggiato sullo «stimolo, che dà il Mago a Dio di permettere il male che segue», il quale a sua volta permette simili ingiuste operazioni «per giusto gastigo del poco timore, e della perfidia del Mago», il quale «si accieca, e si allontana da Dio». Per cui «gravissima è la colpa» del mago, in quanto «è cagione di un male, che senza la sua cattiva volontà non sarebbe seguito», ed era per questo che meritava una «grandissima pena»⁸⁵.

«Dico vero reato di Magia, non già, eh'io creda, che persone rozze ed idiote affatto, i veri misterj dell'arte Magica possano avere appresi, per solo leggere i libri della quale vix tota hominum aetas suppetit»⁸⁶, come disse un perito di quella»⁸⁷

La differenza fra mago e strega sembrerebbe, dunque, risiedere nella grande differenza di conoscenza e dottrina che intercorreva fra i due, senza che lo studioso mettesse mai in radicale discussione il *crimen magiae*, così come aveva fatto alcuni decenni prima, tra gli altri, Christian Thomasius⁸⁸

⁸³ Ivi, p. 160.

⁸⁴ Ivi, p. 164.

⁸⁵ Ivi, p. 163.

⁸⁶ Citazione da J. REUCHLIN, *De verbo mirifico*, Lugduni 1552, libro II, cap. I, p. 103: «Vix enim tota hominis aetas ad eius facultatis libros tantum legendos suppetit».

⁸⁷ G. TARTAROTTI, *Del congresso notturno*, cit., p. 164.

⁸⁸ Cfr. C. THOMASIIUS, *Disputatio juris canonici de Origine ac progressu processus inquisitorii contra sagas*, Halae Magdeburgicae 1729 (ed. consult.); ID., *Theses Inaugurales de Crimine magiae*, Halae Magdeburgicae 1701.

e come a quel tempo faceva, con altrettanta radicalità, Scipione Maffei⁸⁹, contestando *apertis verbis* le conclusioni dell'intellettuale roveretano.

Soprattutto Thomasius rappresentava, come si è avuto già modo di osservare, uno dei bersagli polemici dello studioso di Rovereto, sia per le accuse – secondo Tartarotti, infondate – che aveva rivolto all'Inquisizione romana e alle superstizioni dei “papisti”, sia per la sua negazione dell'esistenza della magia e dei patti con il diavolo⁹⁰. Secondo il giurista tedesco la battaglia di civiltà contro le persecuzioni delle presunte streghe andava di pari passo con la radicale confutazione del commercio diabolico. «Omne delictum in facto consistit. Factum non praesumitur». Ogni delitto consisteva in un fatto e il fatto non si poteva semplicemente presumere. Per poter configurare giuridicamente un *crimen magiae* era perciò necessario dimostrarne la realtà, cosa che nessuno era mai stato in grado di provare, e non semplicemente presumerlo pretendendo poi la prova da chi lo negava⁹¹. Come ha sottolineato Dario Luongo, l'intellettuale di Lipsia vedeva una netta continuità fra caccia alle streghe, credenza nella magia e patti diabolici. Negando recisamente verità a quelle superstizioni, cosa che gli intellettuali italiani – non è escluso anche per ragioni prudenziali – non facevano, Thomasius intendeva infliggere un colpo definitivo a quelle carneficine di innocenti. Tuttavia comune era la consapevolezza che il nuovo pensiero costituiva una potente leva di trasformazione della società⁹².

9. Conclusioni

Tartarotti se da un lato accettava senz'altro quella visione della magia che si era affermata soprattutto a partire dal Rinascimento⁹³, come opera di sapientissimi studiosi, bramosi di un potere che il “volgo” incolto non poteva comprendere né conseguire, affermava allo stesso tempo l'irrealtà di quelle operazioni che in sede processuale si attribuivano a donne povere e ignoranti, le quali si illudevano di possedere poteri straordinari:

⁸⁹ Cfr. S. MAFFEI, *Arte magica deleguata lettera del signor marchese Maffei al padre Innocente Ansaldo dell'ordine de' predicatori*, Verona 1750 (ed. consult.).

⁹⁰ G. TARTAROTTI, *Del congresso notturno*, cit., pp. XXI-XXII.

⁹¹ C. THOMASIVS, *Theses Inaugurales de Crimine magiae*, cit., § XIII, p. 14.

⁹² Cfr. D. LUONGO, *Il giurisdizionalismo dei moderni*, cit., pp. 352-353 *passim*.

⁹³ Cfr. E. GARIN, *Il filosofo e il mago*, in ID. (cur.), *L'uomo del Rinascimento*, Roma-Bari 1991, pp. 169-202.

«i vanti, che si danno in questo proposito le Streghe, non sono se non chimere prodotte dalla loro fantasia, e i fatti realmente accaduti, da naturali cagioni hanno avuto origine, non da' loro segni, e follie, o dall'opera del Demonio»⁹⁴.

Era semmai tipico di alcuni temperamenti, che lo studioso di Rovereto definiva «melanconici», quello di addossarsi colpe inesistenti e ritenersi perciò degni di castigo⁹⁵. Ed era a questa categoria di persone che andavano accomunate le streghe, le quali confessavano cose il più delle volte irrealizzabili, che certamente non avevano commesso.

Su questi elementi concreti – avvertiva Tartarotti – avrebbero dovuto soffermarsi i magistrati prima di emettere sentenze di morte. Alcuni di essi affermavano infatti di condannare non tanto la semplice partecipazione al congresso notturno, ma il presunto danno arrecato a terzi⁹⁶. Tuttavia, la maggior parte dei giudici, sulla scorta di Carpzov e di Martino Delrio⁹⁷, ritenevano che la semplice adesione al sabba, anche in assenza di qualsiasi danno causato a cose o persone, dovesse prevedere comunque la pena capitale, in quanto presupponeva i delitti di apostasia, idolatria, blasfemia:

«Tum, quod ignis supplicium statutum in magos principaliter ob pactionem, quam cum daemone habent, ut modo dictum, accendentibus praesertim aliis gravissimis delictis, ut Apostasia, Idolatria, Blasphemia, & saepissime libidine nefandissima, quam cum Daemone exercent &c. quapropter etiam paciscentes cum Diabolo supplicio ignis plectendi sunt, etiamsi nemini nocuerint»⁹⁸.

Tali sentenze venivano emesse anche in la mancanza di qualsiasi indizio concreto del fatto delittuoso e con criteri assolutamente arbitrari e irrituali di raccolta delle prove. L'unico elemento nelle mani del magistrato era la confessione del presunto reo, estorta spesso sotto tortura.

⁹⁴ G. TARTAROTTI, *Del congresso notturno*, cit., p. 176.

⁹⁵ Ivi, p. 184 *passim*.

⁹⁶ Ivi, p. 192.

⁹⁷ M. DEL RIO, *Disquisitionum magicarum libri sex*, Lovanii 1600, Tomus Tertius, Lib. 5, Sec. XVI *De poena & supplicio maleficorum*, p. 101: «Conclusio, Lamiae occidendae etiamsi hominem nullum veneno necassent».

⁹⁸ B. CARPZOV, *Practica nova Rerum criminalium imperialis saxonica in tres partes divisa*, Lipsiae 1739 (ed. consult.), Part. I, Quaest. XLIX *Quomodo puniantur Malefici ac Sagae cum Daemone paciscentes, seque ipsi mancipientes?*, Num. 23, p. 278.

Tutto questo sistema giudiziario, mostruoso e perverso, si fondava, quindi, su un presupposto inesistente: la realtà del sabba. Era evidente che venendo a mancare quel fatto criminoso, non era possibile prevedere alcuna condanna. Persino gli autori del *Malleus maleficarum* – sottolineava lo studioso di Rovereto – ritenevano che la condanna alla pena capitale non si sarebbe potuta applicare senza un reale e concreto commercio con il diavolo, «si non veraciter & ad reales effectus, & laesiones cum Daemonibus concurrent»⁹⁹. Un commercio che i due inquisitori tedeschi ritenevano senz'altro concreto e reale.

Per questo la sua battaglia contro i processi per stregoneria, fondata sulla saldezza della ragione, intendeva dissipare le tenebre di quella superstizione dalla coscienza di ogni individuo, affinché «tal opinione svanisca affatto anche nel volgo»¹⁰⁰, mettendo fine a secoli di condanne, abusi e ingiustizie giudiziarie.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

AA.VV., *Le inquisizioni cristiane e gli ebrei*, Atti della tavola rotonda nell'ambito della conferenza annuale della ricerca (Roma 20-21 dicembre 2001), Roma 2003; V. ARRIGHI, *Minucci, Paolo*, in «Dizionario Biografico degli Italiani», Volume 74 (2010); G. BALDI, *La Biblioteca civica Girolamo Tartarotti di Rovereto: contributo per una storia*, Trento 1995; E. BALUZE, *Capitularia Regum francorum*, Parisiis 1677; C. BAUDI DI VESME (cur.), *Historiae patriae Monumenta. Edita iussu Regis Caroli Alberti. Edicta Regum Langobardorum*, Augusta Taurinorum 1855, vol. 8; M. BERENGO, *Girolamo Tartarotti. Nota introduttiva*, in *La letteratura italiana - Storia e testi*, vol. XLIV, tomo 5 *Politici ed economisti del primo Settecento*, Milano-Napoli 1978; *Bullarium diplomatum et privilegiorum sanctorum romanorum pontificum. Taurinensis editio*, Torino 1860, vol. VI; BURCHARDI WORMACIENSIS ECCLESIAE EPISCOPI, *Decretorum Libri Viginti*, in P.L. 140, Lutetiae Parisiorum 1853; C. CARMINATI, *Lippi, Lorenzo*, in «Dizionario biografico degli Italiani», Volume 65 (2005); B. CARPZOV, *Practica nova Rerum criminalium imperialis saxonica in tres partes divisa*, Lipsiae 1739; P. CASTELLI (cur.), *Giovanni e Gianfrancesco Pico. L'opera e la fortuna di due studenti ferraresi*, Firenze 1998; D. CORSI, *Diaboliche, maledette e disperate. Le donne nei processi per stregoneria (secoli XIV-XVI)*, Firenze 2013; A.M. COSPI, *Il giudice criminalista*, Firenze 1638; G. DALL'OLIO, *L'immagine dell'Inquisizione romana nel 'Congresso*

⁹⁹ H. KRAMER, J. SPRENGER, *Malleus maleficarum*, Lugduni 1620 (ed. consult.), Part. I, Quaest. I, p. 4.

¹⁰⁰ G. TARTAROTTI, *Del congresso notturno*, cit., p. 195.

notturmo delle Lammie', in «Atti Acc. Rov. Agiati» a. 246 (1996), ser. VII, vol. VI, A; A. DEL COL, *L'inquisizione in Italia. Dal XII al XXI secolo*, Milano 2006; M. DEL RIO, *Disquisitionum magicarum libri sex*, Lovanii 1600; C. DU FRESNE DU CANGE ET ALII, *Glossarium mediae et infimae latinitatis*, Parisiis 1846; M. FARINA, *Antonio Rosmini e l'Accademia degli Agiati*, Brescia 2000; E. FRACASSI, *Girolamo Tartarotti. Vita e opere illustrate da documenti inediti*, Feltre 1906; E. GARIN (cur.), *L'uomo del Rinascimento*, Roma-Bari 1991; C. GINZBURG, *Il filo e le tracce. Vero, falso, finto*, Milano 2006; J. HANSEN, *Quellen und Unterschlingen zur Geschichte des Hexenwahns und der Hexenverfolgung im Mittelalter*, Bonn 1901; D. IVO CARNOTENSIS EPISCOPUS, *Decretum*, in P.L. 161, Lutetiae Parisiorum 1855; H. KRAMER, J. SPRENGER, *Malleus maleficarum*, Lugduni 1620; A.C. KORS, E. PETERS, *Witchcraft in Europe, 400-1700. A Documentary History*, Philadelphia 2001; B.P. LEVACK, *La caccia alle streghe in Europa*, Roma-Bari 2012; L. LIPPI, *Malmantile racquistato. Poema di Perlone Zipoli con le note di Puccio Lamoni*, Firenze 1688; D. LUONGO, *Il giurisdizionalismo dei moderni. Polemiche anticurialistiche nella Napoli del Preilluminismo*, Torino 2018; J. MACHIELSEN, *Martin Delrio. Demonology and Scholarship in the Counter-Reformation*, Oxford 2015; S. MAFFEI, *Arte magica dileguata lettera del signor marchese Maffei al padre Innocente Ansaldo dell'ordine de' predicatori*, Verona 1750; N. MALEBRANCHE, *De la recherche de la verité, où l'on traite de la Nature de l'Esprit de l'homme et de l'usage qu'il en doit faire pour éviter l'erreur dans les Sciences*, Amsterdam 1688; L.A. MURATORI, *Della forza della fantasia umana trattato di Lodovico Antonio Muratori, bibliotecario del serenissimo signor duca di Modena*, Venezia 1745; G. MUZZARELLI, G. OLMI (curr.), *Il Trentino nel Settecento fra Sacro Romano Impero e antichi stati italiani*, Bologna 1985; L. PAPPALARDO, *Credere alla streghe per credere a Dio. A margine della Strix sive de ludificatione daemonum di Gianfrancesco Pico della Mirandola*, in «Rinascimento» LVII (2017); L. PARINETTO, *Magia e ragione. Una polemica sulle streghe in Italia intorno al 1750*, Firenze 1974; F. PEÑA, *Litterae apostolicae diversorum romanorum pontificum, pro officio sanctissimae Inquisitionis, ab Innocentio III Pontifice Maximo usque ad haec tempora*, Rome 1579; D. PROVENZAL, *Una polemica diabolica del secolo XVIII*, Rocca San Casciano 1901; REGINONIS ABBATIS PRUMIENSIS, *De synodalibus causis et disciplinis ecclesiasticis*, Lipsiae 1840; J. REUCHLIN, *De verbo mirifico*, Lugduni 1552; B. SCRIBNER, T. JOHNSON (curr.), *Popular Religion in Germany and central Europe*, New York 1996; F. SPEE, *Cautio criminalis seu de processibus contra sagas liber*, Rinthelii 1631; W. STEPHENS, *Gianfrancesco Pico e la paura dell'immaginazione: dallo scetticismo alla stregoneria*, in «Rinascimento» II s., XLIII (2003); ID., *Skepticism, Empiricism, and Proof in Gianfrancesco Pico della Mirandola's Strix*, in «Magic, Ritual and Witchcraft» XI (2016); R. SUITNER (cur.), *Gli Illuministi e i demoni. Il dibattito su magia e stregoneria dal Trentino all'Europa*, Roma 2019; G. TARTAROTTI, *Del congresso notturno delle Lammie libri tre di Girolamo Tartarotti Roveretano. S'aggiungono due dissertazioni epistolari sopra l'arte magica*, Rovereto 1749; G. THOMAS, *Tartarotti e le streghe*, in «Atti della Accademia Roveretana degli Agiati» 213, Serie VI, vol. IV, fasc. A, Rovereto 1964;

C. THOMASIVS, *Disputatio juris canonici de Origine ac progressu processus inquisitorii contra sagas*, Halae Magdeburgicae 1729; ID., *Theses Inaugurales de Crimine magiae*, Halae Magdeburgicae 1701; F. VENTURI, *Settecento riformatore*, vol. I: *Da Muratori a Beccaria*, Torino 1969; E. VERGA, *Intorno a due inediti documenti di stregheria milanese del secolo XIV*, in «Rendiconti del Regio Istituto storico lombardo di scienze e lettere» s. II, 32 (1890); J. WIER, *De praestigiis daemonum, et incantationibus, ac veneficiis, libri V. Auctore Ioanne Wiero Medico. Totius operis argumentum in Praefatione comperies*, Basileae 1563.

ABSTRACT

Nel 1749 il roveretano Girolamo Tartarotti pubblicava la sua opera più famosa *Del congresso notturno delle lammie*. Nel libro l'autore negava la realtà della secolare credenza nel sabba, congresso notturno a cui si pensava si recassero in volo le streghe per adorare il diavolo, consumare crimini orrendi, praticare riti orgiastici e atti blasfemi. L'autore passava sotto la lente d'ingrandimento della ragione la stessa possibilità reale delle "streghe" di volare e poter esercitare le loro arti malefiche. In realtà, sottolineava lo studioso, si trattava di contadine povere e ignoranti. Una superstizione che tuttavia, ancora a metà Settecento, mieteva troppe vittime innocenti da parte delle autorità giudiziarie. Ancora più sorprendente è però il fatto che l'autore allo stesso tempo credesse ancora fermamente nella magia colta diabolica, arte accessibile solo da pochissimi grandi dotti, dando origine ad una accesa polemica che, con efficace espressione, sarebbe stata definita secoli dopo una «polemica diabolica».

*In 1749 the Rovereto Girolamo Tartarotti published his most famous work *Del congresso notturno delle lammie*. The author denied the real existence of the centuries-old belief in the Sabbath, the night congress where the witches fly to venerate the devil, consume hideous crimes, practice orgiastic rites and blasphemous acts. The author passed under the magnifying glass of reason the same real possibility of the "witches" to fly and being able to exercise their evil arts. In reality, the scholar pointed out, they were poor and ignorant peasant women. A superstition which, however, still in the mid-eighteenth century, claimed too many innocent victims by the judicial authorities. Even more surprising, however, is the fact that the author at the same time still firmly believed in diabolical cultured magic, art accessible only by very few great scholars, giving rise to a heated controversy that, with a effective expression, would have been defined centuries after a «diabolic controversy».*

SALVATORE ACETO DI CAPRIGLIA*

QUESTIONE APERTA IN MERITO ALLA TRASMISSIBILITÀ
DEI NUOVI CONTENUTI INFORMATICI:
UN DIALOGO TRA SAPERI GIURIDICI

SOMMARIO: 1. Le nuove categorie ordinanti degli *assets* digitali e il c.d. diritto privato digitale: tra tradizione e continua evoluzione. - 2. Tassonomia dei beni digitali: il fenotipo virtuale. - 3. Le soluzioni offerte dalla dogmatica italiana tra tutela dei dati personali del *de cuius* e loro trasmissibilità: legato di *password*, mandato *post mortem*, esecutore testamentario. - 4. La successione *in universum ius* del modello tedesco. L'ermeneutica progressista della giurisprudenza. La peculiare figura dell'amministratore di patrimonio digitale. - 5. L'esperienza nordamericana e l'istituto del *fiduciary*. La successione negli *internet accounts*. Il concetto di *homo numericus*. - 6. Riflessioni in tema di diritto alla *privacy post mortem*. Orientamenti europei: art. 8 CEDU e art. 16 del Trattato di Lisbona. Le ricadute normative domestiche.

1. *Le nuove categorie ordinanti degli assets digitali e il c.d. diritto privato digitale: tra tradizione e continua evoluzione*

Il 12 luglio 2018, la Corte di Cassazione tedesca¹ è stata chiamata a pronunciarsi su una richiesta di accesso all'*account* di un *social network* presentata dai genitori dopo la morte della loro figlia. L'evento dal quale scaturisce la controversia attiene ad un tragico incidente avvenuto nella metropolitana di Berlino, ove una ragazza minorennese perse la vita, probabilmente gettandosi volontariamente sotto un vagone. I genitori, fortemente addolorati, con l'intento di rinvenire elementi utili volti a chiarire se la vittima avesse anzitempo formulato dei propositi suicidi, presentarono una richiesta di accesso ai contenuti dell'*account Facebook*

* Professore associato di Diritto privato comparato e Sistemi giuridici comparati (abilitato all'insegnamento in prima fascia per il settore concorsuale 12/E2), Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Napoli "Parthenope".

¹ Cfr. BGH, sez. III, 12 luglio 2018, n. 183/17, in *Nuova giur. Civ. Comm.*, 2019, 4, pp. 691 ss., con nota di R. MATTERA, *La successione nell'account digitale. Il caso tedesco*. Sulla pronuncia si rimanda altresì alla nota di S. STEFANELLI, *Destinazione post mortem dei diritti sui propri dati personali*, in *MediaLaws – Riv. dir. dei media*, 2019, 1, pp. 136 ss.

della giovane. L'*account*, tuttavia, a seguito della notifica del decesso della ragazza, era stato “memorializzato” e, dunque, i genitori (pur immettendo correttamente le credenziali della propria figlia) non erano autorizzati all’accesso, a maggior ragione perché la ragazza aveva preimpostato il suo profilo affinché, in caso di morte, si attivasse il c.d. “stato commemorativo”, in presenza del quale non è più possibile accedere al profilo nonostante si abbiano gli esatti dati di accesso. La peculiarità della fattispecie traeva origine dal fatto che i genitori si trovavano innanzi a un profilo di per sé intatto, limitatamente ai contenuti memorizzati sul *server* del *provider*, rimanendo visibili sia i contenuti condivisi dall’utente deceduta sia quelli pubblicati dai suoi “amici”, mentre venivano schermate foto, messaggistica e altre informazioni memorizzate dall’adolescente prima della morte. I genitori della ragazza, anche al fine di costituirsi una prova liberatoria per l’ipotesi di una azione di responsabilità promossa nei loro confronti da parte del conducente della metropolitana (il quale lamentava uno *shock* nervoso a seguito dell’evento), convenivano in giudizio *Facebook* per ottenere l’accesso sulla piattaforma. La società convenuta si difendeva, adducendo come motivazioni del diniego il fatto che l'*account* non fosse suscettibile di trasmissione *mortis causa*, in base alle politiche aziendali e alle condizioni generali di contratto che l’utente aveva spontaneamente accettato al momento dell’attivazione del servizio. Inoltre, *Facebook* non avrebbe potuto divulgare i contenuti delle comunicazioni, vigendo, in base alla legge tedesca, uno specifico obbligo di non trasmissione. Infine, la tutela postuma della personalità del defunto e la riservatezza delle sue informazioni, secondo la disciplina dei *media* telematici, avrebbero comunque ostacolato la divulgazione a terzi dei dati conservati nel profilo *social* dell’utente.

L’epilogo giudiziario *de quo* verrà snocciolato in seguito. Per il momento non si può non osservare che fino a pochi decenni orsono, il patrimonio di qualsiasi individuo era decifrabile con relativa facilità. All’atto della lettura del testamento, all’indomani della morte del *de cuius*, si calendavano minuziosamente beni immobili e i beni mobili di maggior pregio, si procedeva all’attribuzione di ciascuno di essi o, nel caso di erede universale, della loro “universalità” e, salvo contestazioni, la vicenda poteva definirsi conclusa. Ma, con il passare dei lustri, nuove realtà fenomenologiche, prima del tutto inesistenti, entravano in maniera invasiva ed assorbente a permeare le nostre quotidianità. Non

più un epistolario cartaceo, bensì una serie di *files* di testo conquistavano il proscenio socio-giuridico. Le immagini non erano più stampate e conservate con cura in eleganti album o in preziose cornici, ma memorizzate su supporti della più variegata natura (magnetica, ottica, elettronica fino ad arrivare ai moderni sistemi di *storage* sul *cloud*).

Discorso simile per intere biblioteche o discoteche che potevano assumere la veste, immateriale, di sequenze binarie opportunamente codificate. La posta divenne “elettronica” e non era più conservata nei cassette degli archivi, ma nella memoria dei *computers*. In tempi più recenti, abbiamo iniziato a dotarci di una serie di *accounts* necessari per accedere a servizi della più variegata natura. Sociali, bancari, economici solo per fare gli esempi più eclatanti. Una fetta sempre più considerevole della nostra vita “si svolge” in forma digitale: si pensi al complesso delle relazioni che intessiamo sui *social networks*, ma anche alle informazioni finanziarie, fino al fenomeno della moneta virtuale (es. *bitcoin*). Tutta questa casistica inizialmente rappresentava una piccola porzione della nostra vita, ma giorno dopo giorno è divenuta sempre più presente e statisticamente rilevante, al punto da non poter più essere omessa in una vicenda successoria. E se pochi dubbi suscita la natura patrimoniale di alcuni di questi contenuti (es. la raccolta, ancorché in digitale, di fotografie o di riproduzioni di opere visive o testuali) maggiori perplessità sorgono in ordine alla qualificazione tassonomica di determinati contenuti, quali ad esempio le coppie di nome utente e *password* necessarie ad accedere a particolari servizi, primo fra tutti quello bancario, ma potremmo tranquillamente citare i servizi di *cloud*, le identità sui *social* e il complesso dei messaggi da ciascuno di noi prodotti e spediti. Per queste variopinte categorie, il formante dottrinale ha coniato il termine di *assets* digitali e il *thelos* ermeneutico concerne la loro trasmissibilità o meno in ambito ereditario.

La *vexata quaestio* in ordine alle modalità di successione *mortis causa* negli *assets* digitali solleva due principali ordini di problemi. Il primo, di tipo teorico, consiste nell’individuare quali siano le tipologie di nuovi beni che possano effettivamente formare oggetto di successione. A tale riguardo è sufficiente rammentare che, secondo l’ordinamento italiano, l’erede può succedere esclusivamente in quei beni e in quelle situazioni giuridiche soggettive suscettibili di valutazione economica, estinguendosi viceversa quei rapporti giuridici di tipo personale che

fanno capo al *de cuius*². Nel peculiare ambito dei beni digitali³ (intesi in senso lato), risulta invero arduo distinguere quelle situazioni giuridiche inerenti alla personalità (si pensi ai dati personali, all'*account* di un *social network*, alla corrispondenza elettronica) da quelle entità che viceversa possono formare oggetto di sfruttamento economico e che dunque debbono essere trasmesse ad eredi o legatari (si pensi all'*e-wallet* contenente una ingente somma di *bitcoin*⁴, ai beni multimediali comunque posseduti dal *de cuius*, o anche alle sue opere, dell'arte o

² È stato efficacemente notato che alla base della successione *mortis causa* vi sono, difatti, due principi fondamentali. In primo luogo, la possibilità di disporre dei propri beni dopo la morte, che fornisce un incentivo all'accumulo di ricchezza; in seconda battuta, l'ordito normativo ritiene che sia meritevole di tutela l'interesse dei parenti a mantenere nell'ambito familiare il patrimonio del defunto. Cfr. P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1992, X ed., pp. 561 ss.; ID., *La successione a titolo universale e particolare*, in *Le successioni mortis causa. I legittimari. Le successioni legittime e testamentarie*, in *Trattato delle successioni e donazioni*, dir. da P. Rescigno, coordinato da M. Ieva, Padova, 2010, II ed., Vol. I, pp. 3 ss., F. GAZZONI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2015, p. 437.

³ Interessante la definizione contenuta nella Enciclopedia giuridica Treccani che, delineando il passaggio che ha condotto all'economia della conoscenza, include oltre ai beni immateriali la categoria dei "beni intangibili" e dei "beni virtuali" intendendo per tali tutti quei beni che esistono sulle reti telematiche», e con riferimento ai quali si aggiungono difficoltà di gestione. Ai fini della configurazione del bene digitale come bene virtuale si richiama lo studio di E. PROSPERETTI, *L'opera digitale tra regole e mercato*, Torino, 2013, nella parte in cui l'A. per definire il concetto di opera digitale osserva come tradizionalmente si associava l'aggettivo "immateriale" all'opera dell'ingegno e a quella industriale, definendo i beni oggetto di diritti di proprietà intellettuale nel loro complesso come "beni immateriali", giacché queste opere presentano «Un *corpus mysticum* normalmente associato nella diffusione ad un *corpus mechanicum* che ne costituisce il supporto/veicolo di diffusione» (p. 11). Discorso diverso deve farsi per la categoria delle opere digitali, in cui «vi è assenza totale del *corpus mechanicum* ed è il solo *corpus mysticum* a circolare in forma digitale sulle reti telematiche e ad essere fruito. La memorizzazione o riproduzione su un *corpus mechanicum* (supporto) è del tutto eventuale o riveste, in ogni caso, carattere effimero e temporaneo: essa non è in al un modo un fatto essenziale in quanto l'opera rimane completa e fruibile già nel suo formato digitale privo di supporto» (p. 12). Specificatamente l'A. osserva come la persona agisca sui *server* in via «virtuale, [conferendo ...] qualcosa che trascende i dati ed include macchinari e *software* [...], che vengono utilizzati nell'ambito dell'infrastruttura/spazio virtuale» (p. 265).

⁴ Sia consentito il rinvio a S. ACETO DI CAPRIGLIA, *Illeciti criptovalutari. Note comparatistiche* in *Quaderni dell'Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 3, Napoli, 2020.

dell'ingegno, di tipo digitale). Tutto ovviamente alla luce del principio di moderna e scottante attualità, della mercificazione dei dati digitali i quali, ancorché privi di caratteristiche utili a risalire all'identità anagrafica del soggetto, possono formare materia di compravendita per scopi di profilazione e rappresentano un valore economico per talune realtà commerciali di non tenue entità⁵. Laddove in taluni casi l'*actio finium regundorum* tra personalità e patrimonialità può risultare agevole, non così in tali altri, con l'esigenza di fornire una compiuta sistemica della suddetta tipologia di beni, al fine di fornire soluzioni a complessi casi di specie che, sempre più, sono destinati a porsi nella prassi⁶. La seconda questione, di tipo pratico, consiste invece nel comprendere in che modo possa concretamente darsi luogo alla successione 'digitale'⁷. Invero non sempre il *de cuius* lascia un testamento, e anche quando lo faccia, non è detto che egli riveli le credenziali di accesso ai propri supporti fisici ove risultano conservate dette entità elettroniche, anche per la possibilità che dette credenziali vengano poi adoperate da terzi⁸. In *subiecta materia* è da rilevare, in uno con autorevole dottrina, che il moderno diritto successorio resta, per larga parte, ancorato a rigide formalità testamentarie che lasciano intravedere poco spazio per nuove

⁵ G. RESTA, *La 'morte digitale'*, in *Dir. inf.*, 2014, 6, § 4.4; J. DARROW e G. FERRERA, *Who Owns a Decedent's E-Mails: Inheritable Probate Assets or Property of the Network?*, in *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, 2006, 10, pp. 281 ss.

⁶ Sarà dunque quest'ultima la prima problematica che verrà affrontata nella presente trattazione, ciò che risulta prodromico alla analisi delle possibili figure negoziali adoperabili al fine di dare attuazione alla complessa fattispecie della successione 'digitale'.

⁷ Nota G. MARINO, *La "successione digitale"*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2018, 1, p. 169, che detta locuzione, seppur "*breviloquente e inevitabilmente eclettica*", è capace di condensare le questioni concernenti il profilo della trasmissione di diritti e rapporti giuridici e della continuazione della personalità del defunto per come sviluppatasi sulla rete, riguardate attraverso il prisma della disciplina delle successioni *mortis causa*. Cfr. inoltre C. CAMARDI, *L'eredità digitale, tra reale e virtuale*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1, 2018. Cfr. inoltre A. MAGNANI, *L'eredità digitale*, in *Not.*, 2014, p. 521 il quale osserva che "nell'ambito del 'diritto privato digitale' hanno assunto sempre più rilevanza i beni informatici, il *domain name*, la *password*, la *user name*, le proprietà industriali ed intellettuali digitali (diritto d'autore), la brevettabilità del *software* e l'*open source*, le biblioteche *on line*, la firma digitale, il contratto informatico, l'eredità digitale.

⁸ Circostanza rilevata da A. VESTO, *Successione digitale e circolazione dei beni online*, Napoli, 2020, pp. 331 ss.

forme di devoluzione del proprio patrimonio, essendo generalmente vietati quei negozi che siano volti a disporre, contrattualmente, dei propri beni per il tempo in cui si è cessato di vivere (c.dd. negozi *mortis causa*)⁹. Ciò nonostante, si registra la comparsa, nello scenario del diritto digitale, di strumenti che, in tutto o in parte, sembrano contenere atti di ultima volontà, anche al di fuori di tale ristretto ambito. A titolo esemplificativo si pensi al *social network Facebook*, il quale consente di nominare un c.d. “contatto-erede” in caso di morte del titolare dell'*account*¹⁰. Detto contatto sarà in grado di visualizzare i vecchi *post* del *de cuius* e di pubblicarne di nuovi, ma non di accedere ai messaggi privati inviati in vita da costui. A fronte di tali nuove forme di manifestazione della volontà, appare necessario prendere atto della perdita di centralità gravitazionale del testamento, in favore di nuove forme contrattuali maggiormente flessibili e che siano in grado di assicurare tutela alla libera autodeterminazione del testatore¹¹. La circostanza varrebbe a donare nuova vitalità al domestico sistema successorio, oltretutto risultare coerente con quell'orientamento dottrinale che considera validi quei patti regolativi della successione, che abbiano a oggetto interessi di carattere non patrimoniale¹². Su altro versante, è necessario interrogarsi sul se possano valere, nel moderno ordinamento italiano, peculiari forme testamentarie, definite come ‘digitali’ o ‘filmate’, comparse di recente con l'evoluzione dei nuovi strumenti tecnologici. Ancorché la soluzione risulti ardua da affermare sulla base del corrente ordito, risulta opportuno fornire prospettive *de iure condendo* che possano gettare le basi per una innovazione legislativa che tenga conto delle nuove problematiche poste dai c.dd. beni

⁹ Il riferimento è, lapalissianamente, al divieto di patti successori di cui all'art. 458 c.c., su cui sia consentito il rinvio a S. ACETO DI CAPRIGLIA, *I “divieti” di patti successori nel sistema di civil law*, Napoli, 2019, *passim*.

¹⁰ Suggestiva la definizione di D. SISTO, *La morte si fa social: Immortalità, memoria e lutto nell'epoca della cultura digitale*, Torino, 2018, p.72, il quale qualifica *Facebook* come “il più grande cimitero del mondo”.

¹¹ Cfr. M. PALAZZO, *Informatica e diritto. Un dialogo necessario*, in *Not.*, 2019, 5, pp. 505 ss.

¹² Cfr. V. BARBA, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, Napoli, 2015, pp. 129 ss. e G. PERLINGIERI, *Il ruolo del giurista nella modernizzazione del diritto successorio tra autonomia ed eteronomia*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, pp. 5-12.

digitali¹³. In via ulteriore, è necessario esaminare la possibilità di adoperare ulteriori e diversi istituti, quali il mandato *post mortem* e l'esecutore testamentario, al fine di consentire all'erede di entrare in possesso dei beni immateriali digitali, che gli siano stati lasciati in successione attraverso il testamento o per altre vie. Lo scenario sinora delineato si complica ove si consideri, in ultimo, che la successione digitale si caratterizza per la sua transnazionalità o, se si vuole, per la sua "a-nazionalità", considerato che lo spazio virtuale non appare soggetto, di per sé, ad alcun dominio prevalente di uno Stato sull'altro. Ciò nonostante, numerosi fornitori di servizi nel mondo digitale prevedono, all'interno dei propri contratti, che la legge applicabile sia quella degli Stati Uniti, e in particolare quella dello Stato della California¹⁴. Alla luce di tali considerazioni, appare fondamentale l'analisi delle esperienze straniere, le quali possono fornire utili indicazioni al fine di risolvere dette complesse problematiche. In prima battuta, è necessario indagare il sistema nordamericano per l'assoluta rilevanza che esso riveste nell'ambito informatico: comprendere le soluzioni ivi adottate consentiranno di verificare se e quali negozi

¹³ Cfr. A. D'ARMINO MONFORTE, *Le successioni nel patrimonio digitale*, Pisa, 2020, pp. 40 ss. In tale opera l'autore osserva che i beni digitali sono beni rappresentati in formato binario ovvero da una serie di 0 e 1 (a-tecnicamente i *files*), di cui si possiedono i relativi diritti di utilizzo, contenuti all'interno di un dispositivo di memorizzazione fisico, che esistono o esisteranno in futuro. Se questa può apparire una definizione di carattere generale, l'autore rileva che il documento informatico è un bene digitale giuridicamente rilevante ai fini successori, così come ogni altra cosa suscettibile di formare oggetto di diritti secondo l'articolo 810 del codice civile. In particolare il documento informatico, a differenza del documento analogico, si contraddistingue perché privo di materialità e perché composto da *bit*; moltiplicabile in più originali in quanto duplicabile e riproducibile in una serie infinita di esemplari tutti identici e sottoscrivibile solo con la firma elettronica.

¹⁴ Il fenomeno è noto con la terminologia "Sindrome di Santa Clara". Che si parli di posta elettronica, di *Cloud* o di fornitori di musica, i principali operatori si trovano per lo più negli USA, in ampia maggioranza nella *Silicon Valley*. Normalmente le condizioni generali del servizio dichiarano applicabile la legge della California, sotto la giurisdizione esclusiva della Contea di Santa Clara. È evidente che far valere in un simile contesto il proprio status (ad esempio) di erede, può rivelarsi un esercizio estremamente complicato ed anche estremamente costoso. Cfr. U. BECHINI, *Disposizione di beni digitali, in Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile, Atti dei Convegni Roma, 18 marzo 2016 - Genova, 27 maggio 2016 - Vicenza, 1° luglio 2016, in fondazione-notariato.it*, pp. 242 ss.

possano essere ammessi nell'ordinamento domestico, e se essi siano compatibili col principio censurante di ordine pubblico. In secondo luogo, è necessario soffermarsi sulle esperienze europee, al fine di procedere, nel campo delle successioni, a un dialogo tra ordinamenti che risulti idoneo a rendere effettiva una reale armonizzazione della disciplina successoria degli Stati membri, in modo tale da rendere effettiva una libera circolazione dei beni *online* nel mercato unico digitale europeo¹⁵.

2. *Tassonomia dei beni digitali: il fenotipo virtuale*

Una trattazione prodromica in merito al c.d. patrimonio digitale si impone altresì in ragione della circostanza per la quale i successori (legittimi o testamentari) potrebbero avere un interesse affinché i cespiti digitali del *de cuius* non vengano cancellati definitivamente o, peggio, acquistati da estranei per invenzione di una *res nullius*¹⁶. Si tratta di un patrimonio difficile da descrivere compiutamente, idoneo a durare nel tempo conservando integri i suoi contenuti per più di una generazione. Mentre, fino ad un recente passato, l'accesso alla c.d. cultura digitale, con riferimento alla sfera post-mortale, era prerogativa delle persone celebri, lo sviluppo tecnologico attuale consente a qualsiasi individuo di gestire un flusso di dati appetibili per il mercato¹⁷. In prima battuta è necessario specificare che già il diritto comunitario distinse, in tempi

¹⁵ Il Mercato Unico Digitale, o “*Digital Single Market*” (da qui in poi, DSM) è una strategia adottata dalla Commissione Europea Juncker il 6 maggio del 2015. La Commissione, difatti, avendo realizzato l'importanza delle tecnologie digitali e di *internet*, ha deciso di impegnarsi per innovare il mercato unico europeo, rendendolo adatto alla *digital age*. Fino a quel momento sia le aziende che i consumatori si trovavano di fronte a barriere nell'utilizzo di strumenti e servizi *online*, che impedivano non solo ai cittadini, ma anche ai governi, di poter beneficiare appieno della digitalizzazione. L'obiettivo posto dalla Commissione Juncker è, quindi, creare un Mercato Unico Digitale in cui sia garantita la libera circolazione di merci, persone, servizi, capitali e dati, e in cui cittadini e le imprese possano accedere in modo trasparente ed equo a beni e servizi online, indipendentemente dalla loro nazionalità e da dove risiedano.

¹⁶ Cfr. S. STEFANELLI, *Destinazione post mortem dei diritti sui propri dati personali*, in *MediaLaws – Riv. dir. dei media*, 2019, 1, pp. 139 ss.; P. FEMIA, *Una finestra sul cortile. Internet e il diritto all'esperienza metastrutturale*, in C. Perlingieri e L. Ruggeri (a cura di) *Internet e Diritto civile*, Napoli, 2015, *passim*.

¹⁷ Cfr. A. VESTO, *op. cit.*, p. 74.

non risalenti, all'interno dei c.dd. beni non fisici, i contenuti digitali, tali essendo i dati prodotti e forniti in formato digitale, quali programmi informatici, applicazioni, giochi, video o testi, indipendentemente dal fatto che l'accesso a tali dati avvenga tramite *download*, *streaming*, supporto materiale o tramite qualsiasi altro mezzo¹⁸. Secondo una più recente Direttiva (2019/770/UE)¹⁹, invece, va tenuto distinto il profilo del contenuto digitale da quello del servizio digitale per il tramite del quale esso viene fruito.

Il servizio digitale ha, infatti, secondo la ricostruzione della direttiva, una duplice proiezione: *in primis*, consentire di creare, trasformare, archiviare i dati o di accedervi in formato digitale; in secondo luogo, permettere la condivisione di dati in formato digitale caricati o creati dal consumatore (art. 2, n. 2, lett b). In via ulteriore, l'atto normativo *de quo* ha individuato, accanto alle categorie sopra menzionate, quella del c.d. bene con elementi digitali, ovvero sia un bene mobile materiale che contiene, o si connette necessariamente, con un contenuto digitale o con un servizio digitale (art. 2, n. 3).

Dal combinato disposto dei contributi normativi esaminati si evince che, mentre il contenuto digitale incorporato in un supporto materiale viene trasferito all'utente finale in regime di proprietà mediante un contratto di compravendita, il contenuto digitale trasferito senza il relativo supporto materiale viene normalmente concesso in uso attraverso un'apposita licenza²⁰. Dunque, avendo quale *ubi consistam* la ricostruzione fenomenologica in diritto europeo, è possibile definire una triade concettuale che includa tra il bene materiale e quello immateriale anche il bene c.d. virtuale, intendendosi per tale quell'entità che esiste sulla rete telematica, destinato a circolare nel mondo di *internet*²¹. All'interno di tale ampia categoria vanno ascritti tanto i beni

¹⁸ Cfr. Direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 (in G.U.U.E. del 22 novembre 2011, L. 304/64) sui diritti dei consumatori, *Considerando* n. 19.

¹⁹ Direttiva 2019/770/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali (in G.U.U.E., 22 maggio 2019, L.136/1).

²⁰ Cfr. A. DE FRANCESCHI, *La vendita di beni con elementi digitali*, Napoli, 2019, pp. 25 ss.

²¹ Così testualmente A. GAMBARO, *Dai beni immobili ai beni virtuali*, in *XXI secolo*, 2009, ora in *Enciclopedia giuridica Treccani* (www.treccani.it).

digitali in senso stretto, quanto gli *internet accounts* di cui un soggetto può essere titolare. Entrambe le entità giuridiche sono accomunate dalla circostanza per la quale, per fruire del loro contenuto, è necessario possedere delle specifiche credenziali di accesso. Tuttavia, essi appaiono dotati di caratteristiche peculiari. I beni digitali in senso stretto sono tutti quei documenti espressi in formato digitale, quali foto, video, *e-mail*, *files* contenenti manoscritti etc., che possono essere archiviati sia per il tramite di sistemi di *storage online* che *offline*. Si tratta dunque di documenti digitali conservati all'interno di dispositivi anch'essi digitali, i quali possono avere, cumulativamente o alternativamente, contenuto di natura patrimoniale o non patrimoniale²². Gli *internet account*, invece, garantiscono ad un singolo utente l'accesso ad uno specifico servizio, o ad uno o più beni determinati; si pensi all'*account* per usufruire del servizio di posta elettronica, oppure per interagire su un *social network*. A differenza dei beni digitali *strictu sensu*, che di norma sono di proprietà del singolo utente, gli *accounts* in esame risultano sempre di proprietà del gestore del servizio, il quale concede all'utente dietro corrispettivo, ovvero anche gratuitamente, la facoltà di creare delle proprie credenziali. Nel patrimonio digitale del *de cuius* possono rientrare, dunque, tanto una eterogenea gamma di beni digitali in senso stretto, che di *internet accounts*, i quali risultano idonei (qualora funzionalmente collegati) a formare oggetto di una universalità di beni mobili, formata da un complesso di più *res* digitali, separate e autonome tra loro, con applicabilità, nell'esempio di gruppi di films, del disposto dell'art. 727, comma 2, c.c. (secondo il quale si deve evitare, quanto più possibile, il frazionamento delle biblioteche, gallerie o collezioni che hanno importanza storica, scientifica o artistica).

La successione *mortis causa* in tali peculiari beni può risultare certamente più agevole in caso di vero e proprio lascito testamentario, ove vengano espressamente menzionati dal *de cuius*. L'esecuzione materiale della disposizione può avvenire attraverso l'ausilio di un esecutore testamentario (artt. 700 ss. c.c.)²³. Qualora invece il testatore nulla abbia disposto, si avrà luogo alla successione legittima, la quale pone, in tale peculiare contesto, una delicata serie di questioni

²² Cfr. A. VESTO, *op. cit.*, pp. 78 ss.

²³ Su cui *infra*.

applicative. Qualora i beni del patrimonio digitale siano archiviati su dispositivi fisici, quali *computer*, *tablet* o telefoni cellulari, non appaiono ostacoli all'applicazione della ordinaria disciplina in punto di beni mobili, che diventano di proprietà degli eredi legittimi, ai quali verrà trasferito il diritto reale del *de cuius*, secondo la disciplina del Codice civile. Se gli eredi non conoscono le credenziali di accesso a detti dispositivi, tuttavia, e in assenza degli istituti giuridici sopra menzionati, essi non avranno altra scelta che rivolgersi a un tecnico al fine di decriptare dette credenziali. In caso di beni memorizzati su supporti esclusivamente virtuali o di *accounts* digitali, gli eredi, a seguito di motivata richiesta al gestore del servizio, possono ottenerne copia. Tuttavia, siffatta operazione non è esente da cospicue spese, dovute essenzialmente alla sede extraeuropea dei fornitori di servizi digitali. Difatti, nonostante le previsioni del Regolamento europeo in materia di dati personali (c.d. GDPR²⁴) tendano a localizzare la tutela dell'utente, sotto tale specifico profilo, nell'ambito dell'Unione europea, la maggioranza delle previsioni contrattuali dei *providers* fanno espresso rinvio alla legislazione californiana, che consente l'esecuzione delle azioni personali limitatamente alla vita del titolare dell'*account*, generando così una regolamentazione dettata dal mercato e non dall'autonomia testamentaria del *de cuius*.

Complessivamente, può affermarsi che, laddove sussista un diritto patrimoniale su un bene immateriale, questo cadrà certamente in successione, stante la sua piena trasmissibilità agli eredi o legatari. Tuttavia, i beni non fisici presenti in rete assumono giuridica consistenza in quanto inseriti in una specifica rete di rapporti contrattuali: è il contratto che determina solitamente l'insorgenza di nuovi beni virtuali e ne governa il regime di appartenenza e di circolazione. La loro fruizione e il loro trasferimento saranno dunque possibili soltanto se ciò è consentito dalla disciplina negoziale, essendo la posizione contrattuale ad essere trasferita, non la disponibilità delle risorse che rimane nella titolarità degli intermediari digitali.

Nei contratti che hanno ad oggetto la fornitura di servizi digitali, la maggior parte delle condizioni generali statuiscono che, in caso di decesso dell'utente, il rapporto si estinguerà e non sarà possibile trasmettere la posizione contrattuale a terzi. La circostanza che il

²⁴ Ufficialmente il Regolamento U.E. n. 2016/679.

decesso determini la cessazione unilaterale del rapporto, con contestuale cancellazione dei dati, sembra peraltro determinare un eccessivo squilibrio delle posizioni contrattuali, con conseguente giudizio di abusività della clausola²⁵.

3. *Le soluzioni offerte dalla dogmatica italiana tra tutela dei dati personali del de cuius e loro trasmissibilità: legato di password, mandato post mortem, esecutore testamentario*

Nel complesso, i sistemi di *Common law*, ivi compreso l'ordinamento giuridico anglosassone, propendono per una definitiva estinzione dei rimedi posti a tutela della *privacy* del defunto. Difatti, l'art. 1, n. 1, della legge inglese (*UK Data Protection Act* del 2018), definisce quali dati personali (dunque sottoposti alla prefata tutela) solo quelle informazioni riferentesi alle persone vive. Ne consegue, similmente a quanto accade nel diritto nordamericano, che i dati informatici delle persone defunte possono essere appropriati dai gestori di servizi, residuando scarso spazio per la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo.

In tale prospettiva, può affermarsi che lo scenario legislativo europeo in punto di trasmissione in via successoria dell'*account email* appare piuttosto frastagliato. Anche per l'art. 2 dell'*Irish Data Protection (Amendment) Act* si definiscono dati personali quelli relativi a individui vivi, escludendosi espressamente l'applicabilità della normativa in materia alle informazioni relative ai defunti. Per contro, gli orditi normativi euro-continentali realizzano quasi tutti, pur sulla base di diversi presupposti dogmatici, una proiezione dell'apparato rimediabile oltre il momento della morte²⁶. Un primo gruppo di Paesi si astiene dal dettare, sul piano legislativo, una soluzione chiara in un senso o nell'altro. Ipotesi emblematica è quella del diritto tedesco: ivi il *Bundesdatenschutzgesetz* (BDSG) non contempla la fattispecie, ma la dottrina e la giurisprudenza hanno in prevalenza optato per la tesi dell'applicabilità di tale disciplina unicamente ai dati delle persone viventi. Tra i paesi di tradizione continentale, esclusivamente l'art.3 della legge svedese sulla protezione dei dati personali (*Personuppgiftslag*

²⁵ Cfr. G. RESTA, *La "morte" digitale*, cit., pp. 909 ss.

²⁶ Cfr. A. VESTO, *op. cit.*, p. 97, n. 159.

del 1998) statuisce espressamente che tutte le informazioni sottoposte alla tutela della legge debbono riferirsi direttamente o indirettamente a persone vive. Vi è poi un ultimo gruppo di Stati, in cui rientrano, tra gli altri, Italia e Francia, che conversamente e in modo espresso attribuiscono agli eredi, ai congiunti, o ad altri soggetti il potere di esercitare i diritti dell'interessato dopo la sua morte²⁷.

I sistemi di matrice francese, tra cui quello italiano, optano *in subiecta materia* per un meccanismo di acquisto *iure proprio* di un diritto nuovo, fondato sul legame familiare con lo scomparso. Nell'ordinamento interno italiano risulta applicabile, sotto questo profilo, il Regolamento (UE) 679/2016, il *General Data Protection Regulation* (GDPR). Quest'ultimo, differentemente dalla Direttiva 95/46/CE, mostra una maggiore attenzione per il tema della informazione relativa ai dati delle persone decedute, specificando che le normative in esso contenute non si applicano ai dati personali di un soggetto defunto e che gli Stati membri godono di ampia discrezionalità nell'introdurre norme relative a tali fattispecie²⁸. In particolare, nella prospettiva di valorizzare l'auto-determinazione informativa della persona si colloca, ad esempio, la possibilità in capo all'utente di esprimere una volontà di diniego per l'esercizio dei diritti in questione, purché tale volontà sia specifica, inequivoca, libera e informata. L'ampia sfera di autonomia del soggetto interessato, quindi, può esplicarsi anche nel potere di indicare la persona che potrà accedere *post-mortem* al suo *account* ovvero nel vietare che la persona designata possa cancellare il profilo *social* o modificarne il contenuto. Per quanto attiene alla normativa interna, il d. lgs. n. 10 agosto 2018, n. 101, di raccordo tra il d.lgs. n. 196/2003 e il Reg. (UE) 679/2016²⁹, estende l'esercizio dei diritti di cui agli artt. 15-22 del

²⁷ Cfr. G. RESTA, *ult. op. cit.*, pp. 95 ss.

²⁸ Cfr. *Considerando* nn. 27, 158 e 160.

²⁹ Dopo tanta attesa, il 4 settembre 2018 è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 205 il decreto legislativo 101 del 10 agosto 2018 contenente le disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale ai principi del Regolamento europeo 2016/679 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, e che abroga la direttiva 95/46/CE (Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati). La funzione del decreto legislativo 101/2018 è quindi quella di armonizzare le norme enunciate dal nostro legislatore nel Codice in materia di protezione dei dati personali (D.Lgs. 196/2003) con quelle introdotte dal Regolamento UE 679/2016, entrato in vigore il 25 maggio dello stesso anno.

Regolamento medesimo in favore di coloro che vantino un interesse proprio o agiscano a tutela dell'interessato per ragioni familiari o in qualità di loro mandatari³⁰. In tal guisa si consente ai soggetti designati un diritto *iure proprio* alla protezione dei dati personali del defunto. In particolare, l'art. 2-terdecies, dedicato ai diritti riguardanti le persone decedute, configura una ipotesi di esercizio *post-mortale* del diritto alla portabilità dei dati, che spetta agli eredi e/o prossimi congiunti ovvero ai fiduciari o “mandatari” del defunto, mentre rimane precluso a chi invochi un interesse proprio *tout court*. L'esercizio dei diritti di cui al comma 1 della disposizione è precluso solo quando ciò sia disposto dalla legge oppure qualora l'interessato lo abbia espressamente vietato con dichiarazione scritta presentata al titolare del trattamento o a quest'ultimo comunicata. Pertanto, al fine di sterilizzare la portata innovativa della disposizione in commento, sarà necessario che l'utente, attraverso apposita dichiarazione scritta comunicata al *service provider*, in ogni caso revocabile e modificabile in ogni momento fino a quello della morte, vieti espressamente ai soggetti di cui sopra l'esercizio dei diritti posti dal GDPR, così da rendere inaccessibile l'*account* in caso di decesso. La *ratio* della previsione è senza dubbio valorizzare l'autonomia privata del *de cuius* e in particolare la sua autodeterminazione informativa, che si proietta ben oltre il confine della sua esistenza fisica³¹.

Riassumendo l'*excursus* normativo domestico, non si può prescindere dall'analisi del GDPR (Regolamento europeo 2016/679 in materia di protezione dei dati personali) il quale esclude i dati personali delle persone defunte dal suo ambito di applicazione. Tuttavia, riconosce agli Stati membri la possibilità di disciplinare autonomamente la materia, con chiare conseguenze in chiave di armonizzazione legislativa del mercato unico digitale.

Infatti, come ribadito, il considerando 27 del GDPR dispone espressamente che “*Il presente regolamento non si applica ai dati personali delle persone decedute. Gli Stati membri possono prevedere norme riguardanti il trattamento dei dati personali delle persone decedute*”. Anche nei casi di

³⁰ Si tratta, in particolare, del diritto di accesso, di rettifica, alla cancellazione dei dati, alla limitazione del trattamento, alla portabilità dei dati e alla opposizione al trattamento.

³¹ Cfr. A. VESTO, *op. cit.*, pp. 101-102.

trattamento a scopo di archiviazione (cfr. considerando 158) o di ricerca storica (cfr. considerando 160), è esclusa l'applicabilità del Regolamento alle persone decedute.

Il Codice Privacy italiano (D. Lgs. 196/2003) nella versione antecedente al Regolamento 2016/679, all'art. 9 (ora abrogato) stabiliva che, in caso di decesso dell'interessato i suoi diritti potevano essere esercitati “*da chi ha un interesse proprio o agisce a tutela dell'interessato o per ragioni familiari meritevoli di protezione*”. Il d. lgs. 101/2018, recante “*Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (Regolamento generale sulla protezione dei dati)*”, entrato in vigore a partire dal 19 settembre 2018, ha invece introdotto l'art. 2 *terdecies* del Codice, con cui ha dettato una disciplina più articolata. Infatti, la norma citata, al comma 1, ha ripreso il dettato dell'abrogato art. 9 disponendo che “*I diritti di cui agli articoli da 15 a 22 del Regolamento riferiti ai dati personali concernenti persone decedute possono essere esercitati da chi ha un interesse proprio, o agisce a tutela dell'interessato, in qualità di suo mandatario, o per ragioni familiari meritevoli di protezione*”. Nella nuova formulazione normativa, quindi, i diritti esercitabili dopo la morte dell'interessato sono stati specificamente individuati in quelli “*di cui agli articoli da 15 a 22 del Regolamento*”, ossia i cosiddetti diritti dell'interessato, mentre nella precedente versione la formulazione era più ampia.

La novità principale della novella legislativa si rinviene però al comma 2, dove in relazione ai “*servizi della società dell'informazione*”, è stata data la possibilità all'interessato di precludere ai terzi, mediante dichiarazione di volontà espressa (presentata al titolare del trattamento o allo stesso comunicata), l'esercizio dei diritti relativi ai propri dati personali³².

Il nuovo Codice Privacy italiano riconosce quindi al *de cuius* la possibilità di disporre in relazione alla sua eredità digitale, ossia ai diritti della propria identità digitale, precisando però che l'eventuale divieto non può arrecare un pregiudizio “*all'esercizio da parte di terzi dei diritti patrimoniali che derivano dalla morte dell'interessato nonché del diritto di difendere*

³² Cfr. A. D'ARMINO MONFORTE, *Successione ereditaria dei beni digitali: come accedere ai dati del defunto*, intervento dell'11 marzo 2020 su www.cybbersecurity360.it

in giudizio i propri interessi” (cfr. comma 5, art 2 *terdecies*).

Parte della dottrina³³, ha usato al riguardo l’espressione “diritto di veto” preferendola a quella di “testamento digitale” con il quale l’interessato può disporre in vita dei propri dati digitali *post mortem*, precisando che “*La volontà dell’interessato di vietare l’esercizio dei diritti di cui al comma 1 deve risultare in modo non equivoco e deve essere specifica, libera e informata*” (comma 3). Anodina invece la formulazione concernente la limitazione al diritto dell’interessato contenuta nella seconda parte del terzo comma, dove si dispone che “*il divieto può riguardare l’esercizio soltanto di alcuni dei diritti di cui al predetto comma*”. Sebbene si faccia riferimento ai pretesi diritti di cui al comma 1 (articoli da 15 a 22 del GDPR), rimane misterioso il perché il divieto possa riguardare solo “*alcuni*” di tali diritti, tra l’altro non specificati.

In ogni caso, il quadro giuridico permane incerto, poiché in Italia non esiste una legislazione specifica che disciplini tali profili del diritto successorio, e non è detto che venga approvata in futuro. Né si scorgono all’orizzonte pronunce chiarificatrici della Suprema Corte, poiché nessun caso di specie è approdato sinora alla sua attenzione. Della questione si è occupata soprattutto la dottrina, la quale ha evidenziato che le credenziali, ad esempio, non possono costituire autonomo oggetto di diritto, in quanto non rientrano nel più ampio alveo dei beni digitali. Difatti, la *password* non è essa stessa un bene giuridico, quanto piuttosto uno strumento funzionale a consentire l’accesso ad una risorsa che contiene dati digitali³⁴. Si discute viceversa se le credenziali abbiano natura di firma elettronica, qualificata o digitale, intesa come insieme dei dati in forma elettronica, utilizzati come metodo di identificazione informatica. In verità, si è affermato che le c.dd. firme elettroniche richiedono che detti dati siano allegati o connessi tramite associazione logica ad altri dati elettronici, ciò che non sembra ricorrere nel caso delle credenziali di accesso. *Ergo*, si opta per la tesi secondo la quale esse debbano semplicemente considerarsi come un metodo, contrattualmente definito, per l’identificazione telematica dell’avente diritto all’accesso, dinamicamente rassomigliante ai

³³ E. ERRICHELLO, *Eredità digitale e mandato “post mortem”, quali regole e come gestirlo*, in www.agendadigitale.eu del 1 ottobre 2019.

³⁴ Cfr. U. BECHINI, *Il notaio digitale. Dalla firma alla blockchain*, Milano, 2019, pp. 27-28.

documenti di legittimazione di cui all'art. 2002 c.c.³⁵. In particolare, le credenziali si possono suddividere in due categorie: un primo gruppo è rappresentato dalle credenziali che consentono l'accesso a sistemi governati da operatori *online*, tra cui, ad esempio, oltre la posta elettronica, vi rientrano anche i siti che offrono servizi di *word processing*³⁶. Un secondo gruppo di credenziali, invece, è rappresentato dalle c.dd. chiavi virtuali che governano l'accesso a un *personal computer* o ad altro dispositivo elettronico o fisico (come una chiavetta *usb*). In tal caso le credenziali costituiscono mera modalità di identificazione dell'avente diritto all'accesso al sistema protetto e, non essendoci un rapporto contrattuale che vincola le parti, nulla osta al trasferimento e all'utilizzo delle stesse a favore di soggetti terzi che le abbiano ricevute anche *inter vivos* dal *de cuius*. Con riferimento alle credenziali che consentono l'accesso a risorse *online*, di cui alla prima categoria, invece, un soggetto correttamente legittimato (*in primis*, come successore nel rapporto contrattuale relativo all'uso del sistema), può ottenere dal gestore un duplicato delle credenziali o nuove credenziali³⁷. Non è quindi indispensabile, per il *de cuius*, ricorrere alla loro conservazione diretta. La detenzione delle medesime da parte del gestore del servizio *online*, infatti, è strettamente collegata alla sua peculiare posizione contrattuale, equiparabile a quella del depositario, che lo legittima a custodire le credenziali indicate dal *de cuius*, per poi rigenerarne altre a favore di altro soggetto, mandatario o fiduciario³⁸. Costui ottiene, a

³⁵ Cfr. U. BECHINI, *Password, credenziali e successione mortis causa*, cit., p. 2.

³⁶ In tali siti non è solo possibile creare ed elaborare testi, ma anche conservarli *online*, senza scaricarli sul proprio dispositivo fisico. Cfr. A. VESTO, *op. cit.*, p. 105.

³⁷ Cfr. U. BECHINI, *ult. op. cit.*, p. 3.

³⁸ Sul punto, interessante l'*opinione* di C. PERLINGIERI, *Gli accordi tra i siti di social network e gli utenti*, in C. Perlingieri, L. Ruggeri (a cura di), *Internet e diritto civile*, Napoli, 2015, pp. 201 ss., secondo la quale detti accordi configurerebbero un vero e proprio contratto di scambio di licenze d'uso collegato con i contratti conclusi dal *social network* con gli inserzionisti pubblicitari. Di norma la disciplina dei rapporti con gli utenti è posta dal *social network*, con la conseguente circolazione planetaria di regolamenti che, formati negli Stati Uniti, ricevono una mera trasposizione linguistica. La formulazione letteraria dei prefati regolamenti sancisce, di norma, che la creazione del profilo e l'accettazione contestuale delle condizioni d'uso comportano la nascita di un rapporto tra il *social network* e l'utente a titolo gratuito; il *social network* non è obbligato a fornire il servizio, neanche per una durata minima, né deve assicurare il corretto funzionamento della piattaforma; l'utente non risulta obbligato a pagare un corrispettivo e, al pari del *social network*, può recedere in qualsiasi momento. Il *social*

seguito della generazione a suo favore di nuove chiavi d'accesso, una idonea legittimazione ad agire, ovvero sia una posizione qualificata e differenziata del soggetto nei confronti dell'atto, che si estrinseca nel porre in essere un'attività giuridicamente rilevante³⁹, consistente nella gestione (nei limiti del contratto originario concluso tra *de cuius* e *provider*) delle informazioni e dei dati ivi contenuti. In estrema sintesi, dunque, al di fuori delle ipotesi in cui le credenziali debbano essere fornite dal *provider*, la trasmissione delle chiavi di accesso potrà avvenire, se del caso, attraverso apposita disposizione testamentaria a favore dell'erede, ivi menzionando la credenziale interessata dal procedimento successorio. L'utilizzo di tale tecnica espone tuttavia a rischi, specie in caso di testamento in forma pubblica, ma anche in caso di testamento olografo, poiché tale info d'accesso potrà essere carpita da terzi non legittimati. Qualora voglia farsi una attribuzione a soggetto diverso dall'erede, potrà altresì ricorrersi a una successione a titolo particolare tramite l'istituto del legato. Nella ipotesi che ci occupa, il dante causa potrà inserire all'interno del testamento una disposizione *mortis causa*, con la quale indica come legatario delle sue *password* una determinata persona che, in forza di tale disposizione, diverrebbe titolare del diritto sui beni digitali da esse protetti⁴⁰. Tale legato avrebbe contenuto patrimoniale poiché, tramite l'attribuzione diretta delle credenziali, vengono trasmessi al legatario, *per relationem*, i diritti su ciò che le

non solo non è obbligato ad alcunché, ma, in ogni caso, è sottratto a ogni responsabilità mediante specifiche clausole di esonero. Da tali affermazioni discende ora, da parte di certa dottrina, la negazione contrattuale dell'accordo, ora la sua riconduzione all'alveo dei contratti gratuiti atipici. Invero, secondo l'Autrice, il problema che si presenta al giurista è quello della negoziabilità degli attribuiti della persona. La valutazione degli interessi in gioco e della concreta operazione economica posta in essere induce a riconoscere che l'accordo postula un regolamento mediante il quale l'utente, al fine di ottenere l'accesso alla piattaforma, dispone del diritto alla *privacy* ed al controllo dei dati personali, consentendo al *social network* l'inoltro di pubblicità mirata. Pertanto, si deve riconoscere la natura contrattuale dell'accordo tra il gestore del sito e l'utente, nonché la considerazione del medesimo quale contratto di scambio. Per ulteriori approfondimenti si vedano altresì F. GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contr. impr.*, 2000, pp. 199 ss., P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, pp. 329 ss.

³⁹ Le espressioni utilizzate al fine della qualificazione giuridica della fattispecie in esame sono tratte da A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, *Dogmatica giuridica*, Milano, 1997, pp. 184 ss., nonché pp. 322 ss.

⁴⁰ Per cui si veda A. VESTO, *op. cit.*, pp. 171 ss.

password custodiscono. Qualora il testamento sia pubblico e dunque conoscibile da terzi in esso non si indicherà la *password* da conferire al legatario, che invece verrà custodita in luogo sicuro, come in un plico sigillato che può anche essere consegnato a una persona di fiducia.

La dottrina ha tentato di definire il legato di *password* come un legato a contenuto atipico, non previsto né disciplinato da alcuna norma giuridica, con il quale il testatore attribuisce al beneficiario la titolarità delle *passwords* personali e il cui oggetto si caratterizza per componenti determinabili solo in forza di elementi estranei al testamento, ovvero al bene custodito nel luogo, fisico o virtuale, cui le *passwords* danno accesso⁴¹. Si tratterebbe dunque, più chiaramente, di un legato con oggetto complesso, caratterizzandosi per un oggetto immediato (le credenziali di accesso) e uno mediato (il contenuto di cui esse consentono di appropriarsi). Attraverso tale peculiare istituto sarebbe possibile superare tutti i problemi connessi al divieto di patti successori⁴². Da un punto di vista fenomenologico sarebbe poi possibile distinguere, *prima facie*, i legati di *password* di accesso a profili digitali *online* dai legati di *password* di accesso ad *account email* e dai legati di *password* di accesso ad archivi digitali. Ove si considerasse la *password* alla stregua di un bene materiale, dovrebbe pervenirsi alla conclusione per la quale il legato di *password* configurerebbe una ipotesi di legato di cosa specifica, ovvero di cosa da prendersi in un certo luogo (art. 655 c.c.)⁴³. Tuttavia, come si è avuto modo di vedere, tale tesi non convince, e parte della dottrina ritiene più corretto discorrere di legato di contratto o di posizione contrattuale. Quanto al primo, è noto che tal tipologia appartenga alla categoria dei legati che comportano una obbligazione di *facere* a carico del soggetto onerato, erede o legatario in caso di sublegato, prescrivendo la stipulazione di un determinato negozio giuridico individuato dal *de cuius*⁴⁴. Tuttavia, la fattispecie mal si attaglia al caso in esame, poiché, come si è avuto modo di vedere, in caso di *password* di accesso a servizi *online* il contratto è già stato stipulato dal *de cuius* col *provider*. Pertanto, la qualificazione maggiormente aderente appare consistere in quella del legato di posizione contrattuale,

⁴¹ Cfr. L. DI LORENZO, *Il legato di password*, in *Not.*, 2014, 2, pp. 149 ss.

⁴² Cfr. A. D'ARMINIO MONFORTE, *La successione nel patrimonio digitale*, Pisa, 2020, pp. 137 ss. e S. ACETO DI CAPRIGLIA, *I "divieti" di patti successori*, cit.

⁴³ Cfr. A. VESTO, *op. cit.*, pp. 173 ss.

⁴⁴ Cfr. P. MAZZAMUTO, *Il legato di contratto. Fattispecie e rimedi*, Torino, 2018, p. XI.

ovverosia una disposizione testamentaria a titolo particolare avente per oggetto l'attribuzione dell'intera posizione contrattuale di cui il *de cuius* era titolare, in quanto derivante da un contratto precedentemente concluso. Da ciò discende che la predetta posizione contrattuale, di cui era originario titolare il defunto, deve essere liberamente trasferibile a terzi, fenomeno che non sempre accade con particolare riguardo a talune tipologie di *account online*, ove i gestori prevedono, nelle condizioni generali di contratto, la cancellazione di tutti i dati a seguito del decesso del titolare dell'*account*⁴⁵. Tale tipologia di legato differisce da quello di contratto in quanto quest'ultimo ha per oggetto il diritto di pretendere dall'onerato la conclusione di un contratto, mentre la disposizione in esame ha per oggetto una vera e propria posizione contrattuale, presupponendo un contratto già concluso tra le parti. Nella fattispecie *de quo*, il contratto preesiste all'apertura della successione e il testatore intende trasmettere al beneficiario tutti i diritti e gli obblighi connessi alla predetta posizione contrattuale⁴⁶. Quanto al legato di *password* di accesso ad *account email*, attraverso tale istituto è possibile fruire del diritto a ottenere il contenuto della corrispondenza del *de cuius*, ma non a subentrare nel contratto col gestore del servizio email. Ciò in ragione del fatto che molti *provider* di posta elettronica (come *Yahoo*, come si è visto) prevedono, nelle loro condizioni contrattuali, la non trasferibilità dell'*account email*. Con peculiare riguardo al legato di *password* di accesso a profili *online*, invece, quali i *social network*, il legato ha come precipua finalità quella di estrarre i contenuti prima che il fornitore blocchi il servizio, o quella di effettuare la loro cancellazione. Attraverso il legato di *password* di conto corrente *home banking*, poi, si conferisce al legatario il potere di disporre del proprio conto corrente, che non viene gestito attraverso il tradizionale sportello bancario, ma per mezzo di un servizio di *internet banking*. Tuttavia, in tali casi, l'istituto bancario non appena avrà notizia del decesso dell'intestatario provvederà di norma a bloccare l'accesso *online* al conto, fino a quando non saranno espletate le formalità conseguenti

⁴⁵ Cfr. L. DI LORENZO, *I legati a contenuto atipico e tipico nella prassi notarile*, in *Notariato*, 2015, 34, pp. 61 ss.

⁴⁶ In merito alla differenza tra il legato di contratto e il legato di posizione contrattuale cfr. M.C. TATARANO, *Il testamento*, in P. Perlingieri (a cura di), *Tratt. Dir. Civ. del Cons. Naz. del Notariato*, Napoli, 2003, pp. 456 ss., nonché, in via generale, F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione per causa di morte*, Milano, 1990, *passim*.

alla successione dell'intestataro da parte degli eredi e verrà appurata la legittimazione del legatario a disporre in tutto o in parte delle somme depositate sul conto corrente. Tale legato si configura come legato di somma da prendersi in un certo luogo (art. 655 c.c.) qualora il testatore, senza null'altro aggiungere, dia la possibilità di attingere a tutto quanto è contenuto sul conto. Infine, con riguardo al legato di credenziali di accesso per archiviare beni digitali su *server online* od *offline*, esso determina il trasferimento in capo al legatario dei diritti che il *de cuius* aveva su tutti i beni memorizzati sul *server* o sul supporto fisico. Il legatario, tuttavia, non subentra nel contratto stipulato dal *de cuius* col gestore del *server online*. Tale legato induce a una distinzione a monte tra legato avente a oggetto beni aventi carattere confidenziale e familiare, cui si applicheranno le relative disposizioni sul diritto d'autore con conseguente vocazione anomala a favore degli stretti congiunti, e beni digitali scaricati dal *web* a pagamento (*film*, libri, musica, etc.), ove troveranno applicazione le condizioni contrattuali poste dal gestore del servizio. Peraltro, è da attenzionare la circostanza che tali tipologie di contratti non attribuiscono all'originario titolare dell'*account* un diritto di proprietà su tali beni multimediali, bensì una più limitata licenza d'uso. Se sui *servers* il *de cuius* ha archiviato creazioni dell'intelletto di tipo personale, tra cui scritti e opere d'arte anche inediti, essi alla sua morte saranno liberamente fruibili dagli eredi, applicandosi la disciplina già indicata in merito di legato di *password* di accesso ad *account email*. Attesa la difficoltà di applicazione degli istituti sopra menzionati, poi, un utile espediente per trasmettere al beneficiario prescelto le credenziali di accesso ai cespiti digitali e ai relativi *account* consiste nel far ricorso ad un mandato *post mortem exequendum*⁴⁷. Si tratta di una figura negoziale che, pur avendo con il contratto stipulato tra mandante e mandatario

⁴⁷ Sulla validità e attitudine del mandato *post mortem exequendum* a fungere da strumento di trasmissione della ricchezza, alternativo al testamento, si vedano L. VIZZONI, *Mandato post mortem e c.d. eredità digitale*, in C. Granelli (a cura di), *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, Milano, 2019, pp. 149 ss.; G. SICCHIERO, *Contratti "post mortem", patti successori ed art. 28 l.n.*, in *Vita not.*, 2018, 2, pp. 557 ss.; S.T. BARBARO, *Validità degli accordi "post mortem" e scelta della disciplina applicabile*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 4, pp. 1565 ss.; A. CIATTI CÀIMI, *Mandato e regolamentazione di interessi post mortem e divieto di patti successori*, in V. Cuffaro (a cura di), *Successioni per causa di morte. Esperienze e argomenti*, Torino, 2015, pp. 594 ss.; V. PUTORTI, *Mandato post mortem e divieto di patti successori*, in *Obbl. contr.*, 2012, 11, pp. 737 ss.

inter vivos un minimo comune denominatore, sotto il profilo dell'intento negoziale, si contraddistingue per l'oggetto, a contenuto non patrimoniale, che si concretizza in una serie, più o meno complessa, di incarichi gestori conferiti dal mandante (coincidente col futuro *de cuius*), al mandatario e da eseguirsi dopo la morte del primo. Si tratta, come è noto, di un negozio che il *de cuius* conclude col mandatario *inter vivos* ma i cui effetti sono sottoposti alla condizione sospensiva dell'evento morte, poiché solo dopo questo momento il mandatario potrà compiere quelle attività individuate *ex ante* dal mandante come direttamente funzionali al soddisfacimento dei suoi interessi⁴⁸. La legittimità di disposizioni siffatte, che possono essere contenute anche in atti diversi dal testamento, si rinviene nella formulazione dell'art. 587, comma 2, c.c., che consente che le disposizioni di carattere non patrimoniale siano contenute in un testamento o in un atto che possiede la forma del testamento. Secondo la dottrina, l'utilizzo del verbo "consente" sta a significare che le disposizioni di carattere non patrimoniale possono essere contenute in un testamento, ma non debbano esserlo necessariamente. Difatti, non sarebbe tanto la natura *inter vivos* o *mortis causa*, né il profilo strutturale (bilaterale o unilaterale) di un atto a differenziare i negozi, ma gli interessi in concreto perseguiti dai medesimi. Questi ultimi possono anche caratterizzare e accomunare negozi a prima vista del tutto diversi, e ciò in funzione della possibile loro affinità qualitativa con il singolo atto dispositivo, sicché, in definitiva, l'art. 1324 c.c. non impedirebbe, *prima facie*, un dialogo tra la disciplina del contratto e quella del testamento, né la estensione delle regole del primo gruppo a quelle del secondo e viceversa⁴⁹. In merito si osserva che il mandato (*inter vivos*) *post mortem exequendum*, diretto al compimento di un atto *inter vivos* e da eseguirsi dopo la morte del mandante, è valido, in virtù della natura non cogente della norma di cui all'art. 1722, n. 4, c.c., che ricollega alla morte del mandante lo scioglimento del contratto. È dunque sufficiente, ai fini della validità e della efficacia di un negozio siffatto, che esso non sia in contrasto con le norme fondamentali poste a disciplina della successione a causa di

⁴⁸ Sulla figura in esame nell'ambito della successione digitale si rinvia a A. VESTO, *op. cit.*, pp. 182 ss.

⁴⁹ Così testualmente G. PERLINGIERI, *Invalidità delle disposizioni "mortis causa" e unitarietà della disciplina degli atti di autonomia*, in *Dir. Succ. fam.*, 2016, 1, p. 132.

morte⁵⁰. La fruizione del mandato *post mortem* risulta particolarmente idonea nel settore delle tecnologie informatiche e, in particolare, in ordine alle credenziali di accesso a risorse *online* o fisiche, per conoscere il profilo creato su piattaforme *social network*, *files* contenenti documenti riservati nonché corrispondenza personale⁵¹. Tuttavia, *in subiecta materia* l'incarico che viene conferito al mandatario deve presupporre un'attribuzione patrimoniale già effettuata durante la vita del defunto, per la quale il beneficiario dovrà limitarsi a compiere meri atti di esecuzione materiale. Se, ad esempio, il mandatario intendesse utilizzare le credenziali ricevute col fine di trasmettere beni a contenuto patrimoniale (es. *account Bitcoin*), si incorrerebbe in una ipotesi di mandato nullo, perché posto in violazione del divieto di patti successori⁵². Altro istituto astrattamente idoneo a realizzare l'obiettivo del trasferimento ultra generazionale dei propri beni digitali è quello dell'esecutore testamentario, previsto dal Capo VII, titolo IV, Libro II, all'art. 700 c.c.⁵³ Attraverso il testamento il *de cuius* ha infatti la facoltà di nominare un esecutore testamentario al quale affidare, all'apertura della successione, senza dover fornire agli eredi alcuna motivazione in ordine a tale scelta, l'esecuzione delle sue disposizioni di ultima volontà, incluse quelle di natura non patrimoniale. La nomina dell'esecutore si poggia essenzialmente sul rapporto fiduciario che si suppone esistere tra il testatore e il designando, oppure sulla sfiducia che il primo nutre nei confronti dei propri chiamati all'eredità. Per tale *ratio*, i compiti la cui gestione può essere affidata all'esecutore testamentario sono i più vari, potendo in concreto riferirsi sia alle disposizioni aventi contenuto patrimoniale (tanto a titolo particolare che universale) sia, come detto, a quelle a contenuto non patrimoniale. È controversa la natura giuridica dell'istituto: secondo una *opinio* autorevolmente sostenuta⁵⁴, la nomina dell'esecutore testamentario configurerebbe un vero e proprio mandato

⁵⁰ Cfr. G. BONILINI, *Iscrizione a "società" di cremazione e mandato post mortem*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2007, pp. 527 ss.

⁵¹ Così V. PUTORTÌ, *Gli incarichi post mortem a contenuto non patrimoniale tra testamento e mandato*, in *Pers. merc.*, 2012, 3, pp. 144 ss.

⁵² Cfr. A. VESTO, *op. cit.*, pp. 191 ss.

⁵³ Per una trattazione dell'istituto dell'esecutore testamentario nell'ambito delle successioni digitali si rinvia a A. VESTO, *op. cit.*, pp. 207 ss.

⁵⁴ Cfr. G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Napoli, 2010, pp. 130 ss.

post mortem, eccezionalmente consentito; mentre, secondo altri⁵⁵, ciò non sarebbe ammissibile, essendo il mandato un negozio giuridico bilaterale a natura contrattuale. Altri studiosi⁵⁶ hanno ravvisato nell'atto di nomina da parte del testatore un c.d. negozio autorizzatorio, attraverso il quale l'esecutore sarebbe investito del potere di agire, relativamente ai beni ereditari, in nome proprio ma nell'interesse altrui. Tuttavia, la tesi maggioritaria⁵⁷ e, per così dire, intermedia, ravvisa nell'istituto un ufficio di diritto privato e, segnatamente, un *munus* senza funzione rappresentativa, giacché l'esecutore agisce in nome proprio, ma nell'interesse obiettivo all'esatta attuazione delle disposizioni testamentarie⁵⁸. Peculiarità dell'istituto è che l'esecutore, una volta assunto l'ufficio, ha l'obbligo di portare a compimento la volontà del testatore, anche agendo in giudizio contro eventuali familiari contrari alle disposizioni del *de cuius*. La sua responsabilità va valutata con riguardo alla diligenza del buon padre di famiglia, secondo quanto sancito per il mandato e per il deposito gratuiti. Ciò nonostante, il testatore non potrà esonerare l'esecutore testamentario dalla responsabilità per la gestione. Inoltre, costui potrà essere esonerato a causa di fatti che minino oggettivamente la fiducia in lui riposta, per irregolarità nell'adempimento dei suoi obblighi, per inidoneità o per aver commesso una azione contraria al rapporto di fiducia instaurato. Le gravi irregolarità non devono essere necessariamente dolose o preordinate a fini di vantaggio dell'esecutore, essendo sufficiente che esse dipendano da una colpevole negligenza di costui nell'esercizio delle proprie funzioni. Quanto alla inidoneità, essa deve consistere nell'accertamento della impossibilità o della difficoltà che l'esecutore testamentario, per le sue qualità personali, ha nell'adempire l'ufficio⁵⁹. Qualificato il potere esercitato dall'esecutore testamentario sui beni

⁵⁵ Cfr. M. TALAMANCA, *Successioni testamentarie. Della revocazione delle disposizioni testamentarie – Delle sostituzioni - Degli esecutori testamentari*, Art. 679-712, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1979, pp. 432 ss.

⁵⁶ Cfr. G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990, pp. 656 ss.

⁵⁷ Sostenuta, in particolare, da F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1955, pp. 282 ss.; V.M. TRIMARCHI, *Esecutore testamentario*, in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1966, pp. 393 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, II, La famiglia. Le successioni*, Milano, 1981, pp. 436 ss.

⁵⁸ Così testualmente G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2002, pp. 597 ss.

⁵⁹ Cfr. M. TALAMANCA, *ult. op. cit.*, pp. 533 ss.

ereditari in termini di potere strumentale all'assolvimento dei compiti assegnatigli, ne discende che la relazione esistente tra l'esecutore e detti beni sia da considerarsi quale detenzione qualificata. Stando così le cose, in via teorica, non vi sarebbero apparenti ostacoli per affidare a un esecutore testamentario il compito di provvedere anche alla devoluzione *post mortem* dei propri beni digitali. *Ergo*, sul piano della applicazione pratica, l'istituto soffre di una notevole limitazione. Infatti, non è da escludere che, alla morte del *de cuius*, l'esecutore designato non possa o non voglia accettare l'incarico, così mortificando la volontà del testatore. L'ipotesi è tutt'altro che peregrina, considerando che l'ufficio può essere accettato o rifiutato *ad nutum*, cioè senza la necessità di fornire alcuna giustificazione. Né varrebbe a risolvere la complessa questione la previsione di un sostituto (art. 700, comma 1, c.c.), atteso che pure tale soggetto potrebbe in concreto non poter o non voler accettare l'incarico⁶⁰. In definitiva, dunque, sembra potersi affermare, con riguardo al diritto italiano, che tutti gli istituti individuati dalla dottrina presentano lacune e criticità, qualora applicati alla complessa fattispecie della successione nei beni digitali, non apparendo idonei ad assicurare la corretta devoluzione dei medesimi.

4. *La successione in universum ius del modello tedesco. L'ermeneutica progressista della giurisprudenza. La peculiare figura dell'amministratore di patrimonio digitale*

La prima decisione in ambito europeo sulla successione dei beni digitali *post mortem* è stata quella menzionata nell'*ouverture* della trattazione a magistero della Corte di Cassazione tedesca (BGH) del 12 luglio 2018.

La petenza di accesso all'*account Facebook* dei genitori della ragazza deceduta è stata accolta in primo grado, con una pronuncia ben motivata del *Landgericht* di Berlino⁶¹, ma è stata respinta in appello dal *Kammergericht*, che ha attribuito un peso maggiore al dovere di confidenzialità prescritto in base alla normativa sul trattamento dei dati personali⁶². Con il secondo arresto è stato in particolare valorizzato

⁶⁰ Così A. VESTO, *op. cit.* p. 214.

⁶¹ Cfr. LG Berlin, 17 dicembre 2015, in *DnotZ* 2016, p. 537 ss., in *ZEV* 2016, pp. 189 ss.

⁶² Cfr. KG Berlin, 31 maggio 2017, A.Z. 21 U 9/16, in *FamRZ*, 2017, pp. 1348 ss.

l'elemento della segretezza delle comunicazioni contenute nell'*account*, reputando invece meno importante il problema della sua ereditabilità. Da ultimo, con la decisione resa nel corso del 2018, il *Bundesgerichtshof* ha cassato la sentenza emessa in Corte d'appello, affermando il diritto degli eredi a ottenere l'accesso all'*account Facebook* della figlia defunta. La motivazione si fondava sul dato che i ricorrenti risultavano successori nella integralità dei rapporti attivi e passivi della giovane, nei quali rientrava anche il contratto atipico di utilizzazione dei *social network*. Per la Corte alemanna, la possibilità di ereditare il diritto di accesso all'*account*, scaturito dal contratto d'uso, non è esclusa dalle clausole contrattuali; né tantomeno è possibile dedurre l'impossibilità della trasferibilità *mortis causa* dalla natura del contratto. Inoltre, non è dato evincere una non ereditabilità neanche in caso di preventiva regolamentazione dell'*account* da parte del *de cuius* in modalità "commemorativa" rispetto all'evento della morte⁶³. La Corte Suprema tedesca ha ritenuto sulla *quaestio* che, alla morte del titolare dell'*account* di *social networking*, il relativo contratto, in via di principio, si trasmette ai suoi eredi, ai sensi del § 1922 BGB⁶⁴. Non impediscono l'accesso all'*account* e ai dati ivi contenuti, né la tutela *post-mortale* della personalità della defunta, né la riservatezza delle telecomunicazioni, né le norme sulla protezione dei dati personali⁶⁵, e neppure il generale diritto di personalità degli "amici"⁶⁶ con i quali era solita tessere scambi di messaggi. La decisione della Corte teutonica, a differenza dei precedenti francesi, non si basa sulla disciplina attinente alla protezione dei dati personali, bensì su quella della successione *in universum ius* del defunto. In tale prospettiva ermeneutica i diritti della personalità sembrano assumere rilevanza solo secondaria, poiché si muove dall'assunto secondo il quale i beni immateriali appartengono al patrimonio del *de cuius* e, dunque, sono suscettibili di trasmissione

⁶³ Cfr. par. 26 sent. cit.

⁶⁴ Secondo la disposizione menzionata, rubricata "successione universale", quando una persona muore, la sua proprietà nel suo insieme viene trasferita a una o più persone, definite eredi (comma 1).

⁶⁵ La già menzionata *Bundesdatenschutzgesetz* (BDSG) del 30 luglio 2017, pubblicata nella Gazzetta federale I del 2017, p. 2097 ss., da ultimo modificata dall'art. 12 della legge del 20 novembre 2019 (pubblicata nella Gazzetta federale I del 2019, pp. 1626 ss.).

⁶⁶ Si intende ovviamente "amico" nell'accezione peculiare dei *social networks*.

ereditaria. Le considerazioni della Corte, che dunque rafforzano il principio di universalità della successione *mortis causa*, si basano sull'assunto (condiviso da parte della dottrina domestica) secondo il quale l'*account* di un *social network* rappresenta una posizione contrattuale, suscettibile di devoluzione e acquisto, indipendentemente dalla natura dei beni coinvolti, che possono includere dati personali e non. In modo del tutto sorprendente, e in totale contrasto con il *leitmotiv* seguito da altre Corti europee e nordamericane, il BGH nega che dati e informazioni di natura personale debbano essere esclusi dal regime della successione. I giudici articolano, a dimostrazione dei propri argomenti, il testo dei §§ 2373 e 2047 del BGB, secondo i quali le carte e i ricordi di famiglia ricadono nella massa ereditaria, nonostante il loro carattere eminentemente personale⁶⁷. Inoltre, i medesimi paragrafi sanciscono che l'ereditabilità di certi diritti può essere esclusa contrattualmente, circostanza che però non sussisteva nel caso di specie. Pertanto, non vi sono ostacoli alla affermazione del diritto dei genitori ad accedere all'*account* della defunta discendente, considerato che il principio della successione universale è funzionale alla attribuzione univoca del patrimonio e, dunque, alla certezza del diritto dei partecipanti alla vicenda successoria. Tale finalità non risulterebbe garantita se, attraverso lo stato commemorativo, venisse costruito una sorta di "cimitero dei dati", al quale nessuno può avere accesso⁶⁸. Attraverso tale arresto, dunque, i genitori della ragazza hanno ottenuto il diritto ad accedere al complesso delle comunicazioni racchiuse nell'*account* della figlia, a differenza di quanto accade negli ordinamenti italiano e francese, non in quanto legittimati *iure proprio*, bensì in qualità di eredi, giacché la protezione dei dati della defunta è comunque recessiva, in tale ordinamento, rispetto alla pretesa di accesso di questi ultimi. Nello specifico ambito del contratto intercorrente tra utente e gestore del servizio *social*, la Corte ha avuto l'occasione di precisare che le obbligazioni che coinvolgono il trasferimento di beni non hanno

⁶⁷ Per approfondimenti si vedano A. ZACCARIA, *Diritti extrapatrimoniali e successione: dall'unità al pluralismo nelle trasmissioni per causa di morte*, Padova, 1988, pp. 46 ss. e pp. 236 ss.; M.D. BEMBO, *Carte, documenti, ritratti, ricordi di famiglia*, in G. Bonilini (a cura di) *Trattato di diritto delle successioni e delle donazioni*, I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, pp. 779 ss. In diritto tedesco, cfr. S. HERZOG, *Der digitale Nachlass - ein bisher kaum gesehenes und häufig missverstandenes Problem*, in *NJW*, 2013, pp. 3747 ss.

⁶⁸ Cfr. par. 30 sent. cit.

natura personalissima, in quanto sono personalissime non già le prestazioni del defunto, che anzi sono uguali con riferimento a ogni utente, ma solo i contenuti creati e comunicati dagli utenti medesimi⁶⁹. Conformemente all'incarico conferito dall'utente, il *provider* mette a disposizione la piattaforma di comunicazione allo scopo di rendere accessibili le notizie trasmesse e i contenuti condivisi dall'*account* con gli utenti amici. Si tratta di una attività non relativa alle sfere più intime della personalità, e anzi il confine tra contenuti personalissimi e patrimoniali risulta quantomai indefinito, soprattutto ove si consideri che anche contenuti personalissimi possono acquisire rilevanza patrimoniale nella successione ereditaria⁷⁰. Inoltre, la divulgazione delle comunicazioni personali conservate nell'*account Facebook* non si pone in contrasto con la legge sulle telecomunicazioni tedesca⁷¹. In particolare, il § 88 della suddetta normativa vieta di rivelare il contenuto delle comunicazioni a terze persone. Secondo il comma 3 del § 88, sono qualificati "terzi" le persone e le istituzioni che non sono parte del processo di comunicazione tutelato. Tuttavia, precisa la Suprema Corte, l'erede non può essere considerato terzo in tal senso, poiché attraverso il procedimento di successione è divenuto parte della comunicazione. Difatti quest'ultimo, quale subingredito nella posizione contrattuale e nuovo titolare dell'*account* a seguito della morte di quello originario, diventa compartecipe dei processi comunicativi di memorizzazione e messa a disposizione dei contenuti dell'*account*. Il defunto, invece, a seguito dell'evento morte, cessa di essere *partner* tutelato della corrispondenza. Partecipe di una comunicazione e, dunque, tutelato dalla legge sulle telecomunicazioni, può essere, infatti, solo una persona vivente. In via ulteriore, anche il GDPR consente, grazie al suo art. 6, il trattamento dei dati personali al fine di perseguire il legittimo interesse del titolare o dei terzi. Nel caso di specie, i genitori della giovane ragazza deceduta tragicamente non avevano mai invocato un autonomo interesse ad esercitare un uso attivo dell'*account*, ma avevano formalizzato la loro richiesta come funzionale alla scoperta di elementi utili per accertare l'insussistenza di un proposito suicidario da parte

⁶⁹ Per un approfondimento sulla pronuncia si rinvia a G. RESTA, *ult. op. cit.*, p. 92 ss.

⁷⁰ Cfr. par. 51 sent. Cit.

⁷¹ C.d. *Telekommunikationsgesetz* (TKG), pubblicata il 25 luglio 1995 nella Gazzetta Federale I, pp. 1120 ss.

della figlia. Laddove, viceversa, si fosse voluto sostenere il diritto degli eredi ad una prosecuzione dinamica nella gestione dell'*account*, allora sarebbe stato necessario provare un effettivo e concreto interesse del *de cuius* a mantenere attivo il proprio profilo dopo la sua morte. Una problematica, quest'ultima, che si intreccia con quella della nomina del c.d. contatto-erede e all'uso del mandato *post-mortem*⁷².

Più in generale, e al di fuori del ristretto ambito degli *accounts social*, è ancora discusso in Germania se gli eredi possano succedere *tout court* nella integralità del patrimonio digitale del *de cuius*. Le decisioni dei Tribunali inferiori, finora, così come esponenti della letteratura, sostengono ontologicamente l'eredità del patrimonio digitale. Al contrario, altri studiosi⁷³ generalmente rifiutano l'ereditarietà o differenziano tra elementi di eredità altamente personali e altri. I fautori dell'ereditarietà del patrimonio digitale sostengono che gli eredi hanno un legittimo interesse ad avere accesso ai dati del defunto, in quanto sono obbligati ad amministrare e regolare adeguatamente l'eredità (§1967 BGB). Inoltre, devono decidere entro sei settimane se accettare o rifiutare l'eredità (§ 1944 BGB), periodo entro il quale devono anche, ad esempio, consultare l'*email* del testatore per accertare eventuali fatture in sospeso.

Le posizioni giuridiche rientranti nel patrimonio digitale appartengono all'eredità e sono trasferite all'erede o agli eredi mediante successione universale (§ 1922 BGB). Di conseguenza, gli aventi causa del titolare di un conto corrente, ad esempio e in linea di principio, hanno lo stesso diritto ad accedere e utilizzare gli *accounts* in titolarità al testatore, compreso il diritto alle informazioni nei confronti del fornitore, per quanto riguarda l'accesso ai dati del contratto⁷⁴. Con particolare riguardo alla corrispondenza elettronica della persona deceduta, non è ancora chiaro se gli eredi possano anche accedere alle *emails* e ad altri contenuti di comunicazione digitale del defunto, come

⁷² Cfr. A. VESTO, *op. cit.*, pp. 124 ss.

⁷³ Cfr. F. DEUTSCH, *Digitales Sterben: Das Erbe im Web 2.0*, in *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (ZEV)*, 2014, 5 ss.; G. SPINDLER, *Persönlichkeitsschutz im Internet — Anforderungen und Grenzen einer Regulierung*, in *Verhandlungen des 69. Deutschen Juristentages*, Band I, München, 2012, Gutachten F, 3 ss., 29 ss.

⁷⁴ Cfr. C. SOLMECKE, *Der digitale Nachlass – Was passiert mit den Daten, die Verstorbene im Netz hinterlassen?*, in *wbs-law.de*, 2 febbraio 2015; B. KNIES, *Das LG Berlin zur Vererbung des Facebook-Accounts*, in *new-media-law.net*, 14 giugno 2016.

le *chats*. Da un lato, la normativa sulle successioni potrebbe obbligare il fornitore a consegnare le *emails* agli eredi in modo simile alle lettere non aperte; dall'altro, si potrebbe incorrere nel rischio di violare il già menzionato § 88 del TKG, eventualità però esclusa dal recente pronunciamento della Suprema Corte in commento⁷⁵. In effetti, può essere nell'interesse reciproco delle parti coinvolte nel procedimento successorio che gli eredi diano un'occhiata all'ultimo traffico di posta elettronica del defunto, saldando ad esempio fatture in sospeso o recedendo da contratti stipulati *online* e da iscrizioni onerose a *forum*. In conclusione, è possibile affermare che, in Germania, la questione della successibilità nei beni digitali pone, sul piano teorico, meno problemi che in altri ordinamenti giuridici eurocontinentali. Nel complesso, gli eredi potranno succedere sulla base del § 1922 BGB tanto ai beni digitali di carattere patrimoniale che di valore meramente sentimentale, non ravvisandosi quel *discrimen* invece fondamentale negli ordinamenti giuridici italiano e francese. Permangono tuttavia le medesime problematiche di tipo pratico: a parte l'ovvia ricorribilità allo strumento del testamento, sono nati veri e propri amministratori di beni digitali. In particolare, l'istituto della amministrazione del patrimonio è disciplinata dal § 1975 BGB, e può essere ordinata direttamente dal Tribunale delle successioni. Tale amministrazione si pone il fine di soddisfare i creditori del *de cuius* e di separare i beni dell'erede da quelli del suo dante causa. L'erede, dunque, non risponderà dei debiti del defunto con tutti i suoi beni, ma solo nei limiti della quota ricevuta dal *de cuius* (§ 1981 BGB). L'amministratore è un vero e proprio curatore del patrimonio e, nel corso dell'era della digitalizzazione, sono sorte vere e proprie figure specializzate definite come "amministratori del patrimonio digitale". Costoro, su ordine del Tribunale, adito tanto dagli eredi quanto da altri soggetti interessati, potranno agire sul conto corrente del *de cuius*, chiudere *accounts email* e profili *social*, saldare fatture, e via calendando⁷⁶. Invero, si tratta di strumento assai versatile che

⁷⁵ In senso contrario alla ereditabilità degli *account email* si è espresso G. RESTA, *Dignità, persone, mercati*, Torino, 2014, pp. 394 ss., che prende in esame le posizioni espresse da singoli autori della dottrina tedesca. Per la letteratura nordamericana, si vedano J. DARROW, G. FERRERA, *Who Owns a Decedent's Emails: Inheritable Probate Assets or Property of the Network?*, in 10 N.Y.U. J. Legis. & Pub. Pol'y, 2006, pp. 281 ss.

⁷⁶ Per approfondimenti, cfr. H. SCHULZ, *Handbuch Nachlasspflegschaft*, II ed., Bonn, 2017, parr. 10 ss.

fornisce adeguate garanzie tanto agli eredi quanto ai creditori, poiché l'amministratore sarà sempre sottoposto alla vigilanza giudiziale. In prospettiva puramente pragmatica, poi, sono nati veri e propri servizi di "armadietto digitale *online*", ove ogni persona fisica può configurare, a fronte di un pagamento di una tariffa mensile, un documento avente ad oggetto l'elenco di tutti i propri beni digitali e *accounts*, unitamente alle relative credenziali di accesso. Dette informazioni vengono di solito custodite in forma crittografata e vengono fornite all'erede o a un fiduciario al momento dell'apertura della successione. Ciò nonostante, le associazioni dei consumatori tedesche sconsigliano di ricorrere a tale strumento, posto il rischio di possibile *hackeraggio* dell'armadietto digitale con conseguenti frodi. In modo speculare alla esperienza francese, poi, si pone il problema della qualificazione giuridica di un tale atto, che non vale ad acquisire la natura giuridica di mandato, non essendo chiaro se questo debba qualificarsi come negozio unilaterale atipico *mortis causa*.

5. *L'esperienza nordamericana e l'istituto del fiduciary. La successione negli internet accounts. Il concetto di homo numericus.*

Alla luce delle direttrici di tale elaborazione teorica può constatarsi come la quantità esponenziale di dati elettronici che si riferiscono a ciascun individuo abbia portato alla elaborazione concettuale del c.d. *homo numericus*, che si distingue dall'*homo fisicus* proprio in ragione della sua proiezione digitale. Con ciò si intende dire che i c.dd. "data" sono talmente funzionali alla tutela dei diritti fondamentali della persona da rappresentare una espressione della *post-umanità*, in cui l'individuo avverte una nuova necessità, consistente nel mantenere il controllo del proprio "corpo elettronico", che si mantiene collegato a quello umano attraverso il canale linfatico della dignità⁷⁷. Appare dunque evidente che

⁷⁷ Così testualmente S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2013, pp. 197 ss. A parere dell'illustre Autore, nell'attuale società digitale, l'incessante cambiamento cui sono sottoposte le relazioni interpersonali ha condotto alla creazione di veri e propri alter ego i cui dati in rete costituiscono la proiezione virtuale dell'essere reale, pur nella consapevolezza che non si è ancora di fronte ad una persona virtuale contrapposta a quella reale, bensì a un modo di essere nel mondo, in una dimensione nella quale la rete gioca un ruolo di cui devono essere considerate le peculiarità. Cfr. V. BARBA, *Interessi post mortem tra testamento e altri atti di ultima volontà*, in *Riv. dir. civ.*,

non tutti i lasciti digitali del *de cuius* possano essere considerati aventi carattere patrimoniale, e che pertanto non tutti i cespiti virtuali saranno suscettibili di cadere in successione secondo l'ordinamento italiano. La *quaestio iuris* si è posta nella prassi soprattutto per i menzionati *internet accounts*. L'importanza si è rivelata nella sua eminente dimensione a causa di tragici decessi di molte giovani vite, in un'età in cui sembra impossibile dover pensare alla morte⁷⁸.

Con specifico riguardo agli *accounts email* si profilano in dottrina due distinte tesi. Secondo la prima e più risalente di esse, dovrebbe aversi riguardo alla natura dell'*account* in questione: ove si tratti di posta elettronica avente natura esclusivamente ovvero prevalentemente professionale, chiamati ad accedere ai relativi dati sarebbero i soli eredi. Viceversa, ove si tratti di posta elettronica avente contenuto esclusivamente o prevalentemente personale, la legittimazione spetterebbe ai prossimi congiunti, analogamente a quanto accade in materia di pubblicazione *post mortem* del proprio ritratto o della corrispondenza epistolare⁷⁹. Secondo una diversa impostazione dogmatica, al momento maggioritaria, gli *accounts email* sarebbero soggetti a un regime analogo a quello dei rapporti negoziali ordinari. Non sarebbe in merito corretto ragionare in termini di natura personale dell'*account*, atteso che chiunque può attivare un servizio di posta elettronica commerciale, anche fornendo credenziali false e *alias* immaginari. L'*account* di posta elettronica, dunque, rientrerebbe, con tutto il suo contenuto, nel relitto ereditario, con conseguente subingresso degli eredi legittimi o testamentari nella posizione di parte contrattuale.

Al fine di risolvere tale peculiare questione giuridica è necessario rammentare che la posta elettronica personale non è un semplice bene immateriale bensì anche un indirizzo, un segno e/o luogo di

2017, I, pp. 341 ss.; A. ZOPPINI, *Le «nuove proprietà» nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, pp. 185 ss.; sul tema anche M. MARTINO, *Le «nuove proprietà»*, in *Tratt. dir. succ. don.*, diretto da G. Bonilini, *La successione ereditaria*, vol. I, Milano, 2009, pp. 355 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *La successione nei dati personali e nei beni digitali*, in *Riv. giur. sarda*, 2013, pp. 448 ss.; ID., *La «comunione» dei dati personali. Un contributo al sistema dei diritti della personalità*, in *Dir. inf.*, 2009, p. 5.

⁷⁸ Come acutamente sottolineato da A. VESTO, *op. cit.*, pp. 89 ss.

⁷⁹ Cfr. G. RESTA, *ult. op. cit.*, pp. 911 ss.

riconoscimento. Tale indirizzo ha una peculiarità: mentre la posta elettronica professionale è conoscibile da qualunque persona (indirizzo inserito in un albo, sul sito dell'ente, ecc.), quella privata potrebbe essere sconosciuta o conosciuta solo da alcuni (per esempio un indirizzo, che non si intende rivelare ad alcuno, per accedere a siti protetti)⁸⁰. In sintesi tale indirizzo può non essere nell'automatica disponibilità del successore, poiché non è da costui automaticamente conosciuto in conseguenza della morte del *de cuius*.

La *mail* potrebbe essere sconosciuta ai parenti più stretti, e al suo interno possono essere contenuti dati sensibili relativi al *de cuius* (ad esempio era omosessuale o sieropositivo) e fatti intimi che non intendono essere rivelati ai successori per legge. Inoltre, attraverso la conoscenza di eventuali comunicazioni provenienti da terzi o dirette ad essi possono trapelare notizie riguardanti circostanze peculiari sui medesimi o, addirittura, i loro dati identificativi o sensibili. Si profila, dunque, un potenziale conflitto tra diritti degli eredi e *privacy* del *de cuius*, oltre che col diritto alla riservatezza dell'intera società moderna.

Negli Stati Uniti, i fornitori di servizi di posta elettronica si sono mostrati piuttosto restii a consentire l'accesso ai familiari del defunto. In un caso riguardante un giovane *marine* americano, scomparso all'età di venti anni a causa di un bombardamento in *Iraq*, il gestore dell'*account* di posta elettronica (*Yahoo*) si era rifiutato di far ottenere la corrispondenza del ragazzo ai suoi congiunti. Esso si era giustificato adducendo le condizioni generali di contratto secondo le quali, in caso di morte del titolare della casella elettronica, tutti i contenuti ivi locati dovevano essere cancellati (clausola "*account is non-transferable*")⁸¹. Sul punto, il *Privacy Act* del 1974 proibisce la trasmissione di informazioni da un sistema di registri in mancanza dell'espresso consenso scritto dell'avente diritto, sempre che la trasmissione non sia consentita da una delle eccezioni ivi contemplate. Tuttavia, il disposto normativo è stato interpretato dalle Corti nordamericane nel senso di escludere che la *privacy* dell'individuo sia meritevole di tutela nella fase post-mortale. Pertanto, il controllo sui dati personali del *de cuius* da parte del gestore del servizio non trova un limite nella tutela di diritti dell'altra persona,

⁸⁰ Cfr. A. VESTO, *op. cit.*, pp. 92 ss.

⁸¹ Caso menzionato da U. BECHINI, *Password, credenziali e successione mortis causa*, CNN, Studio n.6-2007/IG, in *notariato.it*

ed essi possono essere assunti come dotazione dell'impresa, a meno che l'accordo contrattuale non disponga diversamente⁸². Pertanto, a seguito della richiesta dei genitori, il tribunale di *Oakland (Michigan)* ha ordinato al *provider* la consegna di tutta la corrispondenza custodita su detto *account*. Nonostante le condizioni generali di servizio avrebbero in seguito comportato la distruzione della casella *email*, il giudice è stato di parere contrario. Tuttavia, ad avviso della dottrina, non si esclude che la carica emozionale legata alla specificità della vicenda (il *marine* ventenne scomparso in *Iraq*) abbia giocato il proprio ruolo. Difatti, l'anno successivo, in un caso riguardante un noto poeta di origini irlandesi e con cittadinanza statunitense, i giudici americani hanno rigettato la richiesta della erede, a seguito della morte di costui, di accedere all'*account email* contenente i suoi contatti personali e le sue opere letterarie⁸³. Nella fattispecie concreta il giudicante ha ritenuto di dare prevalenza al diritto alla riservatezza del *de cuius*, ritenendo legittimo il rifiuto del *provider* (anche in tal caso, *Yahoo*) di consegnare le credenziali di accesso all'*account*.

Il mosaico sinora descritto in tema di autonomia privata si compone di un'altra tessera di matrice comparatistica di non poco momento: l'approvazione da parte della *Uniform Law Commission* statunitense dello *Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act* (di seguito UFADAA) nel corso dell'anno 2014, poi successivamente⁸⁴ emendato nel 2015 a seguito di un documento critico, denominato «*The Privacy Expectation Afterlife and Choices Act*» (c.d. PEAC), proposto da diverse grandi società tecnologiche (*Facebook*, *Google*, *Yahoo!*, *Ebay*, *AOL*, etc.), che segnalava, tra gli altri, il problema della tutela della riservatezza dei dati condivisi

⁸² Cfr. G. RESTA, *La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali*, in *Contr. impr.*, 2019, 1, pp. 94 ss.

⁸³ Notizia riportata da E. MILLS, *Taking Passwords to the grave*, in www.cnet.com, 25 settembre 2006, nonché A. VESTO, *op. cit.*, pp. 162 ss.

⁸⁴ Per un'analitica disamina della disciplina del UFADAA, come emendato dal PEAC, si veda M.J. COSTELLO, *The «PEAC» of Digital Estate Legislation in the United States: Should States «Like» That?*, in 49 *Suffolk U. L. Rev.*, 2016, p. 429; E. SY, *The Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act: Has the Law Caught Up With Technology?*, in 32 *Touro L. Rev.*, 2016, p. 647; E. BARWICK, *All blogs go to heaven: preserving valuable digital assets without the uniform fiduciary access to digital assets act's removal of third party privacy protections*, in 50 *Ga. L. Rev.*, 2016, p. 593.

da più soggetti di comunicazioni o corrispondenze digitali⁸⁵. Per linee essenziali, questa disciplina di *soft law* prevede la facoltà per l'*internet user* di nominare un *fiduciary* che, in caso di morte o incapacità dell'individuo, avrà potere di accesso, di amministrare, disporre, divulgare o non divulgare, rimuovere ed eliminare i *digital assets*, le informazioni, i dati personali e le *electronical communications* di cui era titolare⁸⁶. Il *fiduciary*, quale rappresentante personale di fiducia del *de cuius*, deve osservare un generale dovere di diligenza e attenzione, lealtà e riservatezza e può essere un esecutore testamentario, l'amministratore del patrimonio anche non digitale del defunto, ovvero un *trustee*, nominato con un testamento, oppure in un *trust*. Alternativamente, il *fiduciary* può essere un soggetto specificamente indicato per mezzo di un c.d. *online tool*. In aderenza con questo testo normativo, si definisce *online tool* un servizio digitale prestato dal *provider*, nell'ambito di un accordo distinto dal contratto di prestazione di servizi principale, che consente all'utente di indicare un soggetto e definirne i poteri attribuiti in ordine alla *disclosure* o *non-disclosure* di *digital assets* (*section 2*, n. 18, e *section 3* UFADAA)⁸⁷. Preme sottolineare – per la portata potenzialmente eversiva di tale

⁸⁵ Il PEAC si contrapponeva al UFADAA su aspetti di grande rilievo. In primo luogo, esso richiedeva all'esecutore testamentario o amministratore del patrimonio ereditario di ottenere un ordine da una *court of probate*, al fine di ottenere accesso all'*account* del *de cuius*. Il giudice avrebbe dovuto verificare un espresso consenso del defunto volto a autorizzare tale accesso e comunque sollevando il *provider* da ogni responsabilità. Ancora, l'accesso avrebbe dovuto essere separato rispetto ai registri dell'*account* e ai suoi contenuti, per i quali ultimi doveva essere verificata l'espressa autorizzazione del defunto. In ogni caso, e senza alcuna eccezione, al *provider* poteva essere chiesto di garantire all'amministratore o esecutore di assumere il controllo dell'*account*. Cfr. G. MARINO, *La "successione digitale"*, in *Osservatorio di diritto civile e commerciale*, 2018, 1, pp. 165 ss.

⁸⁶ Sulla portata della nozione di *digital assets* cfr. J.D. LAMM, C.L. KUNZ, D.A. RIEHL, P.J. RADEMACHER, *The Digital Death Conundrum: How Federal and State Laws Prevent Fiduciaries from Managing Digital Property*, in *U. Miami L. Rev.*, 2014, pp. 385-388, per i quali "it includes any type of electronically-stored information, such as: 1) information stored on a user's computer and other digital devices; 2) content uploaded onto websites; and 3) rights in digital property. It also includes records that are either the catalogue or the content of an electronic communication".

⁸⁷ Il n. 16 della *Section 2* del Revised UFADAA definisce l'*online tool* come un «*electronic service provided by a custodian that allows the user, in an agreement distinct from the terms-of-service agreement between the custodian and user, to provide directions for disclosure or nondisclosure of digital assets to a third person*».

previsione – che la designazione effettuata attraverso un *online tool* prevale persino su quella contraria manifestata in un *will*, in un *trust* o altro *written record*, purché lo strumento digitale consenta di modificare o revocare la manifestazione di volontà in ogni tempo (*section 4 - a*). Se il *provider* non fornisce un *online tool* o il soggetto non voglia avvalersene, questi potrà comunque consentire o vietare, nell’ambito di un *will*, di un *trust* o di altro atto scritto idoneo (*written of record*), la *disclosure* di tutti o di parte dei *digital assets* di cui era titolare, incluso il contenuto delle conversazioni e corrispondenze elettroniche inviate o ricevute (*section 4-b*). Salvo diversa disposizione dello *user* che ne limiti le prerogative, il *fiduciary* succederà nelle posizioni giuridiche sui *digital assets* ripetendo in modo esattamente coincidente il rapporto intrattenuto dal *de cuius* con il *provider*, senza che possa essergli attribuito un diritto nuovo o espanso nei suoi contenuti o possa occorrere una modifica alla regolamentazione negoziale del contratto di prestazione del servizio *online* (*section 5*). Alla luce della *section 6* del Revised UFADAA, il *provider* è tenuto, a sua volta, a consentire la divulgazione dei *digital assets* al *fiduciary* attraverso una idonea modalità, a sua scelta, quale l’accesso totale all’*account* o uno parziale che garantisca comunque la piena divulgazione ovvero, ancora, una copia su supporto durevole di tutti i contenuti digitali facenti capo al *de cuius*. Se il *de cuius* non ha, viceversa, lasciato alcuna indicazione circa la nomina di un *fiduciary* nelle predette forme, l’accesso ai contenuti digitali sarà regolato dalle condizioni contrattuali di prestazione del servizio *online* o in mancanza si applicherà la disciplina di *default* prevista dal Revised UFADAA. Essa anzitutto dispone che l’eventuale esecutore testamentario, amministratore del patrimonio generalmente inteso o *trustee*, assuma (anche rispetto al patrimonio digitale del defunto) le stesse prerogative vantate dal *de cuius* nei confronti degli intermediari digitali, secondo i termini previsti dai contratti di prestazione di servizi *online*. In generale, la normativa in esame tende a ricercare un punto di equilibrio tra il diritto alla *privacy* dello *user*, tutelato anche *post mortem*, e la necessità del *fiduciary* di avere accesso ai contenuti digitali di cui il *de cuius* fosse titolare in vita. Questa esigenza di contemperamento viene perseguita operando una partizione tra il regime normativo dei «*contents of electronical communications*» e dei «*catalogue of electronical communications*» e gli altri tipi di contenuti digitali. Secondo la normativa in parola, una comunicazione elettronica è, infatti, un particolare tipo di *digital asset* –

che racchiude *mail*, sms, messaggi istantanei e ogni altro tipo di conversazione digitale tra privati – sottoposto alle regole di presidio del diritto alla riservatezza sancite dall'*Electronic Communications Privacy Act* americano⁸⁸, le quali limitano i poteri di accesso e divulgazione del *fiduciary*. Il *content of electronic communications* è costituito, ad esempio, dalle parti e dal corpo di una *mail* dell'utente, al quale il *fiduciary* non potrà mai avere accesso in mancanza di un'espressa autorizzazione del *de cuius*. Ove necessario, il *fiduciary* potrà invece avere accesso al *catalogue* delle comunicazioni elettroniche dell'utente, ossia una sorta di elenco di tali comunicazioni che indichi gli indirizzi digitali del mittente e del destinatario e la data in cui il messaggio è stato inviato. Un esecutore testamentario potrebbe aver bisogno di accedere a tale catalogo, in ipotesi, al fine di redigere l'inventario completo del patrimonio ereditario. Per converso, costui non potrà mai «impersonare» il defunto inviando una *mail* attraverso il suo *account*. È pertanto di notevole significanza la circostanza per la quale l'ordinamento nordamericano abbia già predisposto un apposito istituto di diritto successorio al fine di porre una efficace soluzione alle questioni poste dalla successione nei beni digitali non patrimoniali. Lo strumento del *fiduciary* appare particolarmente flessibile, potendo rivestire tanto la forma della disposizione testamentaria che di clausola contrattuale. In tale seconda accezione, è possibile discutere se lo strumento *de quo* sia in qualche modo equiparabile a un patto fiduciario⁸⁹ da eseguirsi dopo la morte

⁸⁸ La legge sulla riservatezza nelle comunicazioni elettroniche è entrata in vigore il 21 ottobre 1986 ed è stata pubblicata in Pub.-L. 99-508. Per comunicazioni elettroniche si intendono ogni segno, simbolo, immagine, suono dato o informazione trasmessa in tutto o in parte attraverso cavo, segnale radio, elettromagnetico, elettronico o fotopico. Il titolo I della legge protegge la comunicazione mentre essa è in transito e pone dei requisiti stringenti al fine della ammissibilità delle intercettazioni di ogni genere.

⁸⁹ Per cui si rinvia, senza pretesa di esaustività, a E. ROPPO, *Note sopra il divieto del patto commissorio*, in *Riv. not.*, 1981, p. 398 ss., G. VALCAVI, *Intorno al divieto del patto commissorio, alla vendita simulata a scopo di garanzia ed al negozio fiduciario*, in *Foro it.*, 1990, I, pp. 205 ss., F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2012, pp. 179 ss. MIR. BIANCA, *La fiducia attributiva*, Torino, 2002, *passim*, L. CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933, A. DE MARTINI, *Negozio fiduciario, negozio indiretto e negozio simulato*, in *Giur. compl. Cass. Civ.*, XXII, 1946, 2°, pp. 705 ss.; J.PH. DUNAND, *Le transfert fiduciaire: «donner pour reprendre»: Mancipio dare ut remancipetur. Analyse historique et comparatiste de la fiducia-gestion*, Bâle – Genève - Munich, 2000, *passim*.

del fiduciante (ma la eventualità è da escludere per la diversa funzione che tale contratto svolge nell'ordinamento domestico)⁹⁰, o se, viceversa, debba ricondursi al più ampio alveo dei mandati *post mortem exequendum*. Tuttavia, posta la revocabilità sino alla morte del disponente, è anche possibile affermare che si tratti di una vera e propria disposizione *mortis causa*, volta specificamente alla devoluzione del patrimonio (virtuale) per il tempo in cui il *de cuius* abbia cessato di vivere. In tal senso, l'ordinamento nordamericano appare il primo sistema giuridico al mondo ad aver infranto il dogma della centralità del testamento nell'ambito della disciplina successoria.

6. *Riflessioni in tema di diritto alla privacy post mortem. Orientamenti europei: art. 8 CEDU e art. 16 del Trattato di Lisbona. Le ricadute normative domestiche*

Al termine della disamina e alla luce degli spunti offerti dalle esperienze allogene, si rileva come la tematica attenzionata rappresenti una evidente ulteriore evoluzione rispetto all'originario fenotipo della *Privacy*⁹¹.

Di storica marca anglosassone, la *privacy*, concepita *ab origine* come il “diritto ad essere lasciati soli”, ha attraversato, a partire dagli ultimi tre decenni del secolo scorso, una profonda evoluzione che l'ha portata a divenire piuttosto il diritto al controllo e alla gestione del flusso delle informazioni relative ad un determinato individuo⁹². I dati personali destinatari di tali forme di dominio hanno subito altresì delle radicali metamorfosi, dalla originaria e perimetrata natura di informazioni relative alla persona *strictu sensu*, si sono moltiplicati in una pluralità di indicazioni, nonché di notizie utili a risalire ad aspetti della personalità che hanno guadagnato sempre maggiormente le luci della ribalta. Si pensi, a mero titolo di esempio, alle informazioni relative all'identità e

⁹⁰ Notoriamente, la funzione di separazione patrimoniale funzionale alla elusione del divieto di patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c.

⁹¹ P. PERLINGIERI, *Privacy digitale e protezione dei dati personali tra persona e mercato*, in *Foro nap.*, 2018, pp. 481 ss.; M.G. STANZIONE, *Il regolamento europeo sulla privacy: origini e ambito di applicazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 4, pp. 1949 ss.

⁹² Cfr. A.R. MILLER, *The assault on Privacy: computers, data banks, and dossiers*, *Ann Arbor*, 1971, p. 25: «the individual's ability to control the circulation of information relating to him – a power that often is essential to maintaining social relationships and personal freedom».

alle preferenze sessuali, ai dati sanitari, al credo religioso e all'ideologia politica. Queste acquisite sensibilità, già oggetto di attenzione da parte dei Padri Costituenti, stanno attualmente, *a fortiori*, evolvendosi dando luogo a nuove tipologie di *assets* nel mondo digitale.

Le varie informazioni si presentano infatti, agli occhi dello *scholar*, sempre più dematerializzate⁹³, fino all'estremo limite di ridursi a semplici sequenze binare laddove rappresentino dati utili alla profilazione dei soggetti. Questi, pur se inidonei a definire la singola e precisa identità personale, tuttavia guadagnano appetibilità da parte dei *providers* di servizi sul web, se lasciati privi di alcuna tutela regolamentare. La crescente capacità di elaborazione delle intelligenze artificiali infatti ha reso possibile la gestione di quantità enormi di informazioni, le quali, collettivamente elaborate, sono oltremodo utili a ricavare *trends* collettivi di acquisto, movimentazione delle persone, ricerche di *marketing* commerciale e consequenziali strategie di mercato, etc.

Nodo gordiano dell'intera tematica è risultata essere la mancanza di una univoca definizione normativa, soprattutto a livello euro-unitario. È riscontrabile, purtuttavia, un indiretto richiamo ai dati personali e alla tutela della *privacy* nell'art. 8 della CEDU che riconosce a ciascun individuo il diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della corrispondenza. Si parla invece, *claris verbis*, di dati personali nell'art. 16 del Trattato di Lisbona del 2007 e nell'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Tuttavia, pur riconoscendo a ciascun individuo il diritto alla protezione dei propri dati di carattere personale, tali fondamentali testi normativi non ne elaborano una nozione, né ne definiscono il contenuto.

È il ben noto GDPR del 2016 a disciplinare in modo uniforme la materia della tutela dei dati personali al punto da richiedere ai vari Stati membri adeguamenti alle discipline in materia.

Per quanto concerne la problematica della vocazione successoria negli *assets* digitali, il principio tradizionale risultava essere quello

⁹³ P. PERLINGIERI, *Relazione conclusiva*, in AA.VV., *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, Napoli, 2017, p. 516 «nell'ambito del più ampio fenomeno della depatrimonializzazione del diritto civile, il diritto successorio non può essere considerato soltanto uno strumento di trasmissione del patrimonio».

secondo il quale molti aspetti della tutela della *privacy* terminavano con la morte dell'individuo (concetto ribadito esplicitamente laddove lo stesso GDPR considera in via preliminare che le disposizioni in esso contenute non si applicano alle persone defunte). Tale limitazione ha tuttavia mostrato la propria debolezza alla luce delle evoluzioni tecnologiche di questa nostra età post-moderna: l'*homo numericus* sopravvive alla persona fisica, e i suoi "lasciti" reclamano una disciplina in materia di tipo organizzativo e successorio. Si è avuto infine modo di osservare come il domestico decreto *privacy* del 2018, di recepimento della normativa europea e di aggiornamento a quella italiana, contiene come novità giuridica l'art. 2 *terdecies* commi 2 e 3.

Quest'ultimo infatti contempla una dichiarazione specifica con la quale il titolare delle informazioni può interdire altri soggetti ad esercitare i diritti di cui agli 15-22 del Regolamento europeo per un tempo successivo alla propria morte. Sulle forme e sulla revocabilità dell'esercizio di tale facoltà si è già dato conto. Si è altresì osservato come tale disposizione risulta espressa solo in termini negativi (la possibilità di impedire ad altri un esercizio di diritti) laddove sarebbe stato preferibile fornire un ampio ventaglio di possibilità di gestione e disposizione⁹⁴. I *providers* dei servizi *internet*, i quali sono *de facto* detentori delle nostre informazioni, hanno da tempo introdotto discipline molto più articolate e complesse al riguardo (si ricordi il gestore di un *account* inattivo proposto da Google, oppure il "contatto erede" di Facebook). Considerato che questi colossi dell'informatica stanno rivestendo un ruolo dominante nella vita delle persone è auspicabile il superamento di discipline come quella appena menzionata, a tutto vantaggio di norme chiare e dettagliate. L'evento morte non può e non deve essere qualificato come estintivo di questi diritti. Si è infatti sostenuto che "se l'obiettivo della nuova disciplina europea in materia di *privacy* è ispirato alla salvaguardia della dignità della persona umana, non si può ritenere

⁹⁴ Testualmente I. SASSO, *La tutela dei dati personali 'digitali' dopo la morte dell'interessato (alla luce del regolamento UE 2016/679)*, in *Dir. succ. fam.*, 1/2019, pp. 181 ss. "Probabilmente, ove si fosse ravvisata la necessità di regolamentare tale aspetto, sarebbe stata piuttosto opportuna una formulazione della disposizione più ampia e flessibile, idonea a ricomprendere non soltanto la possibilità di precludere l'esercizio dei diritti previsti dal regolamento, ma altresì quella di predeterminare quali e quanti dati rendere accessibili a terzi oppure prevederne la automatica cancellazione o modifica al sopraggiungere del decesso del titolare."

che l'esigenza di protezione ad essa connessa cessi con l'esistenza fisica dell'individuo, che – nell'era delle tecnologie dell'informazione – non può essere più considerata come la parentesi finale dell'intervallo temporale durante il quale si svolge la vita umana.⁹⁵

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

ACETO DI CAPRIGLIA S., *I “divieti” di patti successori nel sistema di civil law*, Napoli, 2019; ID., *Illeciti criptoalutari. Note comparatistiche* in “*Quaderni dell'Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*”, 3, Napoli, 2020; AZZARITI G., *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990, pp. 656 ss.; BARBA V., *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, Napoli, 2015, pp. 129 ss.; ID., *Interessi post mortem tra testamento e altri atti di ultima volontà*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, I, pp. 341 ss.; BARBARO S.T., *Validità degli accordi “post mortem” e scelta della disciplina applicabile*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 4, pp. 1565 ss.; BARWICK E., *All blogs go to heaven: preserving valuable digital assets without the uniform fiduciary access to digital assets act's removal of third party privacy protections*, in *50 Ga. L. Rev.*, 2016, p. 593; BECHINI U., *Password, credenziali e successione mortis causa*, CNN, Studio n.6-2007/IG, in notariato.it; ID., *Disposizione di beni digitali, in Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile, Atti dei Convegni Roma, 18 marzo 2016 - Genova, 27 maggio 2016 Vicenza, 1° luglio 2016*, in fondazione-notariato.it, pp. 242 ss.; ID., *Il notaio digitale. Dalla firma alla blockchain*, Milano, 2019, pp. 27-28; BEMBO M.D., *Carte, documenti, ritratti, ricordi di famiglia*, in G. Bonilini (a cura di) *Trattato di diritto delle successioni e delle donazioni*, I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, pp. 779 ss.; BIANCA C.M., *Diritto civile*, II, *La famiglia. Le successioni*, Milano, 1981, pp. 436 ss.; BIANCA MIR., *La fiducia attributiva*, Torino, 2002; BONILINI G., *Iscrizione a “società” di cremazione e mandato post mortem*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2007, pp. 527 ss.; CAMARDI C., *L'eredità digitale, tra reale e virtuale*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1, 2018. Cfr. inoltre A. MAGNANI, *L'eredità digitale*, in *Not.*, 2014, p. 521; CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, Milano, 2002, pp. 597 ss.; CARIOTA FERRARA L., *I negozi fiduciari*, Padova, 1933; CIATTI CAIMI A., *Mandato e regolamentazione di interessi post mortem e divieto di patti successori*, in V. Cuffaro (a cura di), *Successioni per causa di morte. Esperienze e argomenti*, Torino, 2015, pp. 594 ss.; COSTELLO M.J., *The «PEAC» of Digital Estate Legislation in the United States: Should States «Like» That?*, in *49 Suffolk U. L. Rev.*, 2016, p. 429; D'ARMINO MONFORTE A., *Le successioni nel patrimonio digitale*, Pisa, 2020, pp.

⁹⁵ Testualmente I. SASSO, *op. cit.*, p. 205.

40 ss.; D'ARMINO MONFORTE A., *Successione ereditaria dei beni digitali: come accedere ai dati del defunto*, intervento dell'11 marzo 2020 su www.cybersecurity360.it; DARROW J., G. FERRERA, *Who Owns a Decedent's Emails: Inheritable Probate Assets or Property of the Network?*, in 10 N.Y.U. J. Legis. & Pub. Pol'y, 2006, pp. 281 ss.; DE FRANCESCHI A., *La vendita di beni con elementi digitali*, Napoli, 2019, pp. 25 ss.; DE MARTINI A., *Negozi fiduciario, negozio indiretto e negozio simulato*, in *Giur. compl. Cass. Civ.*, XXII, 1946, 2°, pp. 705 ss.; DEUTSCH F., *Digitales Sterben: Das Erbe im Web 2.0*, in *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (ZEV)*, 2014, 5 ss.; DUNAND J.P.H., *Le transfert fiduciaire: «donner pour reprendre»: Mancipio dare ut remancipetur. Analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion*, Bâle – Genève – Munich, 2000; ERRICHELLO E., *Eredità digitale e mandato “post mortem”, quali regole e come gestirlo*, in www.agendadigitale.eu del 1 ottobre 2019; FALZEA A., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, *Dogmatica giuridica*, Milano, 1997, pp. 184 ss., nonché pp. 322 ss.; FEMIA P., *Una finestra sul cortile. Internet e il diritto all'esperienza metastrutturale*, in C. Perlingieri e L. Ruggeri (a cura di) *Internet e Diritto civile*, Napoli, 2015; GALGANO F., *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contr. impr.*, 2000, pp. 199 ss.; GAMBARO A., *Dai beni immobili ai beni virtuali*, in *XXI secolo*, 2009, ora in *Enciclopedia giuridica Treccani* (www.treccani.it); GIAMPICCOLO G., *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Napoli, 2010, pp. 130 ss.; HERZOG S., *Der digitale Nachlass - ein bisher kaum gesehenes und häufig missverstandenes Problem*, in *NJW*, 2013, pp. 3747 ss.; KNIES B., *Das LG Berlin zur Vererbung des Facebook-Accounts*, in *new-media-law.net*, 14 giugno 2016; LAMM J.D., KUNZ C.L., RIEHL D.A. e P.J. RADEMACHER, *The Digital Death Conundrum: How Federal and State Laws Prevent Fiduciaries from Managing Digital Property*, in *U. Miami L. Rev.*, 2014, pp. 385-388; DI LORENZO L., *Il legato di password*, in *Not.*, 2014, 2, pp. 149 ss.; ID., *I legati a contenuto atipico e tipico nella prassi notarile*, in *Notariato*, 2015, 34, pp. 61 ss.; MARINO G., *La “successione digitale”*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2018, 1, p. 169; ID., *Le «nuove proprietà»*, in *Tratt. dir. succ. don.*, diretto da G. Bonilini, *La successione ereditaria*, vol. I, Milano, 2009, pp. 355 ss.; MAZZAMUTO P., *Il legato di contratto. Fattispecie e rimedi*, Torino, 2018, p. XI; MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1955, pp. 282 ss.; MILLER A.R., *The assault on Privacy: computers, data banks, and dossiers*, Ann Arbor, 1971, p. 25; MILLS E., *Taking Passwords to the grave*, in www.cnet.com, 25 settembre 2006, nonché A. VESTO, *op. cit.*, pp. 162 ss.; PADOVINI F., *Rapporto contrattuale e successione per causa di morte*, Milano, 1990; PALAZZO M., *Informatica e diritto. Un dialogo necessario*, in *Not.*, 2019, 5, pp. 505 ss.; PERLINGIERI P., *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, pp. 329 ss.; ID., *Gli accordi tra i siti di social network e gli utenti*, in C. Perlingieri, L. Ruggeri (a cura di), *Internet e diritto civile*, Napoli, 2015, pp. 201 ss.; ID., *Invalità delle disposizioni “mortis causa” e*

unitarietà della disciplina degli atti di autonomia, in *Dir. Succ. fam.*, 2016, 1, p. 132; ID., *Relazione conclusiva*, in AA.VV., *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, Napoli, 2017, p. 516; ID., *Il ruolo del giurista nella modernizzazione del diritto successorio tra autonomia ed eteronomia*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, pp. 5-12; ID., *Privacy digitale e protezione dei dati personali tra persona e mercato*, in *Foro nap.*, 2018, pp. 481 ss.; PUTORTI V., *Mandato post mortem e divieto di patti successori*, in *Obbl. contr.*, 2012, 11, pp. 737 ss.; ID., *Gli incarichi post mortem a contenuto non patrimoniale tra testamento e mandato*, in *Pers. merc.*, 2012, 3, pp. 144 ss.; RESCIGNO P., *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1992, X ed., pp. 561 ss.; ID., *La successione a titolo universale e particolare*, in *Le successioni mortis causa. I legittimari. Le successioni legittime e testamentarie*, in *Trattato delle successioni e donazioni*, dir. da P. Rescigno, coordinato da M. Ieva, Padova, 2010, II ed., Vol. I, pp. 3 ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2015, p. 437; RESTA G., *Dignità, persone, mercati*, Torino, 2014, pp. 394 ss.; ID., *La 'morte digitale'*, in *Dir. inf.*, 2014, 6, § 4.4; J. DARROW e G. FERRERA, *Who Owns a Decedent's E-Mails: Inheritable Probate Assets or Property of the Network?*, in *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, 2006, 10, pp. 281 ss.; RESTA G., *La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali*, in *Contr. impr.*, 2019, 1, pp. 94 ss.; RODOTÀ S., *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2013, pp. 197 ss.; ROPPO E., *Note sopra il divieto del patto commissorio*, in *Riv. not.*, 1981, p. 398 ss.; SANTORO-PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2012, pp. 179 ss.; SASSO I., *La tutela dei dati personali 'digitali' dopo la morte dell'interessato (alla luce del regolamento UE 2016/679)*, in *Dir. succ. fam.*, 1/2019, pp. 181 ss.; SCHULZ H., *Handbuch Nachlasspflegschaft*, II ed., Bonn, 2017, parr. 10 ss.; SICCHIERO G., *Contratti "post mortem", patti successori ed art. 28 l.n.*, in *Vita not.*, 2018, 2, pp. 557 ss.; SISTO D., *La morte si fa social: Immortalità, memoria e lutto nell'epoca della cultura digitale*, Torino, 2018, p.72; SOLMECKE C., *Der digitale Nachlass – Was passiert mit den Daten, die Verstorbene im Netz hinterlassen?*, in *wbs-law.de*, 2 febbraio 2015; SPINDLER G., *Persönlichkeitsschutz im Internet – Anforderungen und Grenzen einer Regulierung*, in *Verhandlungen des 69. Deutschen Juristentages*, Band I, München, 2012, Gutachten F, 3 ss., 29 ss.; STANZIONE M.G., *Il regolamento europeo sulla privacy: origini e ambito di applicazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 4, pp. 1949 ss.; STEFANELLI S., *Destinazione post mortem dei diritti sui propri dati personali*, in *MediaLaws – Riv. dir. dei media*, 2019, 1, pp. 136 ss.; ID., *Destinazione post mortem dei diritti sui propri dati personali*, in *MediaLaws – Riv. dir. dei media*, 2019, 1, pp. 139 ss.; SY E., *The Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act: Has the Law Caught Up With Technology?*, in *32 Touro L. Rev.*, 2016, p. 647; TALAMANCA M., *Successioni testamentarie. Della revocazione delle disposizioni testamentarie – Delle sostituzioni - Degli esecutori testamentari, Art. 679-712*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1979, pp. 432 ss.; TATARANO M.C., *Il testamento*, in P. Perlingieri (a cura di), *Tratt. Dir. Civ. del Cons. Naz. del Notariato*,

Napoli, 2003, pp. 456 ss.; TRIMARCHI V.M., *Esecutore testamentario*, in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1966, pp. 393 ss.; VALCAVI G., *Intorno al divieto del patto commissorio, alla vendita simulata a scopo di garanzia ed al negozio fiduciario*, in *Foro it.*, 1990, I, pp. 205 ss.; VESTO A., *Successione digitale e circolazione dei beni online*, Napoli, 2020, pp. 331 ss.; VIZZONI L., *Mandato post mortem e c.d. eredità digitale*, in C. Granelli (a cura di), *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, Milano, 2019, pp. 149 ss.; ZACCARIA A., *Diritti extrapatrimoniali e successione: dall'unità al pluralismo nelle trasmissioni per causa di morte*, Padova, 1988, pp. 46 ss. e pp. 236 ss.; ZENO ZENCOVICH V., *La successione nei dati personali e nei beni digitali*, in *Riv. giur. sarda*, 2013, pp. 448 ss.; ID., *La «comunione» dei dati personali. Un contributo al sistema dei diritti della personalità*, in *Dir. inf.*, 2009, p. 5; ZOPPINI A., *Le «nuove proprietà» nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, pp. 185 ss.;

ABSTRACT

L'avvento delle nuove tecnologie ha radicalmente sconvolto non solo l'ambito delle transazioni commerciali, ma anche il più tradizionalmente isolato ramo del diritto successorio. La successione negli *internet accounts* e in altri beni digitali (*e-wallet*, conti correnti *online*, opere digitali, corrispondenza elettronica) risulta di ardua realizzazione pratica attraverso lo strumentario tradizionale. La presente trattazione ha lo scopo di indagare le esperienze straniere al fine di fornire prospettive *de iure condendo* che possano condurre il legislatore interno e eurounitario a una generale riforma del diritto successorio, anch'esso propriamente 'digitale'.

The advent of new technologies has radically disrupted not only the sphere of commercial transactions, but also the more traditionally isolated branch of inheritance law. The succession in internet accounts and other digital assets (e-wallets, online banking accounts, digital works, electronic correspondence) is difficult to implement through the traditional tools. This discussion aims to investigate foreign experiences in order to provide de jure perspectives that can lead the internal and European legislator to a general reform of inheritance law.

ROSSELLA CISCOGNETTI*

PRIVACY, MICRO E PMI: TRA ESIGENZE DI TUTELA E NECESSITA' DI SEMPLIFICAZIONE

SOMMARIO: 1. Presentazione. – 2. Disciplina: dalla genesi all'attuale cornice normativa. – 3. Micro, piccole e medie imprese e nuovo regolamento privacy: i profili critici. - 4. Privacy e normativa di adeguamento in Italia. - 5 Le pmi europee: un'analisi comparata.

1. *Presentazione*

Il presente lavoro si incentra sull'analisi dei risvolti pratici e applicativi apportati nell'ordinamento italiano dall'entrata in vigore del Regolamento¹ europeo in materia di *privacy* (*General Data Protection Regulation*, Gdpr), con particolare riferimento agli adempimenti che le micro, piccole e medie imprese² sono tenute a porre in essere in esecuzione di

* Direttore dei servizi generali e amministrativi presso il Ministero dell'Istruzione. Le opinioni espresse nel presente articolo sono esclusivamente riconducibili alla responsabilità dell'autore e non riflettono in alcun modo eventuali posizioni ufficiali dell'Istituzione di appartenenza.

¹ Il Regolamento è nato dalla necessità di porre rimedio alla frammentazione delle normative esistenti in materia e dall'aumento dei flussi transfrontalieri di dati causato dall'innovazione digitale e tecnologica, fulcro centrale del *business* delle imprese moderne., E. DENNINGER, *Tutela ed attuazione del diritto nell'età tecnologica*, in F. RICCOBONO, *Nuovi diritti dell'età tecnologica*, Milano, 1991, p. 59 ss..

² La nozione di micro, piccola e media impresa si ispira all'articolo 2 dell'allegato della raccomandazione 2003/361/CE della Commissione ed è la seguente: <<la categoria delle microimprese, delle piccole imprese e delle medie imprese è costituita da imprese che occupano meno di 250 persone, il cui fatturato annuo non supera i 50 milioni di euro oppure il cui totale di bilancio annuo non supera i 43 milioni di euro. Nella categoria delle pmi si definisce piccola impresa un'impresa che occupa meno di 50 persone e realizza un fatturato annuo o un totale di bilancio annuo non superiori a 10 milioni di euro. Nella categoria delle pmi si definisce microimpresa un'impresa che occupa meno di 10 persone e realizza un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a 2 milioni di euro>>.

esso³. È innegabile che l'adeguamento alla nuova disciplina comporti per le imprese costi notevoli che sono in grado di affrontare con difficoltà.

Il punto cruciale della questione, dunque, consiste nel comprendere come bilanciare interessi apparentemente contrapposti: da un lato, la tutela dei dati delle persone fisiche, tesa a favorirne la libera circolazione in modo protetto e, dall'altro, le esigenze di semplificazione per le micro, piccole e medie imprese, così da non comprometterne la produttività economica. Tale apparente contraddizione emerge dalla lettura combinata di alcune parti del Regolamento.

Si parte dal principio di base secondo cui la protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale è un diritto fondamentale (considerando 1, art. 8 Carta di Nizza e art. 16 TFUE). Dal considerando 2, invece, si evince che <<il presente regolamento è inteso a contribuire alla realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza, giustizia e di un'unione economica, al progresso economico e sociale, al rafforzamento e alla convergenza delle economie nel mercato interno e al benessere delle persone fisiche>>.

Dal considerando 4 traspare che il Regolamento rispetta tutti i diritti fondamentali, le libertà e i principi sanciti dalla Carta. Tra le varie libertà elencate particolare attenzione richiede la libertà d'impresa. Vi è poi il considerando 13, da cui emerge una <<deroga per le organizzazioni che hanno meno di 250 dipendenti per quanto riguarda la conservazione delle registrazioni. Inoltre, le istituzioni, gli organi dell'Unione, gli Stati membri e le loro autorità di controllo sono invitati a considerare le esigenze specifiche delle micro, piccole e medie imprese nell'applicare il presente regolamento>>. Da ciò traspare che competenti ad attuare gli obblighi previsti dal Regolamento⁴ sono gli Stati membri e le autorità di controllo nazionali.

³ Il Gdpr è indice di una rivoluzione culturale volta a contrastare la superficialità e l'indifferenza che hanno mostrato alcune imprese nell'affrontare tale delicatissima problematica.

⁴ Con riferimento agli adempimenti dei singoli Stati membri, si tratterebbe di una vera e propria normativa statale di attuazione, che tenga conto delle differenze economiche e culturali dei diversi Paesi, F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*, Torino, 2016, vol. 2, p. 17 ss.

Essenziale quale punto di contatto tra i principi suesposti è il c.d. “principio di proporzionalità”.

Il 19 settembre 2018 è entrato in vigore il D.lgs. n. 101/2018, un decreto di adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento UE, GDPR (General Data Protection Regulation), n. 2016/679, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati. Nonostante tale provvedimento, si resta in attesa di misure integrative dell’Autorità garante in materia (alcune delle quali sono state già emanate attraverso linee guida⁵) e di codici di condotta elaborati da associazioni o altre organizzazioni rappresentanti le categorie di titolari del trattamento o di responsabili del trattamento, come consentito espressamente dall’art. 40 del Gdpr e dai considerando 98 e 99⁶.

L’analisi in esame ha quale obiettivo quello di costruire un percorso argomentativo al fine di proporre idee e soluzioni che, se manchevoli, rischierebbero di comportare un sacrificio dell’uno o dell’altro principio suesposto. In realtà, dalla lettura del decreto legislativo summenzionato traspare che esso costituisce un’ulteriore conferma delle carenze del legislatore italiano. Questi risponde alle esigenze di semplificazione delle micro e pmi, rimettendo la specificazione delle modalità semplificate di adempimento degli obblighi del titolare del trattamento all’Autorità garante

⁵ Si vedano ad es. le linee guida sull’utilizzo di cookie e di altri strumenti di tracciamento emanate il 26 novembre 2020.

⁶ Tale possibilità è espressamente consentita dall’art. 40 del Regolamento e dal considerando 98: <<le associazioni o altre organizzazioni rappresentanti le categorie di titolari del trattamento o di responsabili del trattamento dovrebbero essere incoraggiate a elaborare codici di condotta, nei limiti del presente regolamento, in modo da facilitarne l’effettiva applicazione, tenendo conto delle caratteristiche specifiche dei trattamenti effettuati in alcuni settori e delle esigenze specifiche delle microimprese e delle piccole e medie imprese. In particolare, tali codici di condotta potrebbero calibrare gli obblighi dei titolari del trattamento e dei responsabili del trattamento, tenuto conto del potenziale rischio del trattamento per i diritti e le libertà delle persone fisiche>>. Considerando 99: <<Nell’elaborare un codice di condotta, o nel modificare o prorogare tale codice, le associazioni e gli altri organismi rappresentanti le categorie di titolari del trattamento o di responsabili del trattamento dovrebbero consultare le parti interessate pertinenti, compresi, quando possibile, gli interessati, e tener conto delle osservazioni ricevute e delle opinioni espresse in riscontro a tali consultazioni>>.

della *privacy*, la quale eserciterebbe detto potere adottando linee guida di indirizzo riguardanti le misure organizzative e le tecniche di attuazione dei principi del Regolamento.

Relativamente ai provvedimenti sanzionatori da applicare alle imprese inadempienti, nei dibattiti preparatori che hanno dato luogo al decreto nazionale di adeguamento⁷, emerse la proposta di introdurre una nuova disposizione all'interno dello stesso, tesa a calibrare la sanzione, da infliggersi a cura del Garante, sulla gravità della violazione, sull'opera svolta dall'agente, sul grado di responsabilità e sulle eventuali violazioni pregresse, nonché sulla specifica situazione delle micro e pmi, sulla dimensione delle stesse e sulle loro condizioni economiche. Detta disposizione, però, non traspare nel decreto attuativo, giacché ritenuta difforme rispetto ai criteri previsti nel Gdpr e, dunque, incompatibile. Sembra, da una prima analisi, che il legislatore nazionale non abbia voluto cristallizzare la specifica situazione di tali imprese, rimettendo ogni scelta relativa alle stesse al Garante della *privacy*.

Va rilevato, altresì, che il Regolamento ha attribuito un ruolo importante alla Commissione europea⁸ con riferimento alle misure da adottare per le micro e pmi, emergendo, come si evince da un comunicato stampa del 24 gennaio 2018⁹, l'intenzione di destinare 1,7 milioni di euro al finanziamento delle autorità di protezione dei dati e alla formazione dei professionisti in materia e altri 2 milioni di euro al fine di sostenere le autorità nazionali nell'opera di sensibilizzazione rivolta alle imprese.

La tematica è interessante anche per comprendere l'impatto del Regolamento sugli investitori stranieri, i quali stanno manifestando un interesse crescente per le infrastrutture italiane. E' necessario che essi sappiano sin da subito se l'impresa su cui intendono investire si sia resa conforme alla nuova normativa sulla *privacy*, al fine di non incorrere in gravi sanzioni.

⁷ È quanto emerge dalla Relazione illustrativa del decreto.

⁸ Si vedano i considerando 166 e 167.

⁹ *La Commissione pubblica orientamenti sulle nuove norme in materia di protezione dei dati*, dal sito http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-386_it.htm.

2. *Disciplina: dalla genesi all'attuale cornice normativa*

Il tema della *privacy* concerne un diritto fondamentale per la persona, affermatosi attraverso il dialogo tra l'elaborazione giurisprudenziale¹⁰, dottrinale e le scelte del legislatore, sia a livello nazionale che europeo. Relativamente alla qualificazione del diritto alla *privacy*, può osservarsi una costante dialettica tra diritto costituzionale e diritto civile¹¹. In un primo momento, tale diritto era concepito come libertà negativa¹², ossia come difesa della propria sfera personale e familiare da ingerenze altrui¹³. Si mirava a proteggere giuridicamente la sfera delle vicende legate alla vita

¹⁰ Nel 1970, con sentenza n. 122, la Corte costituzionale, in un caso concernente l'ammissibilità del sequestro di pubblicazioni contenenti immagini e relativamente al diritto alla riservatezza dell'immagine, statui che lo stesso si configurava quale limite alla libertà di stampa. Con ulteriore sentenza e, precisamente, la n. 38 del 1973, la medesima Corte qualificava il diritto alla riservatezza tra i diritti della personalità. In seguito, intervenne la Corte di Cassazione, suggerendo un sistema di tutela della *privacy* che trovi il suo fondamento nei principi costituzionali. Si veda, Corte di Cassazione sentenza n. 2129 del 1975, Caso Soraya, la quale definisce il diritto alla riservatezza come «la tutela di quelle situazioni e vicende strettamente personali e familiari che, pur se verificatesi fuori del domicilio domestico, non hanno per terzi un interesse socialmente apprezzabile, contro le ingerenze che, sia pure compiute con mezzi leciti, per scopi non esclusivamente speculativi e senza offesa per l'onore, la reputazione o il decoro, non siano giustificate da interessi pubblici preminenti».

¹¹ E. ROPPO, *I diritti della personalità*, in A. PIZZORUSSO, V. VARANO, *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Milano, 1985, p. 5 ss.

¹² La libertà negativa è stata definita quale «situazione in cui un soggetto ha la possibilità di agire senza essere impedito, o di non agire senza essere costretto, da altri soggetti», N. BOBBIO, dal sito http://www.treccani.it/enciclopedia/liberta_%28Enciclopedia-del-Novecento%29/.

¹³ S. D. WARREN, L. BRANDEIS, *The right to privacy*, in *Harvard law review*, 4, 1980. Warren e Brandeis, sul finire del XIX secolo, mutuarono la definizione data qualche tempo prima da un giudice inglese sul diritto alla *privacy* e precisamente “*right to be let alone*”. Si veda L. CALIFANO, *Privacy: affermazione e pratica di un diritto fondamentale*, Napoli, 2016, p. 10 ss. L'Autrice sostiene che la riservatezza si sostanzia in una libertà negativa ispirata al principio personalista, giacché si basa sulla collocazione della persona umana nella sua dignità e nel suo sviluppo al centro del sistema, assegnando allo Stato un mero ruolo di garanzia rispetto a tale inviolabilità.

privata di una persona¹⁴, ma non vi era un esplicito riconoscimento costituzionale di tale diritto¹⁵.

Col passare degli anni, si è registrata una progressiva evoluzione del tema della riservatezza, connessa all'innovazione tecnologica delle comunicazioni elettroniche¹⁶ e alla digitalizzazione e globalizzazione delle relazioni interpersonali, economiche, finanziarie e sociali. Si è avvertita, così, l'esigenza di mutare la concezione del diritto alla protezione dei dati personali, il quale viene a configurarsi quale diritto all'autodeterminazione informativa. È il titolare di tali dati che decide quali di essi condividere e quali no.

In Italia, il vero e proprio concetto della *privacy* emerse per la prima volta in una sentenza della Corte costituzionale del 1990¹⁷. Parallelamente, sullo

¹⁴ S. RODOTA', *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. Dir. Priv.*, 1997; G. M. SALERNO, *La protezione della riservatezza e l'inviolabilità della corrispondenza*, in P. RIDOLA, R. NANIA, *I diritti costituzionali*, Torino, 2006, vol II, p. 617 ss.

¹⁵ In assenza di un riconoscimento costituzionale di tale diritto, la tutela si rinveniva in altri principi costituzionali che garantiscono la libertà individuale dall'altrui ingerenza, quali sono la libertà personale, l'inviolabilità del domicilio, la libertà e segretezza della comunicazione, la libertà di manifestazione del pensiero e ancora, il diritto all'esercizio privato del culto religioso, il diritto al nome, il diritto di difesa, i diritti della famiglia e così via.

¹⁶ A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Napoli, 2017, p. 10 ss.

¹⁷ Corte cost. sentenza n. 139 del 1990, il cui passaggio più significativo è nelle seguenti frasi: <<i>i principi a tutela della privacy individuale sono diffusi, pressoché in forma analoga, in tutti gli ordinamenti giuridici delle nazioni più civili. La ratio di tali principi sta nel prevenire qualsiasi rischio che i dati raccolti siano conosciuti all'esterno nel loro riferimento nominativo o individuale ovvero in modo tale che siffatto riferimento possa essere ricostruito pur in presenza di dati anonimi e/o aggregati. Lo scopo di tale principio è duplice, in quanto, senza siffatte garanzie, da un lato, le statistiche potrebbero risultare non veridiche e dall'altro, potrebbero essere messi in pericolo beni individuali strettamente connessi al godimento di libertà costituzionali e di diritti inviolabili>>. Ancora in tema di *privacy* si vedano le seguenti sentenze: Corte Cost. n. 366/1991, Corte Cost. n. 81/1993, Corte Cost. n. 135/2002. Con sentenza n. 271/2005, la Corte Cost. ascriveva alla potestà legislativa esclusiva dello Stato la competenza in materia di protezione dei dati personali. Ulteriori sentenze hanno definitivamente incorporato il diritto alla *privacy* nel suo duplice significato di riservatezza e protezione dei dati personali, ascrivendolo nel novero dei diritti inviolabili di cui all'art. 2 della Costituzione.

scenario europeo, se ne osservava un riconoscimento con la Convenzione di Strasburgo n. 108 del 1991, dedicata alla protezione degli individui rispetto al trattamento automatizzato dei dati personali. Iniziava ad avvertirsi l'esigenza¹⁸ di trovare una disciplina omogenea per gli Stati membri, anche legata allo scambio di dati e informazioni all'interno dello spazio comune. Per rispondere a dette necessità, furono emanate diverse direttive in materia¹⁹: la prima, più importante, è la direttiva 95/46/CE, la quale ricollegava la privacy alla stregua delle libertà fondamentali. Detto riconoscimento è stato esplicito nella Carta di Nizza, all'art. 8²⁰, cristallizzando il principio secondo cui la protezione dei dati personali è un diritto fondamentale, nonché nell'art. 16 TFUE.

In Italia il primo intervento significativo in materia si ebbe nel 1996²¹, con la legge n. 675, anno in cui il legislatore recepì le direttive comunitarie sulla protezione dei dati personali, creando solo in seguito un *corpus* normativo unitario, con il d.lgs. 196/2003²². Data la natura della direttiva, la normativa era applicabile solo agli Stati membri dell'Unione europea che avessero adottato un atto di recepimento; pertanto, non era garantito in modo analogo a tutti gli europei il diritto fondamentale alla protezione dei

¹⁸ G. GARDINI, *Le regole dell'informazione*, Milano, 2009, p. 246 ss.

¹⁹ V. anche Direttive 97/66/CE, 2002/58/CE, 2009/140/CE.

²⁰ L'art. 8 stabilisce che ogni individuo ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano. I dati dovranno essere trattati secondo il principio di lealtà, per fini determinati e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge.

²¹ È opportuno ricordare che detto tema trovava un riconoscimento isolato in talune norme settoriali, come l'art. 4 dello Statuto dei lavoratori, relativo al divieto di controllo a distanza; nella legge 194/1978, che assicurava la riservatezza alla donna nella scelta di interrompere volontariamente la gravidanza e così via.

²² Il d. lgs. 196/2003 sintetizza la tutela della *privacy* lungo tre linee guida: in primo luogo, protegge la qualità delle informazioni, ricomprendendovi anche quelle contenenti dati politici, religiosi, legati alla vita sessuale e tutti i c.d. "dati sensibili". In secondo luogo, attribuisce all'individuo ampi poteri a tutela dei propri dati quali, ad esempio, il potere di controllo sugli stessi, di accesso ai *database* presso coloro che li detengono, il diritto di opporsi al trattamento etc. Infine, si è ammesso che la protezione deve contrastare qualsiasi turbativa, anche se volta ad arrecare semplice disturbo all'individuo (es. molestie telefoniche). La normativa nazionale faceva riferimento alla direttiva europea 95/46/CE, la quale sorse in un periodo storico in cui non era così diffusa la rete internet né l'economia digitale.

dati. In ciò si ravvisa la prima criticità del sistema, in quanto all'interno dell'Unione si sono manifestate tante interpretazioni quanti sono gli Stati che hanno recepito la direttiva, creando confusione e ostacoli al business²³. La direttiva e le leggi nazionali di attuazione concepivano la protezione dei dati in una visione statica dei rapporti fra il titolare e l'interessato, ossia in una visione proprietaria del dato: dato da non poter utilizzare senza il consenso del suo titolare.

Preso atto di questo complesso e disorganico scenario, il legislatore europeo ha ritenuto di intervenire, creando una normativa unitaria e dando luogo al nuovo Regolamento europeo (Regolamento 2016/679), anche noto con l'acronimo "Gdpr", automaticamente applicabile in tutti gli Stati membri dal 25 maggio 2018²⁴.

L'obiettivo principale del presente documento è rispondere alle sfide poste dall'evoluzione tecnologica, dal sempre più frequente utilizzo dei dati personali da parte di imprese private e autorità pubbliche, nonché garantire adeguata tutela alle persone fisiche nei Paesi membri e realizzare la libera circolazione dei dati personali. Da ciò traspare un mutamento di mentalità: si cerca di porre in essere una regolazione che protegga le persone, per aumentare la loro fiducia nella società digitale.

La protezione dei dati è concepita in chiave dinamica, tant'è che al centro del Regolamento c'è la responsabilità del titolare (accountability), il quale ha l'obbligo di valutare i rischi²⁵ che i trattamenti che pone in essere possono far correre alle libertà individuali e ai diritti delle persone fisiche. In ciò è insita la vera innovazione della normativa: il titolare non dovrà interfacciarsi preventivamente con il Garante, salvo eccezioni, ma potrà

²³ Ogni impresa che voleva investire in uno Stato membro doveva valutare quale fosse la normativa applicabile all'interno dello stesso.

²⁴ Il Regolamento ha attraversato una fase transitoria di due anni, intercorsa tra la data di entrata in vigore, risultante dall'art. 99 dello stesso (25 maggio 2016), e l'applicazione diretta, prevista per il 25 maggio 2018.

²⁵ Fondamentale è, altresì, l'importanza della valutazione di impatto di rischio. Prima che abbia inizio il trattamento dei dati, deve essere effettuata una compiuta valutazione dei rischi che quell'uso può far correre (*Data Protection Impact Assessment* o anche "Dpia"). È in ciò che si incardina la concezione dinamica della protezione dei dati.

utilizzare direttamente i dati assumendosi la propria responsabilità²⁶, previe le valutazioni di cui sopra.

Ulteriori finalità sono quelle di prevenire futuri attacchi, dare agli utenti maggior accesso e controllo sui loro dati e sanzionare coloro che non proteggono adeguatamente i dati che raccolgono e da cui ottengono profitto.

Una delle novità più rilevanti concerne il trattamento dei dati personali, il quale dovrà essere limitato nel tempo, secondo le funzionalità dello stesso, rispetto al motivo per cui i dati sono stati raccolti. Il consenso dei clienti dovrà essere espresso in modo consapevole e le modalità di utilizzo dovranno essere esplicate in modo semplice ed esaustivo.

Altra novità riguarda il profilo dei doveri che gravano sui titolari del trattamento; al riguardo, sono stati introdotti diversi istituti atti ad accentuare la responsabilità di tali soggetti. Fra questi si annoverano: la nomina del responsabile unico della protezione dei dati personali, la preventiva valutazione d'impatto sulla protezione di tali dati, apposite certificazioni di qualità dei trattamenti dati.

In sintesi, i principi chiave che emergono dal suddetto Regolamento concernono vari aspetti: in primo luogo, si è ritenuta necessaria una distinzione e precisazione dei ruoli e delle responsabilità tra i controllori dei dati e coloro che li processano. In secondo luogo, al fine di ampliare l'area applicativa del presente regolamento, si è ritenuto di estendere la definizione di dati personali, la quale ultima include nomi, numero e luogo dei documenti identificativi, indirizzi IP etc.

Ancora, si attribuisce il ruolo di Autorità di protezione dei dati personali a un unico garante per ogni Stato membro. Il tutto è corredato da pesanti

²⁶ Questo mutamento è dovuto alla circostanza che i trattamenti saranno sempre più mutevoli, per cui nessuna regola può *a priori* stabilire indicazioni specifiche su quali misure si debbano adottare per evitare rischi alle libertà. Il consenso dell'individuo diventa una base di legittimità del trattamento, ma la responsabilità di chi concretamente utilizza i dati è che il trattamento sia protetto dai rischi. Di qui due forme di tutela preventive: la prima, secondo cui è necessario tutelare i dati personali sin dalla fase di sviluppo, progettazione, selezione o utilizzo di applicazioni, servizi e prodotti per il trattamento degli stessi; la seconda, in virtù della quale si adottano misure tecnologiche e organizzative di protezione dai rischi tese a garantire che vengano trattati solo i dati personali necessari alla finalità che si intende perseguire.

sanzioni amministrative e penali, che possono arrivare fino a 20 milioni di euro o al 4% di fatturato annuo, per professionisti e imprese che non adempiono. Ci si chiede allora come adeguarsi allo stesso.

3. *Micro, piccole e medie imprese e nuovo regolamento privacy: i profili critici*

Prima di comprendere come sta avvenendo l'adeguamento delle micro, piccole e medie imprese alla nuova normativa in tema di *privacy*, è opportuno considerare che, allo stato dei fatti, le pmi europee sono più di 23 milioni, rappresentano il 99% delle imprese e forniscono più del 67% dei posti di lavoro. Preso atto di questi dati²⁷, non si può prescindere dagli stessi nell'adozione di misure nazionali di adeguamento ad hoc al Regolamento; diversamente, si rischierebbe di ledere gravemente dette imprese, provocando riflessi negativi sull'occupazione e sull'intera economia nazionale ed europea. Come può osservarsi, anche le micro e pmi sono assoggettate al presente regolamento, giacché l'applicabilità non dipende dalla dimensione dell'impresa, ma dalla natura dell'attività esercitata²⁸. In particolare, sono tenute a rispettare la normativa tutte le imprese esercenti attività che possano causare rischi per i diritti e le libertà individuali.

Un'eventuale misura innovativa meno gravosa per le pmi non dovrà perdere di vista quelli che sono i pilastri economici europei, ossia:

- a) Competitività
- b) Innovazione
- c) Imprenditorialità

I singoli Stati membri dovrebbero preoccuparsi di elaborare un'accurata legislazione interna ad hoc per le piccole e medie imprese, perché una

²⁷ Dal sito https://europa.eu/european-union/topics/enterprise_it.

²⁸ È opportuno precisare che l'impatto della nuova regolamentazione in materia di *privacy* muta a seconda della natura dell'attività esercitata, ossia è maggiore quanto più vengono trattati dati sensibili. All'uopo, possono segnalarsi alcuni esempi: in caso di studio medico le informative devono essere chiare, esaustive e diverse a seconda se si riferiscono ai clienti, ai dipendenti o collaboratori. In caso di piccolo negozio di abbigliamento, invece, il Gdpr ha un impatto minore, specie se non è prevista la vendita online.

misura altamente costosa per le stesse le renderebbe non competitive, violerebbe i principi costituzionali a tutela della libertà di impresa e distruggerebbe la concorrenza nel mercato. Pertanto, si rischierebbe di far sopravvivere solo le grandi imprese, in grado di sopportare i notevoli costi di adeguamento alla normativa europea in tema di *privacy*.

Per comprendere, nel dettaglio, quali sono gli adempimenti per le imprese, si deve tener presente che il Regolamento Ue 2016/679 ha imposto alle stesse di adeguarsi entro il 25 maggio 2018, specie relativamente alle reti e agli archivi, e di effettuare modifiche significative nei loro programmi di sicurezza, nel modo di processare informazioni personali e di gestire le infrastrutture, al fine di garantire il controllo, la custodia e la protezione dei dati che trovano la propria origine nell'Unione europea, nonché la protezione del diritto alla *privacy*. Le previsioni iniziali dei costi aggiuntivi per le pmi erano pari a 3,1 miliardi di euro, oltre a un aggravio in termini di burocrazia²⁹.

Da talune stime effettuate da Confesercenti (associazione imprenditoriale), si presumeva approssimativamente una spesa minima di 500 euro a impresa, legata all'istituzione, alla tenuta del registro dei dati personali (per le imprese non esenti) e alla redazione della nota informativa. Si temeva che molte micro e pmi avrebbero speso ancor di più, a seconda della tipologia di attività e del numero di dipendenti e clienti di cui si detengono le informazioni. Ulteriore e notevole spesa da affrontare è stata e continua ad esserla quella relativa agli hardware e software specialistici come antivirus e firewall, nonché alla certificazione delle reti informatiche aziendali e all'acquisto di eventuali supporti di backup, obbligatori per legge. Se i dati riguardano oltre 250 persone fisiche, si deve nominare il c.d. “*Data Protection Officer*”, soggetto incaricato di vigilare sul rispetto della normativa *privacy* e strumento di contatto con l'Autorità di controllo, che può costare fino a 5.000 euro l'anno³⁰. La descritta è l'ipotesi

²⁹ N. RICCI, *GDPR PMI: chieste proroga sanzioni e semplificazioni piccole imprese*, dal sito <https://www.pmi.it/economia/lavoro/270823/gdpr-pmi-chieste-proroga-sanzioni-e-semplificazioni-piccole-imprese.html>.

³⁰ Per un calcolo più aggiornato dei costi, si veda anche <https://www.cybersecurity360.it/legal/privacy-dati-personali/i-costi-di-un-data-breach-nelle-pmi-ecco-perche-conviene-adeguarsi-al-gdpr/>

obbligatoria; è vivamente consigliata la nomina facoltativa, in ossequio al principio di responsabilizzazione.

Il punto cruciale della questione è come risolvere detta problematica per non incorrere in sanzioni elevatissime³¹, anche al fine di evitare violazioni della privacy, attacchi cyber e altre minacce informatiche³².

Al riguardo³³, sono state previste talune esenzioni³⁴ per le imprese con meno di 250 dipendenti, le quali non devono compilare il registro dei trattamenti³⁵, salvo che gli stessi non siano occasionali o espongano a

³¹ Le sanzioni previste sono fino a venti milioni di euro e fino al 4% del fatturato per le violazioni più gravi, dal sito <https://www.giornaledellepmi.it/privacy-e-protezione-dati-pmi-in-ritardo-sul-nuovo-regolamento-ue/>

³² Un esempio di uso distorto delle informazioni si evidenzia nel caso Facebook-Cambridge Analytica. A marzo, il New York Times, collaborando con “The Observer of London” e “The Guardian”, ha ottenuto una serie di documenti dall'interno di Cambridge Analytica, la società di dati di proprietà di Robert Mercer, di estrema destra. I documenti hanno dimostrato che l'azienda, in cui l'ex collaboratore di Trump, Stephen K. Bannon, era un membro del cda, utilizzava dati ottenuti impropriamente da Facebook per creare profili elettorali. La notizia ha messo sotto inchiesta Cambridge e ha spinto Facebook nella sua più grande crisi di sempre”, dal sito <https://www.nytimes.com/2018/04/04/us/politics/cambridge-analytica-scandal-fallout.html>

³³ A. CICCIA MESSINA, *Gli effetti immediati del nuovo regolamento Ue*, in *Italia Oggi, La riforma della privacy, Guida pratica per l'applicazione del nuovo regolamento europeo (Gdpr)*, vol. 5, 2018.

³⁴ M. MASSIMINI, *Il registro dei trattamenti GDPR e la deroga fantasma per le PMI*, dal sito <https://www.privacy.it/2018/04/27/massimini-registro-trattamenti-gdpr-deroga/>.

L'Autore afferma: <<le pmi sono comunque tenute a redigere il registro qualora: a) il trattamento che esse effettuano possa presentare un rischio per i diritti e le libertà dell'interessato; b) il trattamento non sia occasionale; c) il trattamento includa categorie particolari di dati (in pratica, i dati qualificati come “sensibili” dal codice *privacy*) o i dati personali relativi a condanne penali e a reati. È sufficiente che ricorra una delle tre ipotesi (trattamento a rischio, trattamento non occasionale o trattamento di dati particolari/giudiziari) e l'obbligo di tenere un registro si attiva anche per chi abbia meno di 250 dipendenti. Tralasciando le ipotesi dei trattamenti a rischio (solo perché meno ricorrenti), non sfugge a nessuno che, ad oggi, qualsiasi azienda tratta dati idonei a rivelare lo stato di salute dei dipendenti, vuoi per la gestione delle assenze, vuoi per la conservazione di documentazione sanitaria, vuoi per l'assunzione di categorie protette, vuoi per evitare di assegnare mansioni incompatibili con determinate condizioni di salute, vuoi per gestire infortuni sul lavoro, e così via. Pertanto, chiunque abbia dei dipendenti deve tenere un registro dei trattamenti>>.

³⁵ Il registro dei trattamenti è un documento che contiene obbligatoriamente il nome e i dati di contatto del titolare del trattamento e, ove applicabile, del contitolare del

rischio le libertà e i diritti individuali o concernano dati sensibili o relativi a condanne penali (es. in caso di monitoraggio delle persone e trattamenti di dati sensibili o giudiziari).

Il cuore del problema è proprio questo: bisogna conciliare le due esigenze (tutela della *privacy* e tutela dell'economia) con il minor costo possibile da parte delle imprese, specie di quelle soggette a procedure semplificate. In realtà, una parte della dottrina³⁶ sostiene che gli imprenditori non devono continuare a temere le sanzioni né ritenere che la limitazione dei costi comporti di per sé la tutela dei propri interessi, in quanto devono preoccuparsi del danno reputazionale, che può avere ripercussioni sull'intera economia nazionale.

Un altro dato che ha influito negativamente sull'adeguamento al Gdpr da parte delle pmi è costituito dalla circostanza che molte aziende non avevano alcuna consapevolezza della materia, specie quelle che, operando in settori non direttamente attinenti alla *privacy*, pensavano addirittura che a esse non si applicasse il Regolamento. Ciò è sbagliato, perché qualunque impresa tratta dati personali, sia dei propri dipendenti che di clienti e fornitori con cui si interfaccia. Sul punto, l'Autorità nazionale in materia è intervenuta attraverso iniziative tali da sensibilizzare, formare e istruire le imprese sul tema.

trattamento, del rappresentante del titolare del trattamento e del responsabile della protezione dei dati; le finalità del trattamento; una descrizione delle categorie di interessati e delle categorie di dati personali; le categorie di destinatari cui i dati personali sono stati o saranno comunicati, compresi i destinatari di paesi terzi od organizzazioni internazionali; ove applicabile, i trasferimenti di dati personali verso un paese terzo o un'organizzazione internazionale, compresa l'identificazione del paese terzo o dell'organizzazione internazionale e, per i trasferimenti di cui al secondo comma dell'articolo 49, la documentazione delle garanzie adeguate; ove possibile, i termini ultimi previsti per la cancellazione delle diverse categorie di dati; ove possibile, una descrizione generale delle misure di sicurezza tecniche e organizzative di cui all'articolo 32, paragrafo 1. Esso fornisce la prova che il titolare e il responsabile del trattamento dati stanno operando conformemente al Gdpr.

³⁶ A. SALERNO, *Privacy day*, Pizzetti: "La riforma Ue trampolino per la digital economy", dal sito <https://www.corrierecomunicazioni.it/privacy/gdpr/privacy-day-pizzetti-la-riforma-ue-trampolino-per-la-digital-economy/>

4. Privacy e normativa di adeguamento in Italia

Relativamente alla situazione in Italia, è d'uopo ricordare che a seguito della delega che il Governo ha ricevuto per l'emanazione del decreto legislativo di adeguamento³⁷, ossia di un intervento volto a chiarire quali potessero essere gli obblighi per le micro e pmi³⁸, tenendo conto delle imprese soggette a procedure di semplificazione³⁹, è stato emanato il d.lgs.

³⁷ Si veda l'art. 13 della l. 163/2017, entrata in vigore il 21 novembre 2017, con la quale veniva delegato il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi al fine di armonizzare la normativa italiana a quella europea, in materia di privacy, entro il 21 maggio 2018. La l. 234/2012 all'art. 31 co 3, prevede che il termine della delega, in assenza dei due pareri delle Commissioni parlamentari, è prorogato di novanta giorni. Sul punto, F. LEFEBVRE, *Contratti d'impresa*, 2018, p. 296 ss.

³⁸ *GDPR: la strada è ancora lunga*, dal sito <https://www.giornaledellepmi.it/gdpr-la-strada-e-ancora-lunga/>.

³⁹ In Italia, il d. l. 179/2012, convertito con l. 221/2012, noto anche come “Decreto Crescita 2.0.”, all'art. 26, co 1, prevedeva l'esonero per le start-up innovative (sia srl che spa) dal pagamento dell'imposta di bollo e dei diritti di segreteria dovuti circa gli adempimenti relativi all'iscrizione nel registro delle imprese e dal pagamento del diritto annuale dovuto in favore della camera di commercio. La normativa nazionale trovava la propria *ratio* nell'esigenza di rilanciare l'economia, lo sviluppo delle società e l'imprenditoria giovanile., P. SIMONETTI, *La società a responsabilità limitata*, in L. GENGHINI, *Manuale Notarile*, Roma, 2014, p. 465 ss. Il d. l. 3/2015, convertito nella l. 33/2015 ha sostituito alle start-up innovative le pmi-innovative, e ne ha esteso l'applicazione dell'articolo 26 del decreto succitato, eccetto l'obbligo del pagamento dei diritti di segreteria per adempimenti concernenti l'iscrizione nel registro delle imprese, nonché del diritto annuale dovuto in favore della camera di commercio. L'evoluzione normativa ha portato all'emanazione della l. 96/2017, legge di conversione del d. l. 50/2017, anche noto come “decreto correttivo”. Il fenomeno della semplificazione delle imprese, cristallizzatosi nel d.l. 1/2012, convertito con modifiche nella L. 27/2012, ha dato luogo alla creazione di nuovi modelli quali le srls (società a responsabilità limitata semplificata). La srls non va confusa con la srlcr (srl a capitale ridotto), introdotta dal d. l. 83/2012, convertito con modifiche dalla l. 134/2012. Quest'ultima, infatti, può essere costituita da persone fisiche maggiori di 35 anni, non prevede per la sua costituzione il ricorso al modello standardizzato e non è esente da agevolazioni in sede di costituzione., M. CIAN, *S.r.l., s.r.l. semplificata, s.r.l. a capitale ridotto. Una nuova geometria del sistema o un sistema disarticolato?*, in Riv. Soc., 2012, p. 1104 ss. Ci si è chiesti se le srls e le srlcr fossero tipi autonomi o varianti della srl ordinaria. Tra le diverse teorie elaborate dagli Autori in relazione all'art. 2463-bis c.c., si è anche sostenuto che la srls fosse un sottotipo della srlcr destinata a soci di età inferiore a 35 anni., ASSONIME, *La società a responsabilità limitata a*

101/2018, in vigore dal 19 settembre 2018. Detto provvedimento ha ad oggetto indicazioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento GDPR (General Data Protection Regulation) n. 2016/679, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati.

capitale ridotto, Circolare n. 29/2012, in *Riv. Soc.*, 2012, p. 1270. Tale ultima ricostruzione è stata smentita dal legislatore il quale, oltre ad aver riqualificato le srls e le srlcr esistenti alla data di entrata in vigore del d.l. n. 76/2013 (vale a dire al 22 agosto 2013), ha stabilito che alla srls si applichi, per quanto compatibile, la disciplina della srl ordinaria. Con tale forma societaria, è consentita la possibilità di costituire srls a capitale inferiore a 10.000 euro ma pari almeno a un euro, purché lo stesso sia sottoscritto e interamente versato in denaro all'organo amministrativo al momento della costituzione; è quanto previsto dall'art. 2463-bis c. c.. Altra novità inserita dalla norma rispetto al modello ordinario di srl concerne la redazione dell'atto costitutivo. L'articolo in esame, all'uopo, impone la costituzione per atto pubblico e secondo il modello standard tipizzato dal Ministero della Giustizia, di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze e con il Ministero dello Sviluppo Economico, le cui clausole sono inderogabili. Il Ministro della Giustizia, con parere n. 43644 del 10 dicembre 2012, affermava che, ferme le clausole minime previste per il modello standard, era possibile apportare delle modifiche per ottenere uno statuto più in linea con le esigenze dei soci. Successivamente, il Mise con nota prot. 6404 del 15 gennaio 2014, ha affermato che il modello standard di atto costitutivo di una srls non può essere oggetto di modifiche, salvo quelle indispensabili per adattarlo e renderlo coerente rispetto alla legge notarile. Il rischio era quello di creare una sovrapposizione tra srl e srl a capitale ridotto. Si veda anche C. CARBONE, *Formulario notarile commentato, Atti tra vivi di diritto commerciale*, Vicenza, 2016, p. 1104 ss. Altro vantaggio di questo modello è insito nei notevoli vantaggi fiscali concessi in occasione dell'avvio dell'attività di impresa e, in particolare, nell'esenzione dai diritti di bollo e di segreteria e dall'onorario notarile per la costituzione. Successivamente, con il d. l. 76/2013, poi convertito con modifiche nella l. 99/2013, è stato eliminato il limite di 35 anni ed è stata prevista la possibilità di scegliere anche soggetti estranei quali amministratori. Con tale norma, il legislatore, dopo aver frammentato la disciplina della srl attraverso la creazione della srls e poi della srlcr, ha soppresso la normativa speciale contenuta nell'art. 44 della legge succitata, concernente la srlcr, e riscritto la disciplina generale del capitale della srl modificandone gli artt. 2463 (costituzione) e 2464 (conferimenti) c.c. Alla luce di ciò, le srlcr sono state riqualificate d'ufficio come srls. C. A. BUSI, *La nuova Srl semplificata*, dal sito <http://elibrary.fondazione-notariato.it/articolo.asp?art=42/4204&mn=3>. Il Ministero dello Sviluppo Economico, in applicazione del disposto di cui al comma 15 dell'art. 9 del d. l. n. 76/2013, ha disposto, con circolare del 12 maggio 2016, prot. n. 132263, la sostituzione della forma giuridica delle srlcr con le srls.

Tale decreto doveva essere emanato entro il 21 maggio 2018, ma così non è stato, anche a causa delle vicende politiche del periodo. *Medio tempore* vi sono stati ulteriori interventi normativi⁴⁰ che hanno avuto ripercussioni sull'argomento. Dall'analisi compiuta sembrerebbe emergere una confusione normativa non indifferente, essendo la materia disciplinata, in via principale, dal Regolamento europeo, applicabile dal 25 maggio 2018, dal codice privacy per quanto compatibile, dal nuovo d.lgs. 101/2018, dai codici di condotta e dai provvedimenti del Garante. Vi è di più: dalla lettura del d. lgs. di adeguamento alla normativa europea non emerge un intervento chiarificatore delle misure di semplificazione delle micro e pmi, poiché detto compito viene attribuito al Garante attraverso l'emanazione delle linee guida. Pertanto, se uno degli intenti era quello di creare una regolamentazione più facile da rinvenire, anche al fine di favorire gli investimenti da parte di operatori stranieri, può osservarsi che tale obiettivo non è stato pienamente raggiunto, in quanto è vero che il Regolamento rimette agli Stati membri la regolamentazione relativa alle micro e pmi, ma è altrettanto vero che l'investitore straniero deve compiere verifiche estenuanti per capire se l'impresa su cui fa affidamento è conforme ai codici di condotta, alle linee guida, alla normativa nazionale ed europea.

⁴⁰ In particolare, la l. 167/2017, con riferimento alle modalità di nomina e ruolo del responsabile del trattamento dati, ha inciso sull'art. 29 del Codice privacy, non adeguandosi perfettamente a quanto previsto nel Gdpr. Ancora, la medesima legge ha introdotto l'art. 110 bis nel codice *privacy*, prevedendo che il Garante possa autorizzare l'uso di dati personali, inclusi quelli sanitari, a fini di ricerca scientifica o statistica, a condizione che i dati siano sottoposti a processi di minimizzazione e anonimizzazione in grado di proteggere gli interessi delle persone coinvolte. Detta disposizione si discosta dal Regolamento per la richiesta di autorizzazione preventiva al Garante, in netto contrasto con il mutamento di mentalità che orienta la nuova normativa europea sulla *privacy*, fondato sul principio della responsabilizzazione. Con la legge di bilancio 2018 (l. 205/2017), il legislatore ha introdotto i commi 1021, 1022 e 1023, i quali prevedono l'obbligo di adottare formati interoperabili da parte dei titolari del trattamento, al fine di consentire la portabilità dei dati da un titolare all'altro, su richiesta dell'interessato (obbligo inesistente ai sensi del Gdpr), e un meccanismo speciale di notifica preventiva al Garante (in caso di trattamento di dati personali effettuato attraverso nuove tecnologie e strumenti automatizzati, basati sull'interesse legittimo del titolare) e di attesa di 15 giorni lavorativi dall'invio dell'informativa, in assenza di risposta da parte del Garante, quale condizione per poter procedere. Ciò è in palese contrasto con il Gdpr.

Un'altra criticità del sistema è insita nella circostanza che le micro e pmi devono attendere le linee guida del Garante per comprendere dettagliatamente quali sono gli adempimenti semplificati da porre in essere per il completo adeguamento al Gdpr e le sanzioni da applicare, linee guida ad oggi emanate ma non con specifico riferimento alle pmi.

Si attendono suggerimenti anche da parte del Comitato europeo per la protezione dei dati⁴¹.

Ciò che ha chiarito l'Autorità Garante della privacy italiana, ad oggi, è che nella sostanza, qualsiasi impresa con almeno un dipendente deve tenere il Registro dei Trattamenti, anche se circoscritto ai soli dati "sensibili"; dall'altro, ha messo a disposizione un fac simile di modello semplificato di Registro (sia per i Titolari che per i Responsabili del Trattamento). Successivamente, è nata una cooperazione tra l'Autorità garante della privacy italiana e l'omologa autorità bulgara, dalla quale è stato ideato il progetto SMEDATA, un progetto nato per sensibilizzare maggiormente la popolazione sul tema della privacy e per attuare la formazione sui contenuti del Regolamento.

5. Le pmi europee: un'analisi comparata

Per fornire soluzioni e spunti di riflessione circa l'adeguamento delle micro e pmi al Gdpr, si è voltato lo sguardo sugli altri Stati membri

⁴¹ L'European Data Protection Board, o Comitato europeo per la protezione dei dati ha sostituito il Gruppo di lavoro articolo 29 (Working Party article 29 o WP29, previsto dall'art. 29 della direttiva europea 95/46), col nuovo Regolamento europeo, e si configura quale gruppo di lavoro comune alle autorità nazionali di vigilanza e protezione dei dati. E' un organismo consultivo indipendente, composto da un rappresentante delle varie autorità nazionali, dal Garante europeo della protezione dei dati e da un rappresentante della Commissione. L'art. 70 Gdpr prevede tra i vari compiti del gruppo di lavoro quello di pubblicare linee guida, raccomandazioni e migliori prassi al fine di promuovere l'applicazione coerente del regolamento. Il Comitato ritiene che l'applicazione del regolamento generale sulla protezione dei dati nei primi 20 mesi abbia dato un esito positivo, ma permangono alcune problematiche derivanti, ad esempio, dalla variegata gamma di procedure nazionali. Il Comitato punta sempre più sulla cooperazione tra autorità. Quanto alle PMI, pur se affrontata la questione dell'impatto del nuovo regolamento sulle stesse, si giunge alla conclusione che sia prematuro rivedere il regolamento in questa fase storica.

dell'Unione europea, verificando le iniziative adottate al riguardo non solo dalle imprese, ma anche dalle Autorità di regolazione. Paradigmatico è stato il caso della Francia. Pertanto, uno spunto di riflessione concerne le misure a tutela delle imprese proposte dall'allora presidente dell'autorità garante della protezione dei dati francese Isabelle Falque-Pierrotin⁴². Quest'ultima, infatti, mentre ha escluso che il 25 maggio, termine ultimo per adeguarsi al Regolamento da parte degli Stati membri, sarebbero scattate automaticamente le sanzioni alle imprese non in regola con la nuova normativa, ha predisposto una serie di controlli tesi a verificare l'adeguamento graduale delle stesse. Queste misure sono state adottate proprio in un'ottica di bilanciamento degli interessi e sono state ideate per non gravare troppo le imprese, evitando di pregiudicare l'economia nazionale.

Secondo alcuni sondaggi effettuati⁴³, a una settimana dalla fatidica data (25 maggio 2018), molte aziende europee si sono trovate in difficoltà. Dalle prime analisi comparate, può osservarsi che le più allineate con la nuova normativa sono state le imprese britanniche, che hanno registrato l'adeguamento nella misura del 55%, poi le società spagnole, per il 54%, quelle tedesche e dei Paesi Bassi (51%), quelle italiane, per il 48%, e in coda quelle svedesi (33%).

Oggi pare che la situazione sia migliorata e, almeno in Italia, moltissime aziende si sono adeguate. Più della metà delle organizzazioni si è dichiarata conforme ai requisiti previsti dalla normativa e, allo stesso tempo, è cresciuto il livello di informativa sulle implicazioni del GDPR. Sembrerebbero poche le aziende (5%) ancora in fase di analisi e di definizione di piani di adeguamento, mentre due anni fa la quota era del 34%.

⁴² E' quanto affermato da Falque-Pierrotin in un'intervista a *Les Echos*: <<Il 25 maggio non va considerato come una data capestro, sinonimo di un intervento di massa del CNIL. Il fatto che un buon numero di imprese non saranno conformi al 100% non è grave. L'importante è che l'insieme degli attori mettano in atto un cambio di approccio e mettano a punto un piano per declinare i nuovi obblighi nei diversi processi>>.

⁴³ Si veda lo studio del Digital Transformation Institute di Capgemini, dal sito <https://www.corrierecomunicazioni.it/privacy/gdpr/gdpr-le-aziende-britanniche-le-piu-allineate-litalia-non-brilla-ma-ci-sono-problemi-in-tutta-la-ue/>.

Allo scopo di perseguire gli obiettivi del Regolamento e facilitare le micro, piccole e medie imprese, si auspica l'emanazione di un nuovo provvedimento, che tenga conto della reale situazione delle stesse e ponderi analiticamente gli obblighi e le sanzioni per il caso di inadempimento. Premesso che la soluzione migliore, secondo il parere della scrivente, non è quella di applicare le stesse regole a una platea indifferenziata di operatori, giacché questi trattano per diversi scopi i dati personali degli individui, in realtà, le aspettative riposte nella creazione del decreto legislativo di adeguamento al Gdpr (decreto legislativo n. 101/2018) sono state parzialmente deluse.

Dall'analisi di quest'ultimo si osserva una scarsa pretesa di esaustività della norma, in quanto si rinvia l'ardua determinazione degli adempimenti delle micro e pmi al Garante nazionale per la protezione dei dati personali. Dalla lettura dell'art. 154 bis dello schema del decreto analizzato, infatti, può giungersi alla conclusione che il legislatore nazionale si sia voluto spogliare del potere di definire la specifica situazione delle micro, piccole e medie imprese, riconoscendogli dal Considerando 13 del Gdpr, rimettendo ogni scelta inerente alle stesse al Garante della *privacy*.

Tale soluzione, però, non è esente da critiche⁴⁴.

Pertanto, si attende l'emanazione di linee guida che trattino in maniera approfondita la questione delle piccole e medie imprese e siano volte a: chiarire, in modo definitivo, gli obblighi e le sanzioni per le imprese, tenendo conto della specifica situazione, della dimensione e dei livelli occupazionali di ciascuna; rendere più semplici gli adempimenti per micro, piccole e medie imprese, giacché le stesse sono il motore dell'economia nazionale, e calibrarli in base alla dimensione, al fatturato e alla natura dell'attività di ciascuna impresa, al fine di non gravarle di oneri sproporzionati rispetto alle reali esigenze di tutela dei dati personali.

⁴⁴ Sul punto, sono emersi due orientamenti: da un lato, vi è chi ritiene che il d. lgs. di adeguamento dovesse colmare le lacune lasciate dal Gdpr, attribuendo poteri più ampi al Garante nazionale della protezione dei dati. L'altra ricostruzione, invece, muove dalla circostanza che il decreto deve solo attuare la normativa *privacy*, dunque, vi è una limitata attribuzione di competenze ulteriori all'Autorità poc'anzi richiamata, S. ATERNO, *Ecco contenuti e prospettive del nuovo decreto privacy. L'analisi di Aterno*, dal sito <http://formiche.net/2018/08/decreto-privacy-cdm-gdpr-italia/>.

Le attuali normative esistenti stanno generando confusione e incertezza agli operatori economici, allontanandosi da uno degli scopi cardine del Regolamento <<garantire certezza del diritto e trasparenza agli operatori economici>>.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ASSONIME, *La società a responsabilità limitata a capitale ridotto*, Circolare n. 29/2012, in *Riv. Soc.*, 2012, p. 1270; ATERNO S., *Ecco contenuti e prospettive del nuovo decreto privacy. L'analisi di Aterno*, dal sito <http://formiche.net/2018/08/decreto-privacy-cdm-gdpr-italia/>; BOBBIO N., dal sito http://www.treccani.it/enciclopedia/liberta_%28Enciclopedia-del-Novecento%29/; CALIFANO L., *Privacy: affermazione e pratica di un diritto fondamentale*, Napoli, 2016, p. 10 ss.; CARBONE C., *Formulario notarile commentato, Atti tra vivi di diritto commerciale*, Vicenza, 2016, p. 1104 ss.; CIAN M., *S.r.l., s.r.l. semplificata, s.r.l. a capitale ridotto. Una nuova geometria del sistema o un sistema disarticolato?*, in *Riv. Soc.*, 2012, p. 1104 ss.; CICCIA MESSINA A., *Gli effetti immediati del nuovo regolamento Ue*, in *Italia Oggi, La riforma della privacy, Guida pratica per l'applicazione del nuovo regolamento europeo (Gdpr)*, vol. 5, 2018; DE FRANCESCHI A., *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Napoli, 2017, p. 10 ss.; GARDINI G., *Le regole dell'informazione*, Milano, 2009, p. 246 ss.; LEFEBVRE F., *Contratti d'impresa*, 2018, p. 296 ss.; MASSIMINI M., *Il registro dei trattamenti GDPR e la deroga fantasma per le PMI*, dal sito <https://www.privacy.it/2018/04/27/massimini-registro-trattamenti-gdpr-deroga/>; PIZZETTI F., *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*, Torino, 2016, vol. 2, p. 17 ss.; RODOTA' S., *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. Dir. Priv.*, 1997; ROPPO E., *I diritti della personalità*, in A. PIZZORUSSO, V. VARANO, *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Milano, 1985, p. 5 ss.; SALERNO A., *Privacy day, Pizzetti: "La riforma Ue trampolino per la digital economy"*, dal sito <https://www.corrierecomunicazioni.it/privacy/gdpr/privacy-day-pizzetti-la-riforma-ue-trampolino-per-la-digital-economy/>; SALERNO G. M., *La protezione della riservatezza e l'inviolabilità della corrispondenza*, in P. RIDOLA, R. NANIA, *I diritti costituzionali*, Torino, 2006, vol II, p. 617 ss.; SIMONETTI P., *La società a responsabilità limitata*, in L. GENGHINI, *Manuale Notarile*, Roma, 2014, p. 465 ss.; WARREN BRANDEIS S. D., L., *The right to privacy*, in *Harvard law review*, 4, 1980.

ABSTRACT

L'adeguamento della normativa italiana sulla privacy al GDPR (General Data Protection Regulation) ha fatto emergere una questione giuridica ancora oggi molto complessa.

Da un lato, c'è la necessità di tutelare la privacy delle persone e, dall'altro, la necessità di non bloccare il traffico legale e di non danneggiare le imprese.

Lo studio di questo problema deve mirare alla migliore soluzione che concili entrambi gli interessi e comporti il minor costo possibile per le piccole e medie imprese, soprattutto quelle soggette a procedure semplificate.

La soluzione migliore, a parere di chi scrive, è non applicare le stesse regole ad un gruppo indifferenziato di operatori, poiché trattano dati personali di persone fisiche per finalità diverse, ma occorre un provvedimento ad hoc per le piccole e medie imprese per non gravarle di costi eccessivi che potrebbero causarne l'uscita dal mercato.

The adaptation of the Italian legislation on privacy to the GDPR (General Data Protection Regulation) has led to the emergence of a legal question that is still very complex today.

On the one hand, there is a need to protect the privacy of individuals and, on the other, there is a need not to block legal traffic and not to damage businesses.

The study of this problem must aim at the best solution that reconciles both interests and involves the lowest possible cost for small and medium-sized enterprises, especially those subject to simplified procedures.

The best solution, in the opinion of the writer, is not to apply the same rules to an undifferentiated group of operators, since they process the personal data of individuals for different purposes, but an ad hoc measure is needed for small and medium-sized enterprises in order not to burden them with excessive costs that could cause their exit from the market.

Giurisprudenza annotata



Corte di Cassazione – Sezione VI Penale, sentenza 22 settembre 2020, n. 28957 – Presidente Pierluigi Di Stefano – Relatore-Estensore Orlando Villoni

VIOLAZIONE DELLA CLAUSOLA CONTRATTUALE – CONFIGURABILITÀ DEL DELITTO DI TRUFFA - ILLECITO DI NATURA CIVILISTICA.

La mera violazione della clausola contrattuale pattuita non può integrare raggiro o artificio ma solo un illecito di natura civilistica derivante dal mancato rispetto di una delle condizioni convenute tra le parti contrattuali.

Ai fini della configurabilità del delitto di truffa, è altresì necessario che vi sia identità tra il soggetto che, indotto in errore dall'autore del reato, compie l'atto di disposizione patrimoniale e il soggetto passivo del danno.

* * *

ANDREA ALFONSO STIGLIANO* - MARTINA CANZONERI** –
CHIARA BETTINZOLI***

TRUFFA CONTRATTUALE E ILLECITO CIVILISTICO: AI CONFINI DEL PENALMENTE RILEVANTE

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Le questioni giuridiche oggetto di analisi. - 3. Brevi cenni al tessuto di tipicità dell'art. 640 c.p. - 4. Truffa contrattuale e illecito civilistico. - 5. (segue) Danno e profitto e la (limitata) pregnanza distintiva. - 6. (segue) Artifici, raggiri ed esecuzione del contratto: che rilievo per l'inganno "in corso d'opera"? - 7. Dissociazione tra soggetto raggirato e soggetto danneggiato. - 8. Conclusioni.

1. Premessa

Il reato di truffa, ed in particolar modo la truffa contrattuale, rappresenta una paradigmatica figura delittuosa di frontiera tra illecito civile e illecito penale. Collocandosi, infatti, nella categoria dei c.d. reati

* Avvocato iscritto all'Ordine degli Avvocati di Milano.

** Dottore in Giurisprudenza, Università commerciale "Luigi Bocconi", Milano.

*** Dottore in Giurisprudenza, Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano.

in contratto, ad assumere rilevanza penale non è l'accordo in quanto tale – avente ad oggetto interessi astrattamente meritevoli di tutela –, bensì le modalità mediante le quali si è ad esso pervenuti, essendo necessaria la cooperazione artificiosa della vittima.

Nonostante il limitato interesse scientifico per tale reato, è innegabile come la truffa sia oggi una delle figure delittuose principalmente “in voga” nella prassi giudiziaria: dal perdurante incremento delle truffe *online*¹, al mai sopito filone delle truffe aventi ad oggetto strumenti finanziari², fino a figure di “truffe sentimentali”³, tale fattispecie appare oggi abbracciare un amplissimo spettro di situazioni tra loro eterogenee.

La delimitazione dell'esatto perimetro applicativo del tessuto di tipicità dell'art. 640 c.p. è una operazione ermeneutica da sempre foriera

¹ Le truffe perpetuate tramite internet sono in costante aumento, vengono effettuate con tantissime tecniche, sempre nuove: dalle e-mail con allegati che cifrano i dati del computer a quelle contenenti *link malicious*, da SMS che attivano servizi sino a messaggi solo apparentemente reali ma, in realtà, truffaldini; il successo di queste truffe è dovuto al fatto che queste vengono effettuate su larga scala e che sfruttano l'ingenuità dei destinatari. Le truffe più comuni hanno lo scopo di carpire le cosiddette credenziali di autenticazione: domandano al destinatario di inserire il proprio nome utente e la password di determinati servizi per poi accedere ai suoi dati e ai suoi sistemi di pagamento. Sul tema cfr. Cass. pen., Sez. II, sent. 10 settembre 2018 – dep. 24 ottobre 2018, n. 48553.

² Le attività finanziarie offerte al pubblico, in considerazione dei grandi flussi di denaro che possono movimentare, si prestano, a fenomeni fraudolenti, definite “truffe finanziarie”. Tali condotte possono essere di vario genere, potendosi distinguere i comportamenti illeciti messi in atto da soggetti autorizzati allo svolgimento di attività finanziaria, mediante lo sfruttamento del contatto diretto con la clientela, dalle condotte di soggetti non autorizzati. In questo caso, al comportamento fraudolento si aggiunge un altro elemento: l'abusivismo finanziario. Sul tema cfr. Cass. pen., Sez. II, sent. 21 novembre 2019 – dep. 07 gennaio 2020, n. 189

³ Cfr. Cass. pen., Sez. II, sent. 11 aprile 2019 – dep. 06 giugno 2019, n. 25165: integra il reato di truffa la condotta del soggetto che mente in merito ai propri sentimenti ed al proposito di una vita in comune e così facendo fa nascere nella vittima, a lui sentimentalmente legata, la falsa convinzione della realizzazione di quel progetto, inducendola al compimento di atti di disposizione patrimoniale a ciò destinati. Nella specie “*la truffa non si apprezza per l'inganno riguardante i sentimenti dell'agente rispetto a quelli della vittima, ma perché la menzogna circa i propri sentimenti è intonata con tutta una situazione atta a far scambiare il falso con il vero operando sulla psiche del soggetto passivo*”.

di dubbi applicativi e di profondi contrasti in seno alla giurisprudenza di legittimità.

La sentenza in commento ha rappresentato per la Suprema Corte di Cassazione l'occasione per affrontare due questioni di estrema incidenza pratica: (i) il tema della truffa contrattuale e dei suoi rapporti con l'illecito civile; (ii) l'esatta individuazione della persona offesa dal reato (e la necessità o meno della identità tra soggetto ingannato e soggetto danneggiato).

2. *Le questioni giuridiche oggetto di analisi*

Nel caso oggetto di trattazione, la Corte di Appello di Torino confermava la condanna emessa a seguito di rito abbreviato nei confronti di un medico legale, operante presso la Azienda Sanitaria Locale, per una pluralità di reati nel cui catalogo rientrava la fattispecie di truffa aggravata ai danni dello Stato.

Secondo l'impianto accusatorio, l'imputato avrebbe falsamente attestato – stante il mancato compimento di apposite visite mediche – i requisiti psico-fisici di taluni pazienti, ai fini del rinnovo della patente di guida, operando, altresì, tramite accesso abusivo al sistema telematico del Dipartimento dei Servizi Terrestri di Torino.

Con specifico riferimento alle accuse mosse in relazione alla fattispecie di truffa – cristallizzate ai capi di imputazione nn. 5 e 6 –, veniva contestato all'imputato (i) di essersi procurato un ingiusto profitto, previo raggiro della ASL, per non aver rispettato, nell'ambito del contratto stipulato con la stessa, la clausola di impegno a non esercitare attività libero-professionale *extra moenia*; (ii) di aver presentato, presso la struttura economico-finanziaria della Azienda Sanitaria, fatture da emettere in relazione alla procedura di rinnovo della patente a carico di soggetti che in realtà non avevano effettuato una regolare visita medico-legale.

Il ricorrente proponeva ricorso unicamente avverso i due predetti capi di imputazione: una prima doglianza affondava le sue radici nella natura istantanea del reato di truffa, giungendo a sostenere la mancanza, nel caso di specie, di uno degli elementi essenziali dello stesso – *i.e.* l'induzione in errore – in quanto, l'intenzione di non rispettare la clausola pattuita sarebbe sopravvenuta in un momento successivo alla

stipulazione dell'accordo, potendosi pertanto al più ipotizzare la configurabilità di un illecito meramente civilistico per inadempimento contrattuale.

La seconda contestazione concerneva l'asserita incompatibilità fra il reato di truffa e la dissociazione tra il soggetto che si assume essere stato raggirato (l'Azienda Sanitaria Locale) e il soggetto che avrebbe in concreto subito la diminuzione patrimoniale (i singoli pazienti). Più nel dettaglio, secondo la tesi difensiva, l'Azienda Sanitaria non avrebbe subito alcun danno, bensì avrebbe tratto vantaggio dalla condotta in addebito, avendo incassato una frazione dell'importo delle fatture emesse dal ricorrente; pertanto, i soggetti truffati avrebbero potuto al più coincidere con i pazienti che, seppur in assenza di una effettiva prestazione medica, ponevano in essere un atto di disposizione patrimoniale, subendo una conseguenziale diminuzione del proprio patrimonio.

I Giudici di legittimità accoglievano il ricorso, condividendo l'insussistenza degli elementi costitutivi del reato di truffa – ed in particolare gli artifici o raggiri e il connesso atto di disposizione patrimoniale da parte della ASL – così “derubricando” il contestato reato in un illecito di natura meramente civilistica. Inoltre i Giudici, stante l'effettiva dicotomia tra l'ente pubblico asseritamente raggirato e coloro i quali avrebbero concretamente subito una depauperazione patrimoniale, evidenziavano come l'emissione delle fatture da parte della Azienda Sanitaria costituiva l'espedito per “legalizzare” le pratiche gestite dall'imputato in maniera abusiva e, pertanto, anche a voler ritenere che i privati avessero effettivamente corrisposto l'importo delle fatture emesse a loro carico, tale condotta avrebbe fatto seguito ad un servizio realmente fornito, seppur rientrante nel paradigma del negozio avente causa illecita disciplinato ai sensi dell'art. 1343 c.c.

3. *Brevi cenni al tessuto di tipicità dell'art. 640 c.p.*

La pronuncia in commento offre una preziosa occasione per approfondire gli elementi costitutivi del reato di truffa al fine di tratteggiare la linea di demarcazione tra il tessuto di tipicità della

fattispecie penalmente rilevante e i profili di illecito di natura squisitamente civilistica.

Il reato di truffa – cristallizzato al capo I del titolo XIII dei delitti contro il patrimonio – punisce “*chiunque, con artifici o raggiri, inducendo taluno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno*”, e costituisce un reato a forma vincolata a cooperazione artificiosa della vittima.

La fattispecie in esame può essere alternativamente integrata mediante la realizzazione di artifici, da intendersi come “*ogni strumento di trasfigurazione del vero, ogni camuffamento della realtà*”, ovvero raggiri definiti come “*un avvolgimento generoso di parole, destinate a convincere, una menzogna corredata da elementi volti a farla apparire come verità*”⁴.

Per giurisprudenza costante, non è necessario che i medesimi soddisfino un determinato grado di intensità ovvero di idoneità *ex ante*, dovendosi valutare gli stessi unicamente in termini di efficacia *ex post*: conseguentemente, si ritiene che l’offensività della condotta non possa essere esclusa a causa della grossolanità degli artifici utilizzati o dallo stato di vulnerabilità della vittima⁵, ovvero in presenza di un comportamento negligente posto in essere dalla persona offesa, ben potendo quest’ultimo essere stato determinato dalla fiducia ottenuta proprio in ragione della condotta truffaldina posta in essere dall’autore del reato⁶.

Tale condotta artificiosa deve, infine, qualificarsi come antecedente causale di un triplice ordine di elementi: l’induzione in errore, ovvero sia una divergenza tra lo stato attuale della realtà e la percezione soggettiva della vittima del reato; il compimento di un atto di disposizione patrimoniale; un danno patrimoniale a discapito del soggetto passivo e un profitto ingiusto a beneficio dell’autore del reato ovvero di terzi.

⁴ D. PULITANÒ, *Diritto Penale - Parte Speciale, Volume II*, Torino, 2013, p. 104.

⁵ T. PADOVANI (a cura di), *Codice Penale, Tomo II (artt. 361-734 bis)*, Milano, 2019, p. 4624; Cass. pen., Sez. II, sent. 20 ottobre 2015 – dep. 20 novembre 2015, n. 46118: “*la particolare condizione di un soggetto, quale determinata da una sua fragilità di fondo o da situazioni contingenti, non esclude la configurabilità in suo danno del reato di truffa, anzi ne rende più agevole l’esecuzione*”.

⁶ Cfr. *ex multis* Cass. Pen., Sez. II, sent. 03 dicembre 2020 – dep. 02 febbraio 2021, n. 4039; Cass. Pen., Sez. II, sent. 20 novembre 2019 – dep. 20 dicembre 2019, n. 51538; Cass. pen., Sez. II, sent. 25 settembre 2014 – dep. 14 ottobre 2014, n. 42941.

Con riferimento al versante psicologico, in una recentissima pronuncia⁷, la Suprema Corte di Cassazione chiariva come nel reato di truffa *“la prova dell’elemento soggettivo, costituito dal dolo generico, diretto o indiretto, può desumersi dalle concrete circostanze e dalle modalità esecutive dell’azione criminosa, attraverso le quali, con processo logico-deduttivo, è possibile risalire alla sfera intellettuale e volitiva del soggetto, in modo da evidenziarne la cosciente volontà e rappresentazione degli elementi oggettivi del reato, quali l’inganno, il profitto ed il danno, anche se preveduti come conseguenze possibili della propria condotta, di cui si sia assunto il rischio di verifica”*. In altri termini, l’accertamento del dolo nel delitto di truffa si declina nell’apprezzamento e nella valutazione delle circostanze e delle modalità concrete della condotta sintomatiche della cosciente volontà dell’agente e indicative della rappresentazione del fatto.

Tanto rappresentato in termini generali, nel prosieguo si svolgeranno talune considerazioni in merito alla truffa commessa nell’ambito di rapporti contrattuali e ai (non sempre certi) confini tra illecito penalmente rilevante e mero inadempimento civilistico.

4. *Truffa contrattuale e illecito civilistico*

All’interno del vasto perimetro di cui all’art. 640 c.p., si innesta la fattispecie della c.d. truffa contrattuale, che si traduce in una espressione fenomenologica del reato in esame. Tale delitto si concretizza nella condotta dell’agente che – generalmente al momento della conclusione di un contratto (ma come vedremo anche in momenti successivi) – trae in inganno la propria controparte inducendola a stipulare un accordo che non avrebbe altrimenti concluso ovvero avrebbe concluso a condizioni differenti. Gli artifici e i raggiri divengono così l’espedito per alterare il fisiologico svolgimento del negozio giuridico potendosi riverberare nei vari momenti – anche prodromici – finalizzati alla formazione dello stesso, provocandone artatamente l’insorgenza, alterandone il regolare svolgimento ovvero turbandone la disciplina⁸.

⁷ Cfr. Cass. pen., Sez. V, sent. 09 settembre 2020 – dep. 04 novembre 2020, n. 30726.

⁸ G. SAMMARCO, *La truffa contrattuale*, Milano, 1988, p. 79.

Nella truffa contrattuale, gli elementi costitutivi del reato, seppur coincidenti con l'archetipo di cui all'art. 640 c.p. – *i.e.* deve trattarsi di una condotta adoperata con artifici e raggiri atta a indurre in errore la vittima, al fine di acquisire un vantaggio patrimoniale ingiusto provocando un danno a quest'ultima – assumono caratteri peculiari, dovendosi adattare alla modalità di realizzazione dell'illecito che si sostanzia in un accordo (formalmente lecito) stipulato fra le parti.

Gli artifici e i raggiri possono essere messi in atto non solo al momento del perfezionamento del contratto, ma altresì durante le varie fasi orientate alla conclusione dello stesso nel cui novero rientrano le trattative, la stipulazione di contratti preparatori, finanche le attività c.d. prenegoziali, da intendersi come quelle attività che pur non essendo ancora sfociate in una vera e propria trattativa ne costituiscono il presupposto⁹. È possibile, pertanto, individuare un'analogia con il diritto dei contratti, ai sensi del quale ogni fase del procedimento (negoziale) contrattuale – dalla stipulazione alla esecuzione dell'accordo – deve essere supportata dal principio cardine di buona fede.

L'esatta perimetrazione delle nozioni di artifici e raggiri rappresenta un passaggio prodromico per l'individuazione della linea di demarcazione tra illecito civilistico e il reato di truffa contrattuale. Difatti, tanto più ampia sarà l'interpretazione attribuita a predette nozioni tanto più frequentemente sarà possibile ricorrere alla tutela del giudice penale. A tal proposito, la necessaria visione del diritto penale come *ultima ratio* pone in risalto i potenziali rischi derivanti da una eccessiva dilatazione del tessuto di tipicità della fattispecie in esame: allargando eccessivamente le maglie del concetto di artifici e raggiri, oltre a ledere il principio di tassatività, si finirebbe per attribuire rilevanza penale a condotte che costituiscono in realtà meri illeciti civili, al solo fine di eludere le lungaggini del processo civilistico.

L'esegesi della giurisprudenza maggioritaria è da sempre stata ancorata ad un criterio meramente causale, finendo per ritenere sussistenti gli artifici e i raggiri ogni qual volta fosse stata provata l'induzione in errore del soggetto ingannato.

⁹ F. BICO, B. GUZZONI, *La Truffa Contrattuale*, Torino, 2003, p. 6.

Tale impostazione solleva due distinte problematiche: la prima concerne il compimento di una effettiva valutazione da parte del giudice in merito alla idoneità ingannatoria dei comportamenti attuati dal soggetto agente, la seconda, invece, attiene al ruolo svolto dalla persona offesa.

La giurisprudenza e la dottrina prevalente sostengono l'irrilevanza dell'astratta idoneità degli artifici e raggiri a trarre in inganno la vittima, non occorrendo nemmeno un particolare grado di intensità degli stessi, escludendo pertanto l'integrazione del reato solo in presenza di una manifesta grossolanità dell'inganno¹⁰. In altri termini, qualora l'inganno sia in concreto riuscito, non occorrerà fornire la prova della astratta idoneità dell'artificio o del raggio a trarre in errore¹¹.

Altra dottrina, maggiormente incline a differenziare il reato di truffa da un semplice illecito inadempimento, ritiene invece che non tutti i raggiri debbano essere penalmente perseguibili ancorando il rimprovero penale ad un particolare grado di insidiosità della condotta¹², ad un *quid pluris*¹³, che finirebbe per tradursi nell'"allestimento" di una *mise en scène* al fine di rendere più credibili i fatti falsamente affermati. In assenza di tale requisito, la condotta non potrebbe quindi assumere rilevanza penale, dovendosi perimetrare l'incidenza della stessa in ambito squisitamente civilistico¹⁴.

Altra parte della dottrina ha invece ancorato la linea di demarcazione fra civilmente e penalmente rilevante al ruolo svolto dalla vittima¹⁵. Con specifico riferimento all'ipotesi di truffa contrattuale, il soggetto passivo è il centro di imputazione di un particolare onere di diligenza,

¹⁰ Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 03 dicembre 1988.

¹¹ Cfr. Cass. pen., Sez. II, 14 novembre 1989.

¹² A. FANELLI, *La Truffa*, Milano, 1998, p. 19; D. TERRACINA, *La truffa contrattuale*, nota a *Pre. Salerno*, 28 dicembre 1993.

¹³ Cfr. Cass. pen., Sez. II, sent. 03 giugno 1997 – dep. 24 luglio 1997, n. 7280: "concorre, a realizzare la materialità del delitto di truffa quando sia accompagnato da un *quid pluris*, da un malizioso comportamento dell'agente, da fatti e circostanze idonei a determinare nella vittima un ragionevole affidamento sull'apparente onestà delle intenzioni del soggetto attivo"; Cass. pen., Sez. II, sent. 06 dicembre 2011 – dep. 20 dicembre 2011, n. 46890.

¹⁴ F. BICO, B. GUZZONI, *La Truffa Contrattuale*, cit., p. 17.

¹⁵ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto Penale Parte Speciale, Vol. 2/2, I delitti contro il patrimonio*, Bologna, 2015, p. 185, gli autori richiamano il pensiero del Carmignani "non deve per l'uomo far tutto la legge, quando egli poteva fare da sé medesimo".

corollario del principio dell'affidamento, in forza del quale ciascuna parte deve poter fare affidamento sul significato assunto dalle proprie dichiarazioni e dal proprio comportamento secondo la coscienza sociale. Pertanto, l'eventuale ingenuità del soggetto passivo si riverbera sia sulla disciplina in materia di annullabilità del contratto sia sulla integrazione della fattispecie del reato di truffa¹⁶.

In termini più marcatamente oggettivi, l'esperienza processuale mostra come la tendenza a configurare in modo alquanto lato la nozione di artifici e raggiri abbia causato una "dematerializzazione" degli elementi costitutivi della fattispecie di cui all'art. 640 c.p., attraendo nell'alveo della norma qualsivoglia espediente utilizzato per indurre in errore, anche la semplice menzogna.

Tuttavia, per quanto concerne il valore da attribuire alla menzogna stessa, giurisprudenza e dottrina non sono unanimi. La prima, abbracciando un'interpretazione estensiva della nozione di raggio ritiene tale condotta integrativa del reato¹⁷. E' stato infatti affermato, in sede giudiziale, che "la menzogna è un fatto attraverso il quale si crea una suggestione che tende ad insinuare nella mente della parte offesa un erroneo convincimento su una situazione che non ha riscontro nella realtà" risultando pertanto idonea a determinare quell'avvolgimento psichico che costituisce un elemento essenziale del reato¹⁸. Secondo tale interpretazione, dunque, la semplice falsa affermazione di una delle due parti di essere in grado di adempiere alle obbligazioni nascenti dal contratto risulterebbe perfettamente sussumibile nel tessuto di tipicità della fattispecie¹⁹.

In dottrina sono state, invece, espresse severe critiche in merito alla qualificazione della menzogna come raggio: ai fini della configurabilità del reato, l'art. 640 c.p. non si limita alla mera induzione in errore, ma prevede espressamente che l'inganno debba essere perpetuato per il tramite di artifici e i raggiri. Ulteriore osservazione finalizzata a corroborare tale interpretazione è la scelta del legislatore di non

¹⁶ A. FANELLI, *La Truffa*, cit., p. 21 ss.

¹⁷ Cfr. Cass. pen., Sez. II, 14 maggio 1982. Cfr. Cass. pen., Sez. feriale, sent. 02 settembre 2010 – dep. 01 dicembre 2010, n. 42719.

¹⁸ Cfr. Cass. pen., Sez. II, sent. 17 settembre 2015 - dep. 01 ottobre 2015, n. 39741; Cass. pen., Sez. feriale, sent. 02 settembre 2010 – dep. 01 dicembre 2010, n. 42719.

¹⁹ Cfr. Cass. pen., Sez. II, 27 marzo 1981.

utilizzare la formula “*chiunque falsamente afferma*” come accade invece per altre ipotesi delittuose (si pensi alle ipotesi di falso²⁰). L'eccessiva dilatazione dei confini del reato avrebbe come effetto distorsivo quello di attribuire rilevanza penale anche alla più piccola astuzia ovvero espediente posto in essere per influire sulla motivazione altrui²¹.

Come la menzogna, anche il silenzio è stato ricompreso nella categoria degli artifici e dei raggiri, più nello specifico, il silenzio maliziosamente serbato. È pressoché rimasto immutato nel tempo il principio di diritto secondo cui “*anche il silenzio, maliziosamente serbato su alcune circostanze rilevanti sotto il profilo sinallagmatico da parte di colui che abbia il dovere di farle conoscere, integra l'elemento oggettivo del raggio, idoneo a determinare il soggetto passivo a prestare un consenso che altrimenti avrebbe negato*”²².

È stata dunque ritenuta integrativa della fattispecie di truffa contrattuale la condotta di un medico che aveva indotto in errore i pazienti sul regime applicabile alle visite mediche per il rinnovo della patente, facendo credere falsamente che la prestazione dovesse essere resa in regime di libera professione e non tramite convenzione, “*in quanto nella rappresentazione offerta telefonicamente di volta in volta agli anziani che avevano prenotato la prestazione pubblica tramite CUP, od ai loro parenti, è appunto sempre mancata l'informazione fondamentale: che la visita era possibile in ambito pubblico, e che la impossibilità di eseguirla in tal modo era opinamento personale del (omissis) e non deliberazione della dirigenza sanitaria od amministrativa*”²³. La Suprema Corte di Cassazione ha ritenuto altresì censurabile la condotta di un medico che aveva tratto in inganno l'ente pubblico, proprio datore di lavoro, per aver omesso di comunicare lo svolgimento sistematico dell'attività professionale nel proprio studio

²⁰ U. LUCARELLI, *La truffa. Aspetti penali, civili, processuali*, Padova, 2002, p. 19 ss.

²¹ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto Penale Parte Speciale, Vol. 2/2, I delitti contro il patrimonio, cit.*, p. 185.

²² Cfr. Cass. pen., Sez. II, sent. 12 settembre 2018 – dep. 04 ottobre 2018, n. 44228; nello stesso senso, *ex multis*: Cass. pen., Sez. II, sent. 16 novembre 2017 – dep. 27 novembre 2017, n. 53593; Cass. pen., Sez. II, sent. 18 giugno 2015 – dep. 07 luglio 2015, n. 28791; Cass. pen., Sez. II, sent. 04 dicembre 2013 – dep. 18 dicembre 2013, Cass. pen., Sez. II, sent. 11 ottobre 2005 – dep. 02 novembre 2005, n. 39905.

²³ Cfr. Cass. pen., Sez. II, sent. 12 settembre 2018 – dep. 04 ottobre 2018, n. 44228, *cit.*

privato, condotta che si era impegnato a non effettuare e che gli aveva consentito di ottenere uno stipendio maggiorato (grazie alla c.d. indennità di esclusiva)²⁴.

Il fondamento della tesi in esame è stato individuato nell'applicazione alla fattispecie di truffa del meccanismo incriminatorio previsto dall'articolo 40 cpv. c.p. “*non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo*”: in particolare, in tali ipotesi si è ritenuto di ricondurre l'applicabilità all'articolo 40 cpv. c.p. all'obbligo in capo ai contraenti di agire secondo buona fede, cristallizzato ai sensi dell'art 1337 c.c.

Tale operazione ermeneutica è stata oggetto di profonde critiche da parte di chi ha evidenziato come il silenzio, determinando nella controparte uno stato di “mera ignoranza”, non potrebbe essere sussunto nella fattispecie di cui all'art 640 c.p. stante la carenza di uno dei requisiti costitutivi della stessa – *i.e.* l'induzione in errore derivante dall'azione posta in essere dal soggetto agente²⁵.

Occorre dunque comprendere quale sia il significato da attribuire alla nozione di errore, la quale, in prima istanza rievoca alla mente la disciplina civilistica. Tuttavia, alcuni commentatori²⁶ hanno evidenziato come, ai fini della configurabilità del reato di truffa, non debbano essere presi in considerazione i limiti posti in materia di annullabilità del contratto ai sensi degli artt. 1428 ss. c.c., rappresentando questi ultimi sono una possibile modalità di estrinsecazione dell'evento. La nozione di errore, rilevante ai fini dell'applicabilità del delitto di truffa, risulta pertanto essere più ampia rispetto alla disciplina civilistica, abbracciandone gli elementi essenziali, ma estendendone la rilevanza

²⁴ Cfr. Cass. pen., Sez. VI, sent. 05 marzo 2019 – dep. 27 marzo 2019, n. 13411.

²⁵ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto Penale Parte Speciale, Vol. 2/2, I delitti contro il patrimonio, cit.*, p. 186 ss. Sempre secondo gli Autori, la teoria relativa all'ammissibilità del silenzio come “condotta” riconducibile alla fattispecie di truffa sembra tuttavia trovare un insuperabile scoglio nella forma vincolata del reato stesso. Il legislatore subordina l'integrazione di tale fattispecie ad una condotta proattiva del soggetto agente che deve essere diretta a trarre in inganno la vittima, e pertanto, gli artifici e i raggiri, qualificati espressamente come modalità comportamentali, devono provocare l'errore della vittima come evento del reato, non potendosi ritenere sufficiente un atteggiamento puramente passivo.

²⁶ F. BICO, B. GUZZONI, *La Truffa Contrattuale, cit.*, p. 26.

sui motivi e su qualsiasi aspetto della realtà idoneo a determinare nel soggetto passivo il convincimento ad operare in modo da ricevere un danno con l'altrui ingiusto profitto²⁷.

In dottrina è stato, infine, sollevato il problema della rilevanza da attribuire all'errore ostativo ossia quell'errore che si concretizza in una discrasia tra dichiarazione e volizione e che si differenzia dall'errore-vizio il quale si sostanzia in un errore sulle circostanze, idoneo a riverberarsi sulla formazione della volontà negoziale. Partendo dall'assunto che l'errore ostativo escluderebbe qualsivoglia volontà da parte del soggetto passivo nel compimento dell'atto di disposizione patrimoniale, si ritiene che esso non sia idoneo ad integrare il reato in esame²⁸.

Tale esclusione è stata tuttavia criticata da coloro i quali reputano irragionevole differenziare l'induzione in errore-vizio dall'induzione in errore ostativo in ragione dell'equiparazione cristallizzata nell'art. 1433 c.c. in tema di annullabilità. Pertanto, ammettendo la soluzione dottrinale che attribuisce esclusiva rilevanza all'errore vizio, si finirebbe per applicare in ambito penale una disciplina più restrittiva rispetto a quella civilistica²⁹.

Alla luce di tali premesse, integra il reato di truffa contrattuale la condotta di colui il quale, tramite l'induzione in errore, influisce sulla formazione della volontà negoziale del soggetto passivo, provocando la cooperazione artificiosa della vittima affinché questa ponga in essere l'atto di disposizione patrimoniale³⁰.

5. (segue) *Danno e profitto e la (limitata) gravidanza distintiva*

Gli ulteriori elementi costitutivi del reato di truffa non appaiono effettivamente dirimenti nella attività di distinzione tra illecito penale e civile potendo, a bene vedere, essere presenti anche in tutte le ipotesi di (mero) inadempimento civilistico.

²⁷ Cfr. Tribunale Cassino, Sent., 19 marzo 2018. *Ivi*, p. 27.

²⁸ *Ivi*, p. 33 ss.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*

Con riferimento all'atto di disposizione patrimoniale³¹, pur essendo tale elemento tacito e implicito nella norma, assolve ad un ruolo essenziale sia in tema di illecito civilistico sia in tema di reato di truffa. Se in ambito civilistico esso si sostanzia nella prestazione obbligatoria, sul versante penalistico esso costituisce il primo evento “*esteriore*”, laddove il precedente stato di errore appare riferibile al foro interiore dell'offeso.

Cuore pulsante dell'illecito (civile prima ancora che penale) è il danno: è in tale momento che la parte del contratto subisce l'effettiva “*deminutio patrimonii*” che, sul versante penalistico, coincide con il momento di consumazione del reato³².

Molteplici appaiono le teorie in merito alla configurazione di tale conseguente causale della condotta illecita.

Una prima teoria riguarda la concezione c.d. giuridica la quale identifica il danno come la “*perdita di un diritto e nell'assunzione di un obbligo*”³³: è inevitabile che tale interpretazione determini un ampliamento della portata incriminatrice della norma³⁴.

³¹ Cfr. Cass. pen., Sez. Unite, sent. 29 settembre 2011 – dep. 10 gennaio 2012, n. 155 ove si afferma che l'atto di disposizione patrimoniale, è un requisito implicito, ma essenziale del reato di truffa che si sostanzia nel in un “*comportamento del soggetto ingannato che sia frutto dell'errore in cui è caduto per fatto dell'agente e dal quale derivi causalmente una modificazione patrimoniale, a ingiusto profitto del reo e a danno della vittima [...] il senso riposto dell'atto di disposizione è che il danno deve potersi imputare ad un'azione che viene svolta all'interno della sfera patrimoniale aggredita, causata da errore e produttiva di danno e ingiusto profitto, il profilo penalisticamente rilevante della cooperazione della vittima non deve necessariamente riposare nella sua qualificabilità in termini di atto negoziale e neppure di atto giuridico in senso stretto, bastando la sua idoneità a produrre danno. Il così detto atto di disposizione ben può consistere per tali ragioni in un permesso o assenso, nella mera tolleranza o in una tradito, in un atto materiale o in un fatto omissivo: quello che conta è che sia un atto volontario, causativo di ingiusto profitto altrui a proprio danno e determinato dall'errore indotto da una condotta artificiosa.*”

³² Cfr. Cass. pen., Sez. II, sent. 15 giugno 2016 – dep. 11 luglio 2016, n. 28767; Cass. pen., Sez. II, sent. 24 gennaio 2012 – dep. 17 maggio 2012, n. 18859; Cass. pen., Sez. Unite, sent. 21 giugno 2000 – dep. 01 agosto 2000, n. 18.

³³ Cfr. Cass. Pen. 3094/1978: “*nella truffa contrattuale il danno patrimoniale non è necessario sia costituito dalla perdita economica di un bene subita dal soggetto passivo, ma può consistere anche nel mancato acquisto di una utilità economica, che lo stesso si ripromettera di conseguire in conformità alle false prospettazioni dell'agente, da cui sia stato tratto in errore?*”

³⁴ F. BICO, B. GUZZONI, *La truffa contrattuale*, cit., p. 48 ss.

Specularmente, la c.d. concezione economica del danno considera il medesimo esclusivamente in termini di *deminutio patrimonii*. In altri termini, il danno non potrebbe che essere patrimoniale, in virtù della particolare collocazione del reato di truffa all'interno del Codice penale nella categoria dei delitti contro il patrimonio. Tale teoria ritaglia uno spazio di distinzione tra penale e civile alla componente del danno laddove, l'illecito civile andrebbe a ricomprendere anche la semplice lesione alla libertà negoziale, che non potrebbe invece trovare tutela nella fattispecie penale, l'integrazione della quale richiede la verifica di un danno prettamente economico.

Si è osservato come l'applicazione congiunta di tali teorie consenta di individuare un punto di equilibrio idoneo a contemperare l'eccessivo rigore della teoria economica e oggettiva e l'eccessiva ampiezza che connota la teoria giuridica e soggettiva. In dottrina, è stato elaborato il concetto di “canone oggettivo ponderato”³⁵, in forza del quale si potrà applicare la teoria soggettiva senza però attribuire eccessiva rilevanza ai “capricci” della vittima, dando al contrario valore anche alla tipologia sociale della vittima. Il danno sarebbe in ogni caso un danno economico, ma contestualizzato rispetto all'economia individuale del singolo.

Le medesime considerazioni possono essere svolte per il profitto, anch'esso secondo parte della giurisprudenza deve essere di natura esclusivamente patrimoniale³⁶. Invero, l'attuale approdo dottrinale pare teso ad adottare una concezione meno rigida e improntata sulla teoria giuridica. L'evento tipico della truffa contrattuale è rappresentato da un accordo di natura negoziale, e dunque non è necessario il conseguimento dell'utilità economica, ma è sufficiente che vi sia stata l'assunzione di un'obbligazione che, in assenza della condotta pregiudizievole dell'agente, non sarebbe stata assunta. In altri termini, secondo tale impostazione l'ingiusto profitto consiste nel fatto stesso di aver stipulato il contratto, indipendentemente dallo squilibrio

³⁵ A. ALBAMONTE, *Riflessioni in tema di danno patrimoniale nel delitto di truffa*, in *Giust. Pen.*, 1973, II, p. 1709.

³⁶ Cfr. Cass. pen., 2137/1987.

oggettivo delle prestazioni³⁷. Pertanto, la teoria strettamente economica ed oggettiva dovrebbe cedere il passo alla teoria soggettiva, che è l'unica che rende plausibile l'ascrivibilità del delitto di truffa nei casi i cui vi sia un contratto fra prestazioni sinallagmatiche tra loro equilibrate³⁸ in cui, però la volontà di contrarre sia stata coercita per il tramite di artifici e raggiri³⁹.

6. (segue) *Artifici, raggiri ed esecuzione del contratto: che rilievo per l'inganno "in corso d'opera"?*

La sentenza in commento fornisce un interessante spunto relativo alla configurabilità del reato di truffa contrattuale nell'ipotesi di avvenuta stipulazione di una eterogeneità di ipotetici contratti, nel cui novero rientrano quelli istantanei, di durata ovvero sottoposti a condizione.

Come premesso, uno dei motivi di doglianza cristallizzati nel ricorso concerneva l'asserita erronea applicazione dell'art. 640 c.p.: il ricorrente aveva infatti sostenuto come, stante la natura di reato istantaneo, la violazione del patto di esclusiva potesse integrare tale fattispecie solo qualora fosse stata raggiunta la prova che, al momento della sottoscrizione dell'accordo, l'imputato avesse mostrato l'intenzione di non rispettare la clausola pattuita.

Predetta osservazione offre, pertanto, l'occasione di riflettere in merito alla eventuale configurabilità della truffa contrattuale nei casi in cui ci si trovi di fronte a un contratto non già ad esecuzione istantanea – gli effetti del quale si esauriscono con il mero accordo – bensì a un contratto di durata che vede protrarre la propria esecuzione ben oltre il semplice perfezionamento dello stesso⁴⁰.

³⁷ Cfr. Cass. pen., Sez. II, sent. 25 settembre 2018 – dep. 10 dicembre 2018, n. 55170.

³⁸ Cfr. *ex multis* Cass. pen., Sez. II, sent. 08 novembre 2013 – dep. 06 febbraio 2014, n. 5801; Cass. pen., Sez. II, sent. 29 ottobre 2008 – dep. 22 dicembre 2008 n. 47623; Cass. pen., Sez. V, sent. 13 gennaio 2006 – dep. 27 febbraio 2006, n. 7193.

³⁹ F. BICO, B. GUZZONI, *cit.*, p. 49.

⁴⁰ Cfr. Cass. pen., Sez. II, sent. 19 luglio 2016 – dep. 14 ottobre 2016, n. 43660.

Recentemente la Suprema Corte di Cassazione⁴¹ affrontava la questione fornendo una sorta di *vademecum* dei criteri di accertamento della truffa contrattuale. I Giudici di legittimità, nel ripercorre brevemente le caratteristiche peculiari della fattispecie in esame, ribadivano il principio già più volte espresso dalla giurisprudenza⁴², in forza del quale non si possa escludere che gli artifici e i raggiri vengano posti in essere da uno dei contraenti in danno dell'altro, anche in una fase successiva al perfezionamento del contratto, dovendosi tuttavia esplorare le eventuali modalità e termini nei quali sia configurabile il reato in esame.

La Suprema Corte prendeva le mosse da una precedente pronuncia⁴³ – relativa alla condotta posta in essere all'interno di un laboratorio di analisi che nell'eseguire gli esami oggetto della convenzione stipulata dalla A.S.L. utilizzava reagenti e calibratori scaduti – nella quale i Giudici di legittimità avevano evidenziato come l'esecuzione del contratto fosse parte integrante della dinamica negoziale, potendo la stessa divenire oggetto di condotte artificiali idonee ad ingenerare un correlativo ingiusto profitto.

Nel prosieguo, l'attenzione veniva pertanto focalizzata sul tentativo di esplicitare la nozione di “*esecuzione del contratto*”, stante l'assenza di una disciplina sistematica all'interno del Codice Civile. Ritenendo pertanto che “*si ha esecuzione del contratto quando l'attività di una o di entrambe le parti è necessaria affinché l'accordo stesso espliciti tutti i suoi effetti*”⁴⁴.

L'importanza di tale momento nella dinamica del contratto – giuridicamente concluso – emerge con riferimento allo spettro di contratti nei quali la prestazione di una delle parti non è contestuale alla conclusione dell'accordo. Difatti, nei contratti a esecuzione istantanea traducendosi l'esecuzione degli stessi in un'unica operazione, l'eventuale inadempimento di una delle parti, seppur dissimulato con artifici e raggiri, non è di per sé idoneo a configurare l'ipotesi delittuosa in esame.

⁴¹ Cfr. Cass. pen., Sez. II, sent. 20 novembre 2019 – dep. 20 dicembre 2019, n. 51538; Cass. pen., Sez. II, sent. 23 giugno 2016 – dep. 14 luglio 2016, n. 29853.

⁴² Cfr. Cass. pen., Sez. II, sent. 20 gennaio 1988, n. 9323.

⁴³ Cfr. Cass. pen., Sez. II, sent. 05 ottobre 2004 – dep. 20 ottobre 2004, n. 41073.

⁴⁴ Cfr. Cass. pen., Sez. II, Sent., sent. 23 giugno 2016 – dep. 14 luglio 2016, n. 29853.

Al contrario, nelle ipotesi tipizzate dalla Suprema Corte – *contratti istantanei ad esecuzione differita, contratti di durata in cui le prestazioni stabilite nel contratto non si esauriscono in un'unica operazione; contratti in pendenza di condizioni* – il reato di truffa potrà essere integrato qualora l'attività decettiva, posta in essere dopo il perfezionamento dello stesso, sia finalizzata ad ottenere prestazioni che la controparte non avrebbe reso in assenza del compimento degli artifici ovvero dei raggiri posti in essere dal soggetto agente⁴⁵.

7. Dissociazione tra soggetto raggirato e soggetto danneggiato

Come è noto, se da un lato, la truffa rappresenta una ipotesi di reato comune, che, come tale, può essere integrata da un soggetto qualunque, dall'altro, particolare attenzione merita invece la figura del soggetto passivo.

Ai fini del perfezionamento della fattispecie, l'art. 640 c.p. richiede il compimento della condotta delittuosa ai danni di un soggetto determinato, non potendosi configurare la truffa *in incertam personae*⁴⁶.

Il soggetto passivo coincide con il titolare dell'interesse patrimoniale tutelato⁴⁷. Può, tuttavia accadere che si realizzi una discrasia tra il soggetto passivo del reato e il soggetto passivo della condotta ingannatrice.

Il principio in analisi è sempre stato ritenuto pacifico dalla giurisprudenza che ammetteva la dissociazione fra soggetto passivo del raggio e soggetto passivo del danno, anche in difetto di contatti diretti tra il truffatore e il truffato, sempre che sussistesse un nesso causale tra gli artifici e i raggiri posti in essere dal truffatore per indurre in errore il terzo, il profitto tratto dallo stesso truffatore e il danno patrimoniale patito dal truffato⁴⁸. Qualora fosse stato possibile dimostrare che il danno economico patito costituisse una conseguenza alla condotta

⁴⁵ Nello stesso senso Cfr. Cass. pen., Sez. II, sent. 11 settembre 2019 – dep. 29 gennaio 2020, n. 3790.

⁴⁶ E. DOLCINI, G.L. GATTA, (a cura di), *Codice Penale Commentato, Tomo II*, Assago, 2015, p. 1081.

⁴⁷ T. PADOVANI (A CURA DI), *Codice Penale, Tomo II (artt. 361-734 bis)*, cit., p. 4630.

⁴⁸ *Ex. multis*. Cass. pen., Sez. II, sent. 17 luglio 2013 – dep. 22 ottobre 2013, n. 43143.

posta in essere dal truffatore era indubbio, ancorché in assenza un rapporto diretto fra il soggetto raggirato e il soggetto danneggiato, la condotta posta in essere integrasse il reato di truffa.

Tale principio di diritto, condiviso dalla giurisprudenza maggioritaria⁴⁹, non era, tuttavia, sostenuto dalla dottrina prevalente che, pur confermando la possibile dissociazione del soggetto passivo, riteneva insufficiente la teoria del nesso eziologico.

La sentenza in commento si pone nel solco della teoria avallata dalla dottrina, limitandosi tuttavia a richiamare una precedente pronuncia della Suprema Corte, che statuiva il principio in forza del quale: *“l’atto di disposizione patrimoniale del terzo ingannato potrebbe avere rilevanza ai fini della configurabilità del reato di truffa solo nel momento in cui il terzo avesse la gestione degli interessi patrimoniali del titolare, con possibilità di compiere liberamente atti di natura negoziale aventi efficacia nella sfera patrimoniale aggredita, infatti solo se l’ingannato ha libera disponibilità sul patrimonio del soggetto passivo il primo assume la posizione di quest’ultimo”*.

In tale pronuncia, i Giudici di legittimità non negavano la possibile incriminazione per il reato di truffa in caso di identità non unitaria del soggetto passivo, ma ponevano l’accento sulla necessaria sussistenza di un rapporto diretto fra il soggetto vittima del depauperamento patrimoniale e il soggetto raggirato.

Più nel dettaglio, la vicenda riguardava un funzionario di banca, il quale aveva prelevato un’ingente somma di denaro dai conti correnti di una cliente, apponendo la falsa firma della correntista sui moduli forniti per il prelievo di denaro. L’imputato, condannato per furto aggravato, adduceva nel proprio ricorso la non corretta qualificazione giuridica del fatto sostenendo come la propria condotta integrasse il reato di truffa, stante la sussistenza del nesso di causalità fra l’impoverimento e il raggio posto in essere, in virtù del consolidato orientamento giurisprudenziale. La Suprema Corte di Cassazione rigettava il ricorso ritenendo di non poter ravvisare, nel caso di specie, uno degli elementi

⁴⁹ *Ex multis*: cfr. Cass. pen., Sez. II, sent. 17 luglio 2013 – dep. 22 ottobre 2013, n. 43143: *“il delitto di truffa è configurabile anche quando il soggetto passivo del raggio è diverso dal soggetto passivo del danno, ed in difetto di contatti diretti tra il truffatore ed il truffato, sempre che tra i raggiri od artifici posti in essere dal truffatore per indurre in errore il terzo, il profitto tratto dallo stesso truffatore ed il danno patrimoniale patito dal truffato sussista un nesso di causalità”*.

fondamentali della fattispecie di truffa: la cooperazione artificiosa della vittima⁵⁰. Ed infatti, secondo i Giudici di legittimità, l'atto di disposizione patrimoniale del terzo ingannato potrebbe assumere rilevanza ai fini della configurabilità del reato di truffa, solo qualora il terzo gestisca gli interessi patrimoniali del titolare, con conseguente possibilità di compiere liberamente atti di natura negoziale idonei a dispiegare effetti nella sfera patrimoniale aggredita⁵¹. Tale condizione non poteva essere ravvisata nel caso di specie poiché seppur l'istituto di credito disponga liberamente delle somme depositate sui conti correnti, esse sono di titolarità esclusiva del correntista⁵², il quale deve disporre un preciso ordine al fine di poter consentire alla banca di poter procedere all'erogazione del denaro.

8. Conclusioni

La sentenza in commento conferma la necessaria applicazione dell'istituto della truffa solo “*oltre un certo limite di concretizzazione della frode civile*”⁵³, nel rispetto dello strumento penale come *extrema ratio*.

Due appaiono principalmente gli elementi oggettivi distintivi tra le due ipotesi di illecito tratteggiati nella sentenza.

Dalla prospettiva dell'autore del reato, gli elementi distintivi sono (e non potrebbe essere altrimenti) gli artifici e raggiri, i quali caratterizzano il reato e ne colorano l'illiceità.

In tale ottica, da un punto di vista qualitativo, la frode civile non può andare oltre all'inganno, laddove la truffa è il risultato di una vera e propria trasfigurazione della realtà ad opera del soggetto agente⁵⁴. Dal punto di vista quantitativo, invece, la distinzione dovrà attenersi al grado di insidiosità degli artifici e dei raggiri: assumerà rilevanza penale la condotta dell'agente che abbia perseguito l'intento di indurre il

⁵⁰ Cfr. Cass. pen., Sez. V, sent. 18 gennaio 2017 – dep. 20 aprile 2017, n. 18968: “*si deve ritenere che elemento indefettibile connesso al delitto di truffa sia la ‘cooperazione artificiosa della vittima’ che, indotta in errore dall'inganno ordito dall'autore del reato, compie l'atto di disposizione*”.

⁵¹ Cfr. Cass. pen., Sez. VI, sent. 06 novembre 1996, n. 1074.

⁵² Cfr. Cass. pen., Sez. VI, sent. 10 maggio 2007, n. 32543.

⁵³ A. FANELLI, *La Truffa*, cit., p. 78.

⁵⁴ F. BICO, B. GUZZONI, *La truffa contrattuale*, cit., p. 44 ss.

soggetto passivo a stipulare un contratto al fine di trarne un ingiusto profitto con l'altrui danno, solo qualora il contratto si configuri come semplice strumento utilizzato per la realizzazione del profitto, l'inadempimento del contratto rappresenta quindi la conclusione dell'azione criminosa⁵⁵.

Da un punto di vista della vittima, il necessario elemento distintivo della truffa rispetto all'illecito civilistico è rappresentato dall'errore – sia esso precedente all'accordo ovvero contestuale al contratto (ad esecuzione differita o di durata), sia esso commesso dal danneggiato ovvero di chi possa disporre del patrimonio del medesimo – il quale, causando la cooperazione incolpevole della vittima giustifica l'intervento dello strumento penale nei confronti della controparte.

Assente nella disamina della sentenza, ma essenziale nella opera di analisi e categorizzazione delle due tipologie di illecito è l'elemento soggettivo.

Per una corretta selezione dei comportamenti penalmente rilevanti, anche in ottica di razionalizzazione della politica criminale, la truffa non potrà prescindere dal c.d. dolo iniziale, *“quello cioè che, influenzando sulla volontà negoziale di uno dei contraenti (falsandone, quindi, il processo volitivo avendolo determinato alla stipulazione del negozio in virtù dell'errore in lui generato mediante artifici o raggiri) rivela nel contratto la sua intima natura di finalità ingannatoria⁵⁶”*.

⁵⁵ *Ibid*: “si ha truffa contrattuale allorché l'agente pone in essere artifici e raggiri al momento della conclusione del negozio giuridico, traendo in inganno il soggetto passivo che viene indotto a prestare un consenso che altrimenti non sarebbe stato dato. La successiva inadempienza pertanto non costituisce illecito civile, ma la conclusione dell'attività criminosa: ex plurimis Cass. 3538/1980”.

⁵⁶ Cfr. Cass. pen., Sez. II, sent. 22 settembre 2010 – dep. 25 ottobre 2010, n. 37859; nello stesso senso Cass. pen., Sez. II, sent. 08 novembre 2013 – dep. 06 febbraio 2014, n. 5801; F. MANTOVANI., *Diritto penale, Parte speciale II: Delitti contro il patrimonio*, Padova, 2018, p. 220: “il dolo deve essere, secondo regole generali, sussistente al momento della condotta iniziale. Sicché, come il pentimento sopravvenuto non può far venire meno il dolo che è già venuto in essere, così una volontà fraudolenta successivamente insorta (c.d. dolo successivo) non può dare luogo al dolo di truffa”.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

ALBAMONTE A., *Riflessioni in tema di danno patrimoniale nel delitto di truffa*, in *Giust. Pen.* 1973, II; BICO F., GUZZONI B., *La Truffa Contrattuale*, Torino, 2003; FANELLI A., *La Truffa*, Milano, 1998, PADOVANI T. (a cura di), *Codice Penale, Tomo II (artt. 361-734 bis)*, Milano, 2019; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto Penale Parte Speciale, Vol. 2/2, I delitti contro il patrimonio*, Bologna, 2015; LUCARELLI U., *La truffa. Aspetti penali, civili, processuali*, Milano, Padova, 2002; MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte speciale II: Delitti contro il patrimonio*, Padova, 2018; PULITANÒ D., *Diritto Penale - Parte Speciale Volume II*, Torino, 2013, p. 104.; SAMMARCO G., *La truffa contrattuale*, Milano, 1988; TERRACINA D., *La truffa contrattuale, nota a Pret. Salerno*, 28 dicembre 1993.

Recensioni



É. DE LA BOÉTIE, *Discorso sulla servitù volontaria*, (a cura di) ENRICO DONAGGIO, Milano, Feltrinelli, 2014, pag. 125.

L'opera di Etienne de La Boétie (filosofo, giurista, umanista e consigliere al Parlamento di Bordeaux) per anni ha vissuto un profondo ed ingiusto oblio, vittima di una *conventio ad escludendum* operata ai suoi danni dalla cultura dominante occidentale, a motivo della forza eversiva e sconvolgente del suo messaggio.

Scomparso prematuramente all'età di trentatré anni La Boétie, oggi noto alla storia soprattutto per essere stato il migliore amico di Michel de Montaigne, ci ha consegnato nel suo "Discorso sulla servitù volontaria" la più lucida analisi sull'oppressione politica, le cui radici vengono rintracciate più nell'atteggiamento del singolo soggetto verso il potere che nelle forme di organizzazione del potere stesso.

«Quale condizione è più miserabile del vivere in questo modo, non avendo nulla per sé, dipendendo da un altro per il proprio benessere, la propria libertà, il proprio corpo, la propria vita?».

La teoria politica che ne scaturisce muove dalla consapevolezza che della libertà si deve fare un "buon uso" essendo essa il più intrinseco e intenso dei beni umani.

La paura della libertà ed il desiderio di realizzare i propri interessi, pur se con essa contrastanti, corrompono l'uomo fino a renderne fiacca la carne e mansueto lo spirito.

Non sembra esserci contrasto interiore né viltà nel volersi asservire al benessere rinunciando ad un pezzo di libertà.

Del resto, la volontà di asservirsi non nuoce alla vittima che appare appagata dalla sua condizione di oppressione.

Nella parte introduttiva dell'opera La Boétie presenta un'antropologia di base positiva degli uomini, creati dalla Natura su impulso di Dio affinché si riconoscano come compagni e fratelli. L'uomo è per natura libero, proprio perché la Natura lo ha voluto compagno e non servo.

Se vivessimo secondo le leggi della natura e della ragione, se non fossimo devianti durante il cammino di civilizzazione, ci dice l'autore, saremmo semplicemente liberi.

Ciò sarebbe anche comprovato se degli uomini nuovi, vergini dall'esperienza sia della libertà che della servitù, fossero messi di fronte alla scelta dell'una o dell'altra: sceglierebbero sicuramente la prima. Per natura essi non solo possiedono la libertà ma anche la volontà di difenderla.

Il concetto di libertà dell'autore è chiaramente carico di valore etico, di responsabilizzazione del singolo.

Essere liberi, per La Boétie, non significa far quel che si vuole, ma significa primariamente essere affrancati dalla prevaricazione altrui ed avere un rapporto d'armonia e costruttivo con il prossimo, dunque essere responsabilizzati del mutuo soccorso dei propri simili.

«Decidetevi a non servire più, ed eccovi liberi»: questo è l'ammonimento centrale e peculiare dell'opera e, chiaramente, del sistema di pensiero del giovane umanista francese il quale, a differenza di altri contemporanei ed anticipando alcune tesi illuministe, prospetta una rivoluzione pacifica, che impone la radicale conversione dei paradigmi sociali, culturali e politici della società occidentale.

Tuttavia l'oppressione di cui si fa portavoce non è sempre involontario soggiacere del più debole al più forte.

Anzi, La Boétie sostiene che essa si regga sulla connivenza delle vittime la cui paura della libertà è paragonabile e proporzionale ad una seducente ansia di servire il padrone.

Purtroppo, la realtà storica non pare seguire i dettami della Natura, per cui l'uomo che nasce buono e virtuoso sembra corrompersi nel prosieguo della sua esistenza che si svolge dentro le strutture sociali.

Come sia possibile che l'uomo, amante per natura della libertà, perda il suo istinto naturale e si pieghi alla schiavitù, come in un moto di volontarietà verso di essa?

Mentre la libertà origina dalla condizione di natura il potere ha natura di dono nei confronti del sovrano – padrone.

La natura umana, così, pare subire delle deviazioni, delle degenerazioni, durante il percorso storico e di civilizzazione.

In La Boétie è la suscettibilità dell'uomo verso l'influenza dei costumi e delle abitudini a giocare il ruolo determinante di prima ragione della servitù volontaria.

Quasi mettendo in dubbio l'esistenza stessa di una reale e fissa natura dell'uomo, l'autore ci dice pessimisticamente che fa parte della sua stessa natura prendere la piega, anche negativa, che le dà l'educazione ricevuta.

La natura dell'uomo, se abituata ed educata al servilismo, subisce come una mutazione, o meglio un timbro che prevarica la debole positività naturale, diviene con semplicità servile.

Altre cause della servitù vanno rinvenute nei cosiddetti arcana imperi, nelle strategie del potere, in

una certa forma di convenienza che deresponsabilizza, ovvero nella impostura e degenerazione della realtà creata dal potere.

La Boétie rifiuta l'argomentazione classica della forza costrittiva del tiranno come spiegazione del potere oppressivo: paradossalmente, non si può pensare che milioni di persone vengano sottomesse dalla forza di un uomo solo, facendosi maltrattare dal padrone prendendo il giogo autonomamente, senza porre condizioni né opposizione al tiranno.

«Dal canto mio, e non credo di sbagliare, penso davvero che non vi sia nulla di più contrario a Dio, alla sua liberalità e bontà, della tirannia».

Con queste parole si conclude l'opera con cui il giovane umanista coglie tutto il contrasto tra la oppressione politica e la natura umana.

La Boétie indica per tutti, anche a livello politico tra governanti e governati, lo sviluppo di un rapporto basato proprio su fratellanza ed amicizia: caratterizzato dalla stima, dal disinteresse da diretti vantaggi impropri, dà fiducia e lealtà.

Il corpo politico dovrebbe essere occupato da persone d'integrità morale, di buona indole, costanza e senso della giustizia.

Non vi è tuttavia, nel suo Discorso, una teorizzazione compiuta di come dovrebbe essere una società di amici: è solo possibile scorgere l'indicazione, a scopo pedagogico, di linee generali sul buon vivere in società.

Similare all'esortazione alla fratellanza/amicizia e alla virtù operata da La Boétie è il richiamo all'altruismo e alla virtù stoica.

La Boétie mette in guardia dall'innalzare al potere anche il miglior patriota: il vedersi conferiti tanti poteri potrebbe portarlo a far male.

Nel singolo, i doveri di cittadino devono armonizzarsi ai doveri di uomo.

La vittima (il cittadino asservito) ancora più del carnefice (il tiranno/despota) deve tenere alta la sua dignità di uomo, essere responsabile di sé stesso senza demandare la colpa della sua condizione a chi approfitta di lui.

Ci sarà sempre qualcuno pronto ad approfittare del prossimo; bisogna che la maggioranza, ognuno, abbia quella maturità interiore atta a non cedere al vincolo del servilismo.

La vita dell'uomo ha senso, dignità, solo nella tensione faticosa alle virtù.

Non vi è un'idea di Provvidenza a cui demandare nell'immediato i problemi umani, l'uomo è responsabile della sua storia, di ogni sua azione, può e deve decidere della sua vita.

La Boétie rimprovera e sprona chi è in stato di servitù a scuotere le catene, a difendere la propria libertà.

L'ideale di libertà che viene disegnato nel Discorso rifugge dalla raffigurazione classica della concessione dall'alto, dell'elargizioni al popolo, piuttosto ha il sapore di qualcosa di naturale, di predicato stesso dell'essere umano il quale, solo se preda di un miope assoggettamento ai propri desideri, si spoglierà di ciò che rende autentica la sua natura.

La forza che auspica l'autore consentirebbe all'uomo di riappropriarsi di sé stesso, capovolgendo, in un conato di umanità, la struttura dell'asservimento libero o della volontà di servire il potere che muove solo dal desiderio recondito ed inspiegabile di volersi snaturare come servo al servizio di un padrone.

La grandezza dell'opera del giovane La Boétie risiede pertanto nell'esortazione rivolta a tutti noi a comprendere come è possibile che tanti uomini, tanti

popoli, possano tollerare il potere di un solo uomo, tiranno per volontà dello stesso popolo e che non ha altro potere che quello che quest'ultimo gli delega.

Un potere immensamente nocivo se usato malamente, che esiste finché essi – i cittadini - sono disposti a subire.

Con fulgida analisi l'Autore ci porta a riflettere sulla miserevole condizione di milioni di uomini dal collo "rotto dal gioco" di una forza effimera e simbolica di "uno solo" che non appare affatto grato e consapevole del potere da loro stessi ricevuto, ma al contrario è nei loro confronti "inumano e selvaggio".

A ben vedere la forza dell'opera vive, quindi, proprio nell'affermazione di verità ineludibilmente attuali, benché teorizzate nella forma da un giovane pensatore secoli orsono. Da allora nulla è cambiato, nulla è mutato, soprattutto con riguardo alla consapevolezza della debolezza umana rispetto alla sua miserevole "volontaria" condizione di sottomettersi ad uno.

Così come allora, a La Boétie non rimane altro che appellarsi al lettore moderno, richiamando la sua virtù spirituale e il suo onore di essere umano prima che di cittadino, esternando tutto il suo fervore di intellettuale rivoluzionario o di giovane "intellettualmente puro" rispetto a meccanismi noti e ricorrenti nella storia e destinati a ripetersi in un futuro prossimo e verosimile.

Resta pertanto lo sforzo di un "vero" intellettuale che riesce a travalicare i confini temporali, perché come pochi altri nella storia sembra comprendere l'importanza del suo ruolo, e che fa la differenza perché sa mantenere fede a quella missione che è propria dell'(I)ntellettuale di ricercare la verità scientifica anche se scomoda e sottaciuta.

Non resta che apprezzare un'opera moderna, lapidaria nella sua analisi fenomenologica, capace come non mai

di smuovere sensazioni vive di un sentire collettivo e di rapire l'animo "puro" di coloro che hanno la forza di riflettere.

PIETRO MANCINI

