

RIVISTA ITALIANA PER LE SCIENZE GIURIDICHE

Fondata da Francesco Schupfer e Guido Fusinato

SOTTO GLI AUSPICI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
DELLA SAPIENZA - UNIVERSITÀ DI ROMA

DIRETTORE

Mario Caravale

nuova serie

13

2022



JOVENE EDITORE

Il presente fascicolo è pubblicato con contributi del Dipartimento di Scienze Giuridiche e del Dipartimento di Studi Giuridici ed Economici della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza Università di Roma.

Direttore: Mario Caravale

Direzione e redazione: Sapienza - Università di Roma - Facoltà di Giurisprudenza - Presidenza - Piazzale Aldo Moro 5 - 00185 Roma RM

Comitato di direzione: Silvia Diaz Alabart (Madrid) - Guido Alpa (Sapienza, Roma) - Mads Andenas (Oslo) - Jean Bernard Auby (Parigi) - Luisa Avitabile (Sapienza, Roma) - Sergio Bartole (Trieste) - Jurgen Basedow (Amburgo) - Andrea Biondi (Londra) - Enzo Cannizzaro (Sapienza, Roma) - Marta Cartabia (Milano) - Claudio Consolo (Sapienza, Roma) - Enrico Del Prato (Sapienza, Roma) - Oliviero Diliberto (Sapienza, Roma) - Pierre Marie Dupuy (Parigi) - Antonio Gambaro (Milano) - Yves Gaudemet (Parigi) - David Gerber (Chicago) - Jane C. Ginsburg (New York) - Stefan Grundmann (Firenze) - Riccardo Guastini (Genova) - Peter Häberle (Bayreuth) - Natalino Irti (Sapienza, Roma) - Gianni Iudica (Milano) - Erik Jayme (Heidelberg) - Guillaume Leyte (Parigi) - Hans W. Micklitz (Firenze) - Laura Moscati (Sapienza Roma) - Carlos Manuel Petit Calvo (Huelva) - Johannes M. Rainer (Salisburgo) - Filippo Reganati (Sapienza, Roma) - Jerome H. Reichman (Durham) - Gaetano Silvestri (Messina) - Anne Lefebvre Teillard (Parigi) - Gunther Teubner (Francoforte) - Michel Troper (Parigi) - Hanns Ullrich (Monaco) - Paolo Zatti (Padova)

Redazione: Cesare Pinelli (redattore capo) - Nicola Cezzi - Fulvio Costantino

Amministrazione: JOVENE EDITORE - Via Mezzocannone 109 - 80134 Napoli NA Italia
Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87 - website: www.jovene.it - email: info@jovene.it

Abbonamento: € 35,00

Il pagamento va effettuato direttamente all'Editore: **a)** con versamento sul c.c. bancario IBAN: IT62G0307502200CC8500241520 o sul c.c.p. 14015804, indicando chiaramente gli estremi dell'abbonamento; **b)** a ricezione fattura; **c)** on line collegandosi al sito dell'Editore: www.jovene.it.

Gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti con apposita segnalazione entro la scadenza.

Le comunicazioni in merito a mutamenti di indirizzo vanno indirizzate all'Editore.

I contributi pubblicati in questa Rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

Direttore responsabile: Mario Caravale

ISSN 0390-6760 - Registrazione presso il Tribunale di Napoli n. 51 del 18 giugno 2010.

Stampato in Italia Printed in Italy

INDICE

PROLUSIONI

- 3 SERGIO MARCHISIO
 La Prolusione di Dionisio Anzilotti sulla guerra nel diritto internazionale
- 17 DIONISIO ANZILOTTI
 Il concetto moderno dello Stato e il diritto internazionale. Discorso inaugurale dell'anno accademico 1914-1915

SAGGI

- 33 GUIDO ALPA
 Solidarity. A Normative Principle
- 47 PAOLO CAPPELLINI
 Il diritto come esperienza. Ricordando Paolo Grossi
- 69 MARIANO ROBLES
 «Rapsodie» ambientali fra «contratto» e «rimedi»
- 105 ANNALISA TRIGGIANO
 Il “sogno” di una giustizia predittiva tra Seicento e Ottocento

CONSEGUENZE DELLA GUERRA IN UCRAINA

- 163 GUIDO ALPA
 La legislazione di guerra. Note sulla metamorfosi del diritto privato del primo Novecento
- 183 GIOVANNI MINNUCCI
 Per una rilettura del Silete theologi in munere alieno (De iure belli libri tres, I.XII) di Alberico Gentili
- 211 AURORA RASI
 Il trasferimento di armamenti dall'Unione europea all'Ucraina aggredita: quale fondamento nel diritto internazionale?

- 227 ALESSANDRO ZAMPONE

Gli effetti del conflitto russo-ucraino nel settore del trasporto e della logistica nell'attuale fase della globalizzazione

IL PENSIERO E L'OPERA DI GIUSEPPE GUARINO

- 261 GAETANO AZZARITI

Guarino costituzionalista

- 277 VINCENZO CERULLI IRELLI

Spunti sulla "teoria generale del diritto" di Giuseppe Guarino

- 291 GIUSEPPE MORBIDELLI

Guarino amministrativista

- 325 MARIO PATRONO

Criticare l'Europa per costruire un'Europa migliore, ovvero Un europeista incompreso

- 341 GIULIANO AMATO

Conclusioni

RICORDI

- 349 STEFANO BELLOMO

Giuseppe Santoro Passarelli ed il suo lungo itinerario giuslavoristico, dalla stagione statutaria al "Diritto dei lavori"

RECENSIONI

- 363 L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Come si diventa romani. L'espansione del potere romano in Italia, strumenti istituzionali e logiche politiche*, Jovene, Napoli, 2022 (Arnaldo Marcone)

- 367 M.R. FERRARESE, *Poteri nuovi. Privati, penetranti, opachi*, Il Mulino, Bologna, 2022 (Pierluigi Mascaro)

- 373 G. GALLONE, *Principio di riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo*, Cedam, Padova, 2023 (Fulvio Costantino)

- 377 T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Laterza, Bari-Roma, 2021 (Cesare Pinelli)

PROLUSIONI

La Prolusione di Dionisio Anzilotti sulla guerra nel diritto internazionale

Sergio Marchisio

SOMMARIO: 1. L'inutile strage e la fragilità del diritto internazionale. – 2. Giusnaturalismo, positivismo e teoria delle nazioni. – 3. L'unificazione italiana: nuovo Stato o continuità del vecchio? – 4. L'adesione alla teoria della volontà collettiva. – 5. La guerra al di fuori del diritto internazionale? – 6. Il nuovo fondamento: l'accordo come atto di produzione giuridica. – 7. La natura della Società delle Nazioni: un superstato? – 8. Anzilotti giudice della Corte permanente di giustizia internazionale.

1. *L'inutile strage e la fragilità del diritto internazionale*

La prolusione di Dionisio Anzilotti per gli anni accademici 1914-1915 all'Università degli studi di Roma "La Sapienza" ha come oggetto "Il concetto moderno dello Stato e il Diritto internazionale", anche se il titolo corrisponde solo in parte al contenuto¹. La nota di fondo è la confessione del profondo scetticismo dell'illustre giurista circa la "legittimità" e "utilità" della disciplina che professava, il diritto internazionale. Siamo nel 1915, il conflitto "inumano" è già scoppiato a dimostrazione della vanità, o almeno dell'estrema fragilità, di un «preteso ordinamento giuridico dei rapporti fra gli Stati... proprio nel momento in cui più sicuro e completo se ne annunziava lo sviluppo». Il 24 luglio 1914, l'Austria-Ungheria aveva dichiarato guerra alla Serbia, dando inizio al conflitto, e, nell'aprile 1915, l'Italia si era unita alle Potenze alleate contro gli Imperi centrali.

La Prolusione del 1914-1915 va quindi letta tenendo presenti due chiavi di lettura: la prima, riguarda la riflessione sul regime giuridico dell'uso della forza e del ricorso alla guerra nel diritto internazionale dell'epoca; la seconda, invece, la difficoltà dell'autore di argomentare intorno alla guerra in termini giuridici, ricorrendo a quello che Egli definisce il "concetto moderno" dello Stato. Nella Prolusione, comunque, il passaggio tra i due aspetti non risulta del tutto lineare.

¹ D. ANZILOTTI, *Il concetto moderno dello Stato e il Diritto internazionale*, in *Annuario per gli anni accademici 1914-1915*, DCXII dalla fondazione, Università degli studi di Roma "La Sapienza", Roma, 1915, 16-33.

Sul primo punto, Anzilotti denunciava quanto sbagliato e pericoloso fosse abituare i popoli a confidare nel diritto in un campo in cui la parola spettava fatalmente alla forza. Si trattava di correggere una visione erronea del diritto in genere, e del diritto internazionale in particolare. Il diritto internazionale dell'epoca era il prodotto delle cause che avevano trasformato l'assetto politico dell'Europa nel passaggio dal Medioevo all'età moderna. L'esperienza precedente (il diritto romano, il cristianesimo, le regole delle plurime comunità internazionali) avevano iniziato a coagularsi intorno ad alcuni principi generali, dando origine a un embrione di sistema giuridico internazionale che aveva trovato la sua espressione nei Trattati di Westphalia del 1648.

Da allora, era sorto un problema nuovo: dare ai rapporti fra Stati una base indipendente dai concetti religiosi e politici su cui ci si era basata fino allora la frammentaria trattazione della materia, in cui si confondevano diritto, religione, morale². Era il percorso iniziato dai teologi spagnoli del secolo XVI, Francisco De Vitoria e Francisco Suarez, che avevano affrontato questioni fondamentali come il concetto di Stato, l'acquisto della sovranità territoriale, la guerra e i rapporti con le popolazioni indigene, cui avevano dato occasione la scoperta e la colonizzazione dell'America. Fu merito però di Alberico Gentili (*De iure belli libri tres* del 1598) staccare il diritto internazionale da premesse teologiche, compenetrandolo con il diritto di natura.

Nel secolo XVII emerge la figura più importante: Hugo de Groot, detto Grozio, il quale, con la sua opera *De iure belli ac pacis libri tres* del 1625, si propose di descrivere le nuove norme della convivenza internazionale, rispondenti al rapporto di coordinazione sostituitosi al rapporto di subordinazione proprio dei secoli precedenti, e alle esigenze di sviluppo dei traffici commerciali marittimi. In ogni comunità umana esiste un sistema di diritto composto di due parti: il diritto naturale o razionale, prodotto dalla retta ragione, regola assoluta della condotta umana, e il diritto volontario, che, nella società civile, è lo *ius civile*; nella società internazionale, lo *ius gentium*.

La successiva scuola del giusnaturalismo concepirà il diritto internazionale esclusivamente come diritto naturale, respingendo l'ele-

² Nel Medioevo erano state elaborate la teoria degli statuti; la teoria delle rappresaglie e la teoria della guerra (Giovanni Da Legnano, Marino Da Lodi). Cfr. R. AGO, *Scienza giuridica e diritto internazionale*, Milano, 1950.

mento volontario di Grozio, per poi assegnare progressivamente ai principi di diritto naturale un ruolo sempre più limitato.

2. *Giusnaturalismo, positivismo e teoria delle nazioni*

Ma il vero mutamento si avrà con la rinuncia ad ammettere l'esistenza di un diritto naturale e la graduale affermazione del positivismo giuridico. In Italia, peraltro, il positivismo sarà preceduto da un passaggio strumentale, quello della teoria delle nazioni, con le sue concezioni giuridiche della soggettività internazionale. Il principio di nazionalità, utile a giustificare il processo di unificazione politica, fu enucleato principalmente da Pasquale Stanislao Mancini. Nella lezione inaugurale del suo corso di diritto internazionale e marittimo su "La nazionalità come fondamento del diritto internazionale", pronunciata alla Regia Università di Torino il 22 gennaio 1851, Mancini cercò di spiegare, in modo teorico, che «La libera costituzione interna della Nazione e la sua autonomia indipendente nei confronti delle Nazioni straniere sono da considerarsi lo stato naturalmente perfetto di una Nazione»³. La Nazione, preconizzava Mancini, era destinata a sostituire lo Stato quale soggetto di base del diritto internazionale.

Il principio di nazionalità fu ampiamente sostenuto dagli studiosi italiani legati a Mancini, come Terenzio Mamiani, il quale, nella sua opera del 1859 intitolata *D'un nuovo diritto europeo*, aggiungeva che il principio di nazionalità andava inteso come riferito a tre tipi di nazioni: nazioni che avevano pienamente raggiunto la loro indipendenza in quanto comunità cementate da origine, lingua, razza e religione, come Francia, Spagna, Inghilterra e Russia; nazioni composte da persone legate da un patto confederativo, come la Germania, che mantenevano una molteplicità di entità politiche; e nazioni ancora frammentate in diversi Stati, alcuni dei quali sotto il dominio straniero, come l'Italia⁴. Tali studiosi consideravano l'istituzione del Re-

³ P.S. MANCINI, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti*, 'Prelezione al corso di diritto internazionale e marittimo pronunciata nella R. Università di Torino, 22 gennaio 1851'. V. G.S. PENE VIDARI, *La prolusione di P.S. Mancini all'Università di Torino sulla nazionalità* (1851), in *Verso l'Unità italiana. Contributi storico-giuridici*, Torino, 2010, 21-46. Cf. anche L. NUZZO, *Origini di una scienza. Diritto internazionale e colonialismo nel XIX secolo*, Frankfurt am Main, 2012, 97.

⁴ T. MAMIANI, *D'un nuovo diritto europeo*, Torino, 1859, 40. Cfr. G. FIESCHI, *T. Mamiani e «Il nuovo diritto europeo»*, in *Riv. st. pol. intern.*, 689-694.

gno d'Italia e poi dell'Impero tedesco come innovazioni essenziali nel sistema degli Stati europei all'indomani del 1856⁵.

Tuttavia, la scuola del diritto internazionale che si era formata sulla scia delle dottrine del Mancini, fondata su concetti aprioristici che la allontanavano dalla realtà del diritto, non impedì al positivismo di affermarsi anche in Italia⁶.

Del resto, il concetto tradizionale del diritto di natura era caduto in discredito di fronte alla nuova concezione del diritto, specie del diritto pubblico interno:

«Caposaldo di questa costruzione è la distanza netta fra il diritto posto da una volontà normatrice, che obbliga pel solo fatto che è posto da tale volontà (diritto positivo), e quel complesso di principi o esigenze ideali, che la coscienza sociale afferma desumendoli dalla natura umana e dalla costituzione delle cose in relazione ai fini della convivenza (giustizia, o se vuolsi, diritto naturale)»⁷.

Tornava qui il problema del fondamento del diritto internazionale, divenuto, specie per la dottrina tedesca e italiana, centrale in tutte le trattazioni del diritto internazionale. Erano state elaborate artificiali teorie in materia di fonti, come quelle del diritto pubblico esterno e dell'auto-limitazione dello Stato di Georg Jellinek, diretta alla negazione del diritto internazionale.

Dalla Prolusione del 1914-1915 si evince come una delle caratteristiche del pensiero scientifico di Anzilotti sia stata il suo rapido adattarsi all'evolversi della dottrina europea, specie tedesca, della quale ebbe una conoscenza approfondita, nel periodo di passaggio dal giusnaturalismo al positivismo giuridico. Quell'esigenza di "pensare e ripensare", lo portò a modificare in modo sostanziale tesi anteriormente sostenute su problemi fondamentali del diritto internazionale⁸. Quindi, Anzilotti fu il vero fondatore in Italia del diritto in-

⁵ G. MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale*⁷, Padova, 1967, 118-119. G. CAPOGRASSI, *La fine dello Stato nazionale*, in Giuseppe Capograssi, *Opere*, Milano, 1959, vol. VI, 121-124. Cfr. anche G. GARANCINI, *I cattolici e la formazione dello Stato unitario*, in *Iustitia*, 2011, 265-269. E. JAYME (a cura di), *Della Nazionalità come fondamento del diritto delle genti di Pasquale Stanislao Mancini*, Torino, 1994.

⁶ Accademia Nazionale dei Lincei, *Commemorazione del socio Dionisio Anzilotti letta dal corrispondente Tomaso Perassi*, 1952, 107.

⁷ D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*⁴, vol. I, Edizione con l'aggiunta di note inedite dell'autore e di un capitolo sui Patti Lateranensi, Padova, 1955, 16.

⁸ T. PERASSI, *Dionisio Anzilotti*, in *Riv. dir. intern.*, 1953, 14-15.

ternazionale inteso come diritto positivo, i cui fondamenti andavano ricercati in quelle che risultavano, in un'indagine empirica, le condizioni effettive di esistenza di una determinata società. Egli non accettava, quindi, la metodologia formalistica del positivismo. Per Anzilotti, le forme giuridiche andavano poste su una base che le giustificasse, ed essa era la società nella sua stessa vita. Egli ricostruisce quindi la giurisprudenza come scienza empirica con costante riferimento alla vita sociale⁹. Il suo ingegno lo conduceva assai più alla conoscenza che non alla sistemazione per categorie astratte di nozioni formali.

3. *L'unificazione italiana: nuovo Stato o continuità del vecchio?*

In un arco di vita che si dipanò dalla seconda metà del secolo dell'Unità italiana fino al secondo dopoguerra, nel 1902 Anzilotti iniziò l'insegnamento nell'Università di Palermo, dalla quale passò, dopo appena un anno, a quella di Bologna. Qui, nel 1906 fu promosso ordinario, per poi essere trasferito nel 1911 alla cattedra di diritto internazionale nell'Università di Roma La Sapienza, che inaugurò con la famosa prolusione sulla formazione del Regno d'Italia, di cui ricorreva il cinquantenario¹⁰.

Il quesito era semplice: la proclamazione del Regno d'Italia nel 1861 aveva coinciso con la creazione di uno Stato nuovo o con la continuazione del Regno di Sardegna? Il confronto scientifico tra due tesi riemerse con gli articoli sulla formazione del Regno d'Italia pubblicati da Dionisio Anzilotti e Santi Romano sulla Rivista di diritto internazionale del 1912.

La tesi di Anzilotti affermava che l'unificazione andava vista come processo verso l'acquisto di una nuova identità nazionale, che aveva fatto del Regno d'Italia uno Stato del tutto nuovo e diverso rispetto al precedente. Nel 1860 si sarebbero avute diverse fusioni de-

⁹ P. ZICCARDI, *Caratteri del positivismo dell'Anzilotti*, in *Riv. dir. intern.*, 1953, 22-29 e R. AGO, *Rencontres avec Anzilotti*, in *Eur. Journ. Intern. Law*, (sezione dedicata a *The European Tradition of International Law: Dionisio Anzilotti*), 1992, 92-99.

¹⁰ Citata da G. CAZZETTA, *Unità del diritto e 'missione della scienza'. Prolusioni nella Facoltà giuridica romana in età liberale*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2014, 213-214. S. MARCHISIO, *L'utilizzo delle categorie giuridiche del diritto internazionale nel processo d'unificazione italiana*, in *Nomos*, 2017, 1-22.

gli Stati pre-unitari (i ducati di Parma e di Modena e il Granducato di Toscana), della Romagna, costituitasi in Stato a sé, e del Regno delle Due Sicilie, così da dar luogo ad un nuovo Stato, lo Stato italiano.

La tesi di Romano configurava invece il nuovo Stato unitario quale ingrandimento del Regno di Sardegna attraverso le annessioni dei vari territori, definite unitarie a proposito di tutti gli *ex* Stati e tanto più delle province di altri Stati che avevano continuato ad esistere.

La critica ad Anzilotti era stringente: se si fosse ritenuto che il Regno d'Italia era uno Stato nuovo e che quello sardo si era estinto, si sarebbe dovuto ammettere che il procedimento di unificazione era stato diverso, a seconda che esso, volta per volta, avesse riguardato province che non erano Stati, ma parti di altri Stati sopravvissuti al loro smembramento (Lombardia, Marche, Umbria, Veneto, Mantova) e province che erano per sé Stati (ducato di Parma e di Modena, Granducato di Toscana e Regno delle due Sicilie).

4. *L'adesione alla teoria della volontà collettiva*

Ma torniamo alla Prolusione del 1914-1915, che dedica ampie riflessioni critiche alle teorie positivistiche negatrici del diritto internazionale. Egli aveva aderito alla teoria della volontà collettiva, per la quale le norme del diritto internazionale erano da considerare *jus super partes* in quanto riportabili ad una volontà risultante dalla fusione della volontà degli Stati. Con il lavoro su “Il diritto internazionale nei giudizi interni”, Anzilotti aveva consolidato la sua posizione positivista e dualista, convinto sostenitore della separazione tra il diritto internazionale e il diritto interno¹¹. Nella Prolusione, Egli elaborò ulteriormente la teoria della volontà collettiva, anche se con un’innegabile forzatura ricorrendo al “nuovo” concetto dello Stato.

Per la teoria della volontà collettiva degli Stati, le norme del diritto internazionale erano riportabili ad una volontà risultante dalla fusione della volontà di più Stati, una volontà collettiva, vivente, una volta formata, di vita propria, indipendentemente dalle volontà par-

¹¹ D. ANZILOTTI, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, Bologna, 1905. G. GAJA, *Positivism and Dualism in Dionisio Anzilotti*, in *Eur. Journ. Intern. Law*, 1992, 123-138.

ticolari che avevano concorso a costituirla. Come inquadrare giuridicamente la guerra in questo contesto?

Egli scriveva in un momento in cui il diritto internazionale non poneva limiti all'uso della forza e gli Stati non erano tenuti a invocare un diritto specifico per perseguire i propri interessi attraverso l'esercizio dello *jus ad bellum*¹². Nella Prolusione l'autore si poneva la questione fondamentale di sapere come fosse possibile risolvere il problema strettamente giuridico della guerra. Ripercorrendo la storia delle dottrine del diritto internazionale, Egli richiama il modo in cui i primi internazionalisti (Vitoria, Gentili, Grozio e i giusnaturalisti) avevano risposto al quesito attraverso la dottrina della guerra giusta; in quella concezione, la guerra era da considerare mezzo lecito solo se intrapresa per gli scopi consentiti dal diritto naturale.

Ma Anzilotti sottolineava i limiti di questa impostazione, soprattutto la relatività della valutazione di una guerra come giusta o ingiusta a seconda del soggetto dalla cui parte ci si colloca. Peraltro, si trovava ad affrontare il problema in un contesto diverso, dato che il positivismo aveva eliminato ogni distinzione fra varie categorie di guerre¹³. Poiché la forza era utilizzata nelle relazioni internazionali soprattutto per la soluzione di conflitti d'interesse estranei alla sfera del diritto, Anzilotti è indotto a dimostrare perché la guerra andava considerata indifferente al diritto.

5. *La guerra al di fuori del diritto internazionale?*

Ecco, quindi, il tema evocato dal titolo della Prolusione circa il nuovo concetto dello Stato. Si tratta della parte meno convincente della Prolusione, che dimostra chiaramente la difficoltà di far quadrare la realtà del fenomeno giuridico quale si manifestava nella comunità internazionale dell'epoca con le premesse della teoria del fondamento del diritto internazionale nella volontà collettiva degli Stati.

La netta formulazione dell'accordo concepito come fatto pre-giuridico avente per virtù propria, indipendentemente dalla presi-

¹² G. NOLTE, *From Dionisio Anzilotti to Roberto Ago: The Classical International Law of State Responsibility and the Traditional Primacy of a Bilateral Conception of Interstate Relations*, in *Eur. Journ. Intern. Law*, 2002, 1087-1089.

¹³ A. CASSESE, *Realism v. Artificial Theoretical Constructs. Remarks on Anzilotti's Theory of War*, in *Eur. Journ. Intern. Law*, 1992, 149 ss.

stenza del diritto oggettivo, l'idoneità a produrre diritto, conduce Anzilotti a configurare la dicotomia Stato persona e Stato legislatore. Se «la funzione costituttrice dell'ordine giuridico non è dunque funzione giuridica, ma semplicemente una premessa del diritto», lo Stato legislatore è al di sopra e la di fuori del diritto e sfugge ad ogni limitazione giuridica. La guerra essendo a sua volta un mezzo di ricambio – e quindi di creazione – del diritto doveva essere considerata estranea al mondo del diritto internazionale.

Anzilotti rileva come nel diritto interno il superamento della dicotomia poteva sembrare possibile mediante la teoria della divisione dei poteri, presupposto della concezione dello Stato come Stato di diritto, il quale esplica ogni sua attività *secundum jus*, in una forma di auto-limitazione. Ma la necessità di distinguere tra Stato legislatore e Stato esecutore anche nell'ambito della divisione dei poteri, confermava, per l'insigne giurista, la posizione del primo come indipendente da ogni vincolo giuridico.

Nel diritto internazionale prodotto della volontà collettiva, lo Stato è insieme creatore e destinatario delle norme, che trova «bell'e formate». La costituzione dell'ordine giuridico precede quindi lo Stato, il quale ne è solo membro. Trova così giustificazione, ancora una volta, la teoria della volontà collettiva, perché la formazione delle norme non può che essere opera di una volontà concreta, che è appunto la volontà collettiva. Ma la conclusione del ragionamento è che quando si costituisce la volontà collettiva come volontà nuova rispetto alle volontà individuali dei singoli Stati e come sintesi di esse, gli Stati non agiscono in veste di soggetti del diritto internazionale e quindi ad esso subordinati, ma come creatori dell'ordine, senza che si possa da essi applicare alcun limite. Quindi, per ritornare al punto di partenza, «la guerra è nelle sue cause e nelle sue finalità fuori dal diritto perché è attività diretta alla costituzione del diritto», è un modo per cambiare il diritto, per provocare una nuova volontà collettiva.

6. *Il nuovo fondamento: l'accordo come atto di produzione giuridica*

C'è tuttavia qualcosa nell'argomentazione di Anzilotti, così attento a restare fedele al metodo giuridico e alla realtà della vita internazionale, che non appare del tutto convincente. Anzitutto, era

corretto affermare che la guerra fosse nel 1914-1915 del tutto “estranea” al diritto internazionale?

In realtà è vero che il diritto internazionale positivo prendeva in considerazione la guerra: da un lato, attribuiva agli Stati lo *jus ad bellum*, e non lo sottoponeva a limiti o condizioni; dall’altro lato, le Convenzioni dell’Aia del 1899 e 1907, basate sui principi di umanità da applicare nei conflitti armati, avevano codificato il primo capitolo del diritto internazionale umanitario, diretto a regolare l’esercizio della forza da parte degli Stati nel corso delle guerre internazionali e l’identificazione dei crimini di guerra (*jus in bello*).

Quindi, più che conseguenza della natura della guerra come strumento per modificare il diritto vigente, la questione fondamentale era l’assenza di una proibizione espressa relativa all’uso della forza nelle relazioni internazionali per la soluzione di conflitti o controversie. Del resto, lo stesso Anzilotti concludeva la sua Prolusione affermando che compito della civiltà era di far sì che l’ordine giuridico si avvicinasse progressivamente all’ideale etico. E questo avverrà nei decenni successivi. Il Patto della Società delle Nazioni istituì un sistema di sicurezza collettiva in base al quale gli Stati membri erano tenuti a sottoporre le eventuali controversie al Consiglio della Società. Solo dopo l’esaurimento delle procedure previste dal Patto, era consentito il ricorso a misure unilaterali in reazione a eventuali illeciti di cui gli Stati membri fossero vittime. Senza definirla – e questo fu un limite grave – la guerra d’aggressione era vietata.

Dopo la creazione della Società delle Nazioni, in linea con l’elaborazione della Scuola viennese di Hans Kelsen e Alfred Verdross e le critiche alla teoria della volontà collettiva elaborate da Tommaso Perassi nella sua “Teoria dommatica delle fonti di norme giuridiche in diritto internazionale” del 1917¹⁴, Anzilotti sostenne che il diritto deve in ogni caso essere creato da processi di produzione appositamente preordinati dall’ordinamento giuridico e identificò nella norma fondamentale *pacta sunt servanda* la fonte necessaria del carattere vincolante di tutte le norme del diritto internazionale, comprese quelle consuetudinarie, qualificate come accordi taciti. Tale revisione era peraltro in linea con l’indirizzo positivista, in pieno rigo-

¹⁴ T. PERASSI, *Teoria dommatica delle fonti di norme giuridiche in diritto internazionale*, Roma, 1917.

glio in Italia nel campo degli studi di diritto internazionale, grazie al contributo dello stesso Anzilotti.

Sulla base di un esame obbiettivo della struttura della società internazionale, la dottrina positivista muoveva dal concetto che norme giuridiche internazionali fossero quelle e soltanto quelle create dall'accordo di volontà degli Stati. Perassi aveva respinto la configurazione dell'accordo come fatto pregiuridico, osservando che, se è vero che non appartiene alla dommatica giuridica il problema dell'origine del diritto internazionale, in essa può trovare posto la costruzione dell'accordo come atto di produzione giuridica. Infatti, se l'accordo è un *prius* rispetto alla norma da esso creata, non si vede perché debba considerarsi un *prius* rispetto all'ordinamento giuridico. Tale norma è quella che contempla come fonte l'accordo fra Stati (*pacta sunt servanda*). Anzilotti fece propria questa nuova impostazione sul fondamento del diritto internazionale.

7. *La natura della Società delle Nazioni: un superstato?*

Al termine della Prima guerra mondiale, Egli fu tra i componenti della Commissione governativa istituita con decreto luogotenenziale n. 361/1918 e incaricata di proporre i provvedimenti per il passaggio dallo stato di guerra allo stato di pace. Quale più autorevole membro internazionalista della Commissione, Anzilotti diede un contributo determinante all'elaborazione dello "Schema di Atto generale per costituire la Società delle Nazioni", poi presentato dall'Italia alla Conferenza della pace di Parigi¹⁵. Tale documento non influì però sui lavori preparatori del Covenant, che presero a base del negoziato il progetto Hurst-Miller, proposto congiuntamente da Gran Bretagna e Stati Uniti. La delegazione italiana aveva infatti in quel momento abbandonato la Conferenza per la questione adriatica e gli assenti, si sa, hanno sempre torto. Peccato, perché alcune soluzioni presenti nel progetto italiano erano più innovative rispetto a quelle accolte nel testo definitivo del Patto, adottato dalla Conferenza della pace il 28 aprile 1919 ed entrato in vigore il 10 gennaio 1920.

In ogni caso, la Società delle Nazioni vedeva la luce con la prospettiva di contribuire al mantenimento della pace, limitando il ri-

¹⁵ <http://www.prassi.cnr.it/prassi/content.html?id=1449>.

corso degli Stati alla violenza bellica quale unico mezzo per affermare le proprie rivendicazioni. L'art. 10 del Covenant stabiliva infatti l'obbligo degli Stati di rispettare e mantenere l'integrità territoriale e l'indipendenza politica di tutti i membri della Società contro ogni aggressione esterna. Con gli artt. 11-15, i membri della Società si impegnavano, in caso di controversie che potessero condurre a violazioni del Patto, a non ricorrere alle armi prima di avere esperito mezzi di soluzione arbitrale o giudiziale, o di aver sottoposto la controversia al Consiglio. L'art. 16 prevedeva, in caso di violazione di tali obblighi da parte di uno Stato membro, l'interruzione delle relazioni economiche e commerciali ed eventualmente l'adozione di sanzioni militari, per la cui esecuzione era attribuito al Consiglio un potere raccomandatorio.

Il Covenant non esclude del tutto il ricorso alla guerra, *extrema ratio*, in caso di insuccesso dei mezzi pacifici predisposti dal diritto societario. Il progetto italiano prefigurava invece quel divieto generale e assoluto dell'uso della forza che, storicamente, sarebbe stato posto nell'ordinamento internazionale solo con l'art. 2, par. 4, della Carta dell'ONU. Per Anzilotti era infatti giunto il momento di fare il passo decisivo, escludendo in ogni caso la possibilità giuridica del ricorso alle armi. Il patto di associazione avrebbe dovuto contenere il mandato al corpo sociale di sostituirsi ai contendenti nel fissare il regolamento dei loro rapporti ogni qual volta essi non fossero riusciti a mettersi d'accordo in altro modo: «Ciò non esclude di fatto le guerre ... ma la guerra sarà in ogni caso un fatto contrario al diritto».

8. *Anzilotti giudice della Corte permanente di giustizia internazionale*

A partire dal 1920, la carriera di Anzilotti proseguì con l'assolvimento di importanti funzioni internazionali, in qualità di giudice della Corte permanente di giustizia internazionale, della quale fu a lungo presidente¹⁶. Pur accompagnato da un'inesauribile ansia di revisione, Anzilotti rimase sempre convinto *positivista e dualista*, riellaborando le indicazioni del movimento scientifico tedesco della fine secolo XIX. Egli ebbe modo di constatare l'evoluzione giuridica delle regole sull'uso della forza, la quale non poteva più essere considerata estranea al mondo del diritto. Lo dimostravano i numerosi

¹⁶ Cfr. le brevi ma incisive riflessioni di C. DE VISSCHER, *Dionisio Anzilotti*, in *Commun. intern.*, 1951, 251-252, sul contributo di Anzilotti all'opera collettiva della Corte.

casi di cui si occupò nella sua veste di giudice della Corte. Uno in particolare lo fece riflettere sull'evoluzione intervenuta, quello relativo all'eccidio della missione presieduta dal generale Enrico Tellini avvenuto in Grecia il 27 agosto 1923 e alla conseguente occupazione militare italiana dell'isola di Corfù a titolo di pegno.

La posizione italiana verteva sull'esclusione della Società delle Nazioni dal novero degli enti competenti a trattare la questione. Si sostenne, anzitutto, che la controversia con la Grecia riguardava l'onore e la dignità nazionale e come tale era esclusa dalle controversie contemplate negli artt. 11-15 del Patto, a ricordo di quelle clausole eccezionali poste nei trattati di arbitrato, che normalmente escludevano dalla sfera di applicazione dei medesimi le controversie vertenti su questioni relative all'onore dello Stato.

La seconda argomentazione dell'Italia fu che l'occupazione militare di Corfù non costituiva un atto di guerra, bensì un'operazione militare speciale per salvaguardare la dignità della Nazione. Ciò conduceva, ancora una volta, ad escludere la competenza della Società delle Nazioni. Ed è interessante notare il ragionamento attraverso il quale il governo italiano giustificò la propria condotta, ricorrendo al concetto di occupazione pacifica.

Mussolini, allora anche Ministro degli esteri, richiamava tale argomento in un telegramma inviato il 1° settembre 1923 al delegato italiano alla Società delle Nazioni, Antonio Salandra. Vi si affermava che il diritto applicabile era il «diritto delle genti», in base al quale l'occupazione di Corfù era da considerare legittima, a titolo di rappresaglia, o contromisura, nel diritto internazionale. Ora, sul punto il governo italiano consultò in via informale proprio Dionisio Anzilotti, giudice della Corte. Nella relazione che il Ministro d'Italia all'Aia Maestri Molinari inviava a Mussolini il 5 settembre 1923 è riportata la risposta nettamente negativa di Anzilotti al quesito se fosse o meno opportuno deferire la controversia con la Grecia alla Corte. Le condizioni gli sembravano infatti sfavorevoli alla posizione dell'Italia, perché – egli diceva – «noi appariamo esserci fatta giustizia da noi ...contro lo spirito e la lettera degli artt. 12 e 15 del Patto»¹⁷.

¹⁷ S. MARCHISIO, *Il caso Tellini: l'uso della forza nel diritto internazionale e nel "diritto delle genti"*, in O. FERRAJOLO (a cura di), *Il caso Tellini. Dall'eccidio di Janina all'occupazione di Corfù*, Milano, 2005, 45-66.

Il giudizio dell'insigne giurista era dunque che l'occupazione di Corfù fosse contraria al Patto della Società delle Nazioni e che non potesse sostenersi l'estraneità del caso rispetto al quadro istituzionale della Società. Anzilotti si spingeva, anzi, fino a prefigurare la possibile adozione di sanzioni nei confronti dell'Italia. Pertanto, l'ipotesi di ricorso alla Corte, sia in forma di richiesta di parere consultivo, che mediante deferimento della controversia in sede contenziosa, era considerato da Anzilotti sfavorevole per gli interessi dell'Italia.

Quale cambiamento, quindi, rispetto alla teoria della guerra "fuori dal diritto internazionale"! Del resto, anche la teoria della volontà collettiva aveva ceduto il passo a nuove impostazioni del problema del fondamento del diritto internazionale, che consentirono di superare quel punto dell'azione dello Stato legislatore, insieme alla guerra come mezzo da esso utilizzato per creare nuovo diritto.

L'attuale configurazione della comunità internazionale e del suo diritto parte, infatti, dal presupposto che al suo interno l'organizzazione dei rapporti sociali segue un modello particolare, nel quale le funzioni dell'ordinamento giuridico (produzione, accertamento e attuazione del diritto) sono affidate agli stessi destinatari delle norme. Si tratta di un sistema policentrico, in cui i soggetti che creano le norme coincidono con i destinatari delle stesse¹⁸. La guerra, a sua volta, può anche essere configurata come mezzo di ricambio del diritto, ma si tratta di un *mezzo illecito* e ciò fa la differenza rispetto al tempo della Prolusione di Anzilotti. In tal senso questo contributo ci aiuta a comprendere non solo la difficoltà del Professore a spiegare come giurista alla comunità accademica della Sapienza, l'immane tragedia della guerra, ma anche il lento cammino del diritto internazionale verso il definitivo ripudio della guerra nell'art. 2.4 della Carta delle Nazioni Unite, in un tempo in cui il Maestro si era ormai ritirato dalla vita pubblica, fino alla fine, intervenuta nell'estate del 1950.

¹⁸ Cfr. A. MALINTOPPI, *Su la "gestione" delle funzioni nell'ordinamento internazionale*, in *Riv. dir. intern.*, 1975, 749-753.

Il concetto moderno dello Stato e il diritto internazionale
Discorso inaugurale dell'anno accademico 1914-1915

Dionisio Anzilotti

Singolare e non invidiabile posizione quella di chi oggi deve, per istretto obbligo accademico, inaugurare dinanzi a Voi, con la sua disadorna parola, il nuovo anno scolastico!

Mai, come in questo momento, egli ha sentito intorno a sé così profondo lo scetticismo sulla legittimità ed utilità della disciplina che professa. L'immane conflitto che si svolge sotto ai nostri occhi non ha forse dimostrato, con tremenda eloquenza, la vanità o almeno l'estrema fragilità di un preteso ordinamento giuridico dei rapporti fra gli Stati, proprio nel momento in cui più sicuro e completo se ne annunciava lo sviluppo? E non è perciò stesso gravissimo errore e pericolo abituare i popoli a confidare nelle ragioni del diritto, in un campo dove l'ultima parola spetta fatalmente alla forza? Sostituite alla forma interrogativa, da me adoperata, delle affermazioni nette e recise, ed avrete il sunto d'innumerevoli articoli di giornali, soprattutto nostrani, di quotidiane conversazioni, avrete in una parola – sarebbe vano dissimularlo – l'espressione di uno stato di coscienza così diffuso da potersi ormai dire quasi generale.

In buona parte quest'opinione deriva certamente da idee erronee intorno alla natura del diritto in genere e del diritto internazionale in specie. Quando, per esempio, si argomenta dalla mancata attuazione delle idealità pacifiste o dal disconoscimento di certe esigenze umanitarie, si confonde, manifestamente, il diritto positivo – che non esclude, ma prevede e disciplina la guerra, e solo in angusti limiti ne subordina la condotta al rispetto di supremi interessi umani – con una ideale rappresentazione del mondo e della vita, che si contrappone alla realtà, anche se tende a divenire essa stessa una realtà.

Quando da vere o assenti violazioni di norme positive si desume sic et simpliciter l'inesistenza delle norme stesse, si dimentica che il diritto non appartiene al mondo dei fatti ma a quello dei valori, non all'essere, ma al dover essere, che non è una legge fisica, ma un'esigenza ideale, cui le violazioni – fu detto giustamente – fanno soltanto brillare di luce più viva.

E quando finalmente ci si rimprovera di favorire pericolose illusioni, facendo dimenticare ai popoli che la salvaguardia e la garanzia suprema dei loro interessi stanno nella forza di cui possono disporre, si confonde ancora una volta il diritto internazionale con la propaganda pacifista, e non si pensa che il primo postulato di un sano insegnamento di questa disciplina non può essere se non l'affermazione della necessità che lo Stato sappia e possa, all'occorrenza, far valere con la forza i propri diritti.

Ma la questione può essere prospettata sotto un altro punto di vista, assai più meritevole di considerazione. I fatti hanno dimostrato ancora una volta che lo Stato ricorre alle armi, non già per far valere un suo diritto contro altri Stati che lo disconoscono, ma per realizzare un ordine di cose più conforme ai propri interessi. Che questi interessi si ammantino del nome di diritti si capisce facilmente; sia perché il linguaggio comune adopera la parola diritto per esprimere tanto le pretese riconosciute e garantite dalla legge positiva, quanto anche, genericamente, quelle esigenze che sono o si ritengono conformi a giustizia; sia perché ogni Stato cerca di giustificare la propria condotta magnificando l'importanza e la santità delle ragioni che lo spingono alla guerra, ed a ciò serve assai bene anche l'elevare dei semplici interessi al rango di diritti.

Ma la verità è che le guerre combattute per motivi giuridici sono eccezioni, dato che ne esistano; il motivo giuridico, o manca affatto, o è il pretesto che copre altre più profonde ragioni. Se passassimo in rivista tutte le grandi guerre del secolo scorso e dell'attuale non ne troveremmo forse una che sia stata iniziata per far valere un vero e proprio diritto, quando a questa parola si dia il significato tecnico di pretesa garantita da una norma giuridica.

Ebbene: il fatto innegabile che gli Stati ricorrono alle armi, non per realizzare un diritto, ma per introdurre un ordine di cose più conforme ai loro interessi, è compatibile, ed in qual modo, con l'esistenza di un ordinamento giuridico dei rapporti interstatuali? può essere, di fronte a questo, razionalmente giustificato?

Per quanto possa sembrare strano, è innegabile che la dottrina contemporanea è ben lungi dall'aver preso in esame questa domanda con la larghezza e profondità di analisi, che l'importanza e la gravità di essa richiedono. Ciò dipende, in parte, da ragioni storiche, in parte dai caratteri eminentemente complessi del fenomeno bellico, i

quali, combinandosi con certe tendenze e con certi abiti mentali prevalenti nella nostra disciplina, hanno fatto sì che l'attenzione degli scrittori si sia rivolta piuttosto all'aspetto etico e sociale della guerra, che al problema strettamente giuridico testé formulato.

La concezione giusnaturalistica – che per tanto tempo dominò in questo campo incontrastata – desumendo le norme di condotta degli Stati da una legge di natura preesistente ad ogni statuizione positiva ed avente in se stessa il proprio valore e la virtù di obbligare, poté facilmente affermare la propria competenza a valutare giuridicamente le cause della guerra.

E distinse infatti guerre giuste ed ingiuste, a seconda della causa che le determina e dello scopo a cui mirano. Così vediamo annoverate fra le giuste cause di guerra la necessità d'impedire un eccessivo aumento di potenza altrui, la conservazione dell'equilibrio politico, la volontà d'imporre la tolleranza di una data religione o di far cessare una tirannia manifesta, ecc. ecc., arrivando fino al concetto della guerra punitiva – rievocato in una recente occasione – cioè della guerra diretta a punire un popolo delle violazioni del diritto delle genti di cui si è reso colpevole. In tal modo la guerra si trovava sempre in un determinato rapporto con l'ordine giuridico: mezzo di realizzazione del diritto, se giusta; violazione del diritto, atto illecito, se ingiusta.

Questi concetti – cui non si può certo disconoscere il merito di una rigorosa coerenza – non mancarono di sollevare difficoltà nel seno stesso di quella scuola. Se la guerra è necessariamente giusta od ingiusta, ragion vuole che essa sia giusta per una delle parti e non per l'altra; una guerra giusta per ambedue i belligeranti è una contraddizione in termini. Si cercò di girare la difficoltà ricorrendo al concetto della buona fede: ognuno dei belligeranti crede, in buona fede, di essere dalla parte del giusto; ciò basta a rendere egualmente applicabili all'uno ed all'altro le regole del diritto bellico. Con questo però la valutazione delle cause della guerra perdeva ogni importanza; ed infatti nella stessa dottrina tradizionale finì per farsi strada l'idea che non ci sono guerre conformi o contrarie al diritto per la loro causa, ma soltanto pel modo con cui vengono condotte.

È singolare però che, dopo esser giunti a questo risultato, si continui a considerare la guerra come un mezzo giuridico, cioè come un mezzo per la difesa e la realizzazione del diritto. E forse non si va

lontani dal vero dicendo che questo concetto, assolutamente in contrasto con la realtà delle cose e con la riconosciuta incompetenza del diritto internazionale a valutare le cause della guerra, è ancora il più diffuso nella dottrina e soprattutto nella comune opinione.

Tuttavia non sono mancati tentativi di una diversa determinazione del rapporto che passa fra la guerra e il diritto internazionale. Si è detto da taluno che la guerra costituisce semplicemente uno stato o modo di essere contrapposto alla pace; e per verità sarebbe difficile negarlo, ma sarebbe anche più difficile trovare che con ciò si sia fatto un passo qualunque verso la soluzione del problema, che è la compatibilità della guerra con l'ordinamento giuridico dei rapporti fra gli Stati. Né giova di più dire che la guerra è una forma di relazione fra i popoli, destinata a soddisfare determinati bisogni al pari di ogni altra specie di relazione. Il Rettich, che è l'autore di questa teoria, si è preoccupato soprattutto di staccare la guerra dalla categoria dei mezzi giuridici, facendola entrare in quella dei mezzi di relazione: per questo lato il suo insegnamento rappresenta indubbiamente un progresso; ma, tranne questo risultato puramente negativo, lascia le cose allo stesso punto, perché nulla dice circa la possibilità che una relazione di violenza trovi posto nel diritto.

L'opinione che tende a prevalere nella letteratura più recente e rigorosa, è che la guerra è un mezzo pel soddisfacimento d'interessi giuridici e non giuridici indifferentemente quindi non valutabili nelle sue cause e nei suoi fini dal diritto, il quale può soltanto stabilire alcune regole attinenti alle forme in cui deve estrinsecarsi. Così, non più mezzo giuridico, ma semplicemente mezzo di tutela d'interessi. Che in questo concetto si contenga molta parte di vero, mi pare indubitabile, e risulterà da quanto verrò dicendo fra poco; ma altrettanto indubitabile mi pare che esso non basta a risolvere il problema. Poiché, infatti, la guerra si esplica in un'azione lesiva di diritti altrui, o bisogna dimostrare che l'ordine giuridico ammette che un subietto possa violare i diritti di altri subietti per soddisfare interessi propri, o altrimenti spiegare come il fatto bellico possa restare fuori dell'ordine giuridico. La prima tesi è manifestamente inammissibile: sarebbe come se lo Stato dicesse ai cittadini «non uccidete, non rubate, non falsificate documenti ecc. salvo che abbiate interesse a farlo». La seconda tesi, che cioè la guerra è fuori del diritto, può esser vera, ma resta da dimostrare come e perché; e la questione è tanto più delicata

se pensiamo che in ogni ordinamento giuridico, e quindi anche in quello internazionale, vige la regola che è giuridicamente permesso tutto ciò che non è giuridicamente vietato.

Per risolvere il problema è necessario determinare il rapporto che passa fra lo Stato e quel complesso di norme, cui si dà il nome di diritto internazionale. La questione, anzi, è tutta qui: la concezione della guerra rispetto all'ordinamento giuridico internazionale deve logicamente fondarsi sulla natura ed i caratteri propri dell'ordinamento stesso.

Il problema dei rapporti fra lo Stato e il diritto internazionale non è che una parte o un aspetto del più vasto e ponderoso problema concernente i rapporti fra Stato e diritto in generale.

È noto che la recente dottrina del diritto pubblico ha cercato di spiegare il fatto della sottoposizione dello Stato a norme giuridiche ricorrendo al concetto della auto-limitazione. Poiché, si è detto, il diritto emana dallo Stato e la volontà che si manifesta nella norma giuridica è sempre volontà dello Stato, il vincolo che ne consegue all'attività di questo è un vincolo che lo Stato impone a se medesimo: lo Stato diviene soggetto di diritti e di doveri giuridici, sia verso altri Stati, sia verso coloro che sono sottoposti alla sua potestà, in forza di un comando che rivolge a se stesso.

Ma il principio dell'auto-limitazione, tanto è giusto e fecondo nel campo della morale autonoma, altrettanto è arbitrario e deleterio nel campo del diritto, essenzialmente eteronomo. Anche se si potesse ammettere – ed è una concezione antropomorfica che incontra gravissime obiezioni – che lo Stato può sottoporsi alle proprie leggi nello stesso modo in cui l'uomo può sottoporsi ad una regola che dà a se stesso, non sarebbe perciò affatto dimostrato che ne derivi un'obbligazione giuridica e non un puro dovere morale. Anzi, poiché il procedimento sarebbe proprio dell'etica, ragion vorrebbe se ne desumesse che lo Stato ha dei doveri etici, ma non ha doveri giuridici. E infatti non si mette né si può mettere in dubbio dai sostenitori di questa teoria che lo Stato possa sciogliersi quando vuole dai vincoli che si è imposto; ora, caratteristica del dovere giuridico è proprio l'impossibilità che il subietto se ne sciolga quando e come a lui pare. Ma questa caratteristica è spiegabile soltanto sul terreno della eteronomia; un dovere giuridico autonomo è una contraddizione in termini. Si aggiunga che la teoria si risolve in un circolo vizioso: qual-

siasi atto di volontà produce conseguenze giuridiche in forza di un preesistente ordinamento giuridico; l'auto-obbligazione presuppone il diritto, mentre qui è assunta come punto di partenza della formazione del diritto.

Se vogliamo intendere come lo Stato possa esplicare un'attività regolata dal diritto, divenire un subietto di ordinamenti giuridici, la prima condizione è di non rinnegare, ma rispettare ed applicare rigorosamente le esigenze del metodo giuridico. E anzitutto quindi partire dal concetto fondamentale che di attività giuridica si può parlare soltanto in base a norme giuridiche precostituite, e quindi che tutta l'attività diretta alla costituzione di tali norme resta fuori della sfera del diritto, la quale incomincia soltanto dove finisce quest'attività. La funzione costitutrice dell'ordine giuridico non è dunque funzione giuridica, ma semplicemente una premessa del diritto.

Di qui deriva che se lo Stato ci apparisce nella duplice veste di costituente di norme giuridiche e di sottoposto all'autorità di queste norme, deve trattarsi di due manifestazioni, le quali, checché ne sia rispetto ad altri ordini di conoscenze, sono pel giurista assolutamente diverse e non possono in alcuna guisa venir ricondotte sotto un medesimo concetto. In altre parole, lo Stato-persona non è, giuridicamente parlando, la stessa cosa dello Stato-legislatore o costituente del diritto: questo è al di sopra e al di fuori del diritto, è una premessa, un prius rispetto al diritto; invece la personalità dello Stato, cioè la qualità di subietto di diritti e di doveri giuridici, sussiste nell'ordine giuridico e per l'ordine giuridico, è un posterius rispetto al diritto. Come fuori dell'ordine giuridico vi è, non la persona, ma l'uomo, così vi è, non lo Stato-persona, ma lo Stato fenomeno sociale, lo Stato-organismo etico, tutto, insomma, fuorché una concezione giuridica dello Stato. Lo Stato-persona è vincolato dal diritto, lo Stato-creatore del diritto sfugge ad ogni limitazione giuridica.

Nel diritto interno questa distinzione, e la conseguente sottoposizione dello Stato al diritto in determinate manifestazioni della sua attività, è divenuta praticamente possibile mediante la teoria della divisione dei poteri. Non a torto fu detto, da chi pur sostiene che nello Stato moderno il diritto è posto al di sopra di ogni attività, che la dottrina della separazione dei poteri è un presupposto necessario della concezione dello Stato come Stato di diritto, cioè dello Stato che esplica ogni sua attività secondo il diritto. Attribuita la funzione legi-

slativa ad un organo distinto da quelli cui sono attribuite le altre funzioni dello Stato, accade che la norma emanata dall'organo legislativo, e che solo da questo può essere abrogata o modificata, s'impone, finché vige, agli altri organi e regola altre attività dello Stato. Non è il caso neppur di accennare qui le difficoltà e i molteplici aspetti di una costruzione, che afferma insieme l'unità dello Stato e la contrapposizione della funzione legislativa alle altre funzioni statuali: tanto meno di fermarsi ad esaminare se e come dovrebbe essere integrata o corretta. Certamente la divisione dei poteri, e per la sua origine storica, e pel modo in cui fu concepita, se da un lato rese possibile la distinzione fra lo Stato legislatore e lo Stato esecutore (amministratore o giudice) e con ciò la sottoposizione dello Stato al diritto, dall'altro riaffermò implicitamente l'unità sociale e teleologica dello Stato stesso, e favorì il concetto di una personalità riferita anche allo Stato legislatore, con la conseguente teoria dell'auto-limitazione, intesa appunto nel senso che sia lo stesso subietto che crea il diritto come legislatore e gli è sottoposto come giudice e come amministratore.

Ma se in tal modo e per tal via la dottrina ha incontestabilmente ritardato e reso più difficile l'esatta concezione del fenomeno, ciò non deve farci dimenticare che in essa si è manifestata e per essa ha trovato una possibile applicazione pratica la necessità indeclinabile di distinguere, anche in riguardo allo Stato, l'attività diretta alla formazione del diritto dall'attività giuridica propriamente detta, che è posteriore e subordinata alla norma. E non è difficile vedere che la teoria della divisione dei poteri si è venuta svolgendo ed applicando in un modo che risponde sostanzialmente a questo concetto. Il punto fisso e sicuro di tale svolgimento sta infatti nella distinzione fra il potere legislativo e l'esecutivo in lato senso, comprendente ogni attività dello Stato diversa dalla legislativa. Le suddivisioni nel campo della funzione esecutiva, e specialmente quella fra amministrazione e giurisdizione, sono state sempre di carattere secondario e politico forse più che giuridico; tanto che l'accordo su di esse è molto meno completo che non sia l'accordo sulla divisione della funzione legislativa dalle altre considerate nel loro complesso. Egli è che la distinzione fra il legislativo e l'esecutivo è qualche cosa più di una distinzione di funzioni e di organi, così come l'intende la dottrina prevalente: è la distinzione fra due aspetti dello Stato completamente diversi per il giurista; e soltanto la infiltrazione di elementi sociologici e politici –

di cui il diritto pubblico, nonostante tanti autorevoli sforzi, male e lentamente si libera – spiega come siasi voluta affermare nel campo giuridico una unità che contrasta ai principi più certi delle nostre discipline. Ma la posizione tutta speciale del potere legislativo, che si esplica con piena indipendenza da ogni vincolo giuridico e costituisce soltanto una premessa della manifestazione della volontà statuale, mentre il potere esecutivo si esplica in dipendenza e in attuazione della legge, basta a mostrare la profonda differenza che li separa, e giustifica la tesi che lo Stato legislatore rimane nettamente distinto dallo Stato esecutore, al quale soltanto si possono attribuire diritti e doveri, perché diritti e doveri si hanno soltanto *de lege lata*.

Più delicata è la questione nei rapporti internazionali. Anche qui gli Stati ci appaiono come costitutori e come subietti dell'ordine giuridico. E per le ragioni già accennate i due momenti van tenuti assolutamente distinti; ma distinguerli non è facile, sia per quella considerazione unitaria dello Stato che nei rapporti internazionali s'impone inavvertitamente anche più che nei rapporti interni, sia per la mancanza di forme proprie della funzione costituttrice del diritto.

Gli scrittori antichi, e quel largo stuolo di moderni o modernissimi che ne continua la tradizione, non conoscono il problema, perché desumono le norme internazionali da una fonte a cui la volontà dello Stato rimane estranea, sia dessa la natura delle cose o l'umana ragione, sia anche la volontà della comunità internazionale intesa come un ente a sé, la magna civitas, nella quale gli Stati occupano la stessa posizione che hanno gl'individui nelle singole civitates. In questo concetto, lo Stato si trova dinanzi, bell'e formate, le norme che gli sono imposte ne' suoi rapporti con altri Stati: la costituzione dell'ordine giuridico, almeno ne' suoi momenti fondamentali, precede lo Stato, il quale ne è semplicemente suddito o membro.

Impossibile rifare qui la critica di una concezione che include tutto un sistema di filosofia giuridica, e che d'altronde è stata fatta già tante volte. Sol questo dirò: se è vero che il diritto suppone una pluralità di subietti, le cui azioni s'incontrino o interferiscano in un mezzo comune, e se perciò la possibilità di un diritto fra Stati è data con lo stabilirsi di una coordinazione fra gli Stati stessi in ragione di reciproci bisogni ed aspirazioni, è vero altresì che il diritto consiste nella determinazione obiettiva di un sistema di obblighi e facoltà reciproche, determinazione la quale non può essere opera che di una

volontà concreta. Essenziale all'esistenza del diritto è una volontà che lo affermi; i motivi, le condizioni che determinano tale volontà sono indifferenti. Ora, una volontà concreta capace di stabilire norme di condotta degli Stati non può esser cercata fuori degli Stati stessi; non, in particolare, nella cosiddetta comunità internazionale, che è soltanto un'espressione per designare il complesso degli Stati fra cui sussiste quel minimum di coordinazione etica, che rende possibile lo stabilirsi di rapporti giuridici.

Per tutt'altre ragioni e da tutt'altro punto di vista il problema scompare anche in quella teoria, che, sorta in intima connessione con le nuove idee intorno alla natura dello Stato e del diritto, rappresenta in certo modo la reazione più violenta contro il modo tradizionale d'intendere il diritto internazionale.

Non è senza un profondo significato che Hegel, per cui lo Stato è «la realtà dell'idea etica», sia stato il primo a risolvere esplicitamente il diritto internazionale in un diritto statutale esterno, cioè in un complesso di norme poste dai singoli Stati relativamente ai loro rapporti con gli Stati. In questo sistema, anche se combinato, come si è fatto più di recente, con la teoria dell'auto-limitazione, vien meno un vero ordine giuridico internazionale: il problema della distinzione tra l'attività dello Stato diretta alla costituzione dell'ordine giuridico e l'attività dipendente da questo, è lo stesso che ho prima accennato parlando del diritto interno.

Ma la teoria è in contrasto coi fatti e non dà ragione di quel che dovrebbe spiegare. Se fosse vero che le norme relative ai rapporti fra Stati sono norme di diritto statutale, la loro inosservanza da parte dello Stato che le ha emanate costituirebbe un fatto insindacabile dagli altri Stati, al pari dell'inosservanza di qualsiasi legge interna; l'efficacia di tali norme dipenderebbe esclusivamente dalla volontà dello Stato che le emana; questi potrebbe sempre abrogarle o modificarle, e l'atto suo, qualunque ne fosse la valutazione etica, dovrebbe essere riguardato come giuridicamente indifferente. Ora, se vi è una convinzione che emana limpida e indiscutibile da tutta la storia delle relazioni internazionali, che si manifesta in mille guise, ad ogni occasione, ad ogni momento, questa è certamente che lo Stato non può sottrarsi a piacer suo da certi obblighi verso altri Stati. D'altronde, le norme di diritto statutale esterno, a cui si vorrebbe ridurre il diritto internazionale, esistono veramente, e la loro analisi dimostra che

sono tutt'altra cosa delle norme che riguardano la condotta reciproca degli Stati. Appunto perché emanano dalla volontà statale contengono una disposizione obbligatoria, che si rivolge a subietti dipendenti dall'autorità dello Stato; la condotta contemplata dalla norma è un'attività dello Stato o di persone a lui sottoposte, che può bensì interessare uno Stato estero, ma che non riguarda mai, perché non può riguardarlo, un rapporto fra i due Stati. Ond'è che queste norme non escludono affatto né sostituiscono altre norme regolatrici dei rapporti interstatuali, ma ne sono anzi spesso, direttamente o indirettamente, una conseguenza.

Così, se l'art. 246 del cod. per la marina mercantile stabilisce che, in caso di guerra fra Potenze colle quali lo Stato si mantenga neutrale, non saranno ricevute nei porti, nelle rade o nelle spiagge dello Stato navi corsare o da guerra con prede, se non nel caso di rilascio forzato; se l'art. 129 del cod. penale punisce l'insulto all'emblema di uno Stato straniero; se l'articolo unico della legge 28 dicembre 1902 stabilisce che i membri stranieri di tribunali arbitrali costituiti in base alla convenzione dell'Aia per il regolamento pacifico dei conflitti internazionali godranno, nell'esercizio delle loro funzioni, i privilegi e le immunità riconosciute agli agenti diplomatici; è evidente che queste disposizioni, le quali sono veramente di diritto statale esterno, sono ben diverse dalle norme le quali dicono: uno Stato neutrale non deve ricevere ne' suoi porti navi corsare o da guerra belligeranti con prede, tranne il caso di rilascio forzato; uno Stato non deve tollerare che nel suo territorio s'insultino impunemente gli emblemi degli Stati esteri; gli Stati firmatari della convenzione dell'Aia pel regolamento pacifico dei conflitti internazionali devono accordare i privilegi e le immunità diplomatiche ai membri stranieri dei tribunali arbitrali nell'esercizio delle loro funzioni. Queste seconde riguardano veramente il comportamento reciproco degli Stati e stabiliscono rispettive facoltà ed obblighi, laddove l'art. 246 del cod. per la marina mercantile ordina agli ufficiali di porto di non ammettere navi da guerra o corsare con prede, l'art. 129 del cod. penale proibisce d'insultare gli emblemi di Stati esteri e commina una pena contro i trasgressori, la legge 28 dicembre 1902 accorda certi diritti a determinati individui.

Qui interessano soltanto le vere norme internazionali, quelle che riguardano la condotta reciproca degli Stati. Se queste norme sieno

giuridiche o no, è questione d'importanza assai relativa. È certo che, e nella loro struttura formale e nella tecnica della loro applicazione, presentano una stretta analogia con le norme giuridiche interne; è certo altresì che quest'ultime hanno alcuni caratteri che non si riscontrano nelle prime. Forse la questione è più di parole che d'altro, o, se par meglio, è in gioco il concetto generale del diritto, i cui caratteri formali possono esser determinati in modo più o meno rigoroso e comprendere o no le norme di cui parliamo. Comunque si pensi su ciò, fatto è che le norme esistono e di fronte ad esse vuol esser posto e determinato il problema che c'interessa.

Messa da parte la concezione di un diritto che vien da natura, che sussiste ed obbliga pel solo fatto che le cose sono costituite in un dato modo, la dottrina più recente, uniformandosi ad esigenze indeclinabili del pensiero, che già avevano avuto pieno riconoscimento in altre parti della giurisprudenza, ha riposto la fonte formale delle norme internazionali nella volontà collettiva degli Stati. Questa non è volontà di un soggetto distinto dagli Stati, è semplicemente il risultato della riunione di più volontà di contenuto identico, che si obiettiva in una norma e sussiste in essa e per essa. La norma internazionale è pertanto la dichiarazione di una volontà diversa da quella dello Stato; donde consegue – coerentemente alla comune persuasione – che non è in facoltà dello Stato di sciogliersi dall'obbligo di osservarla: prodotto di una volontà che non è dello Stato, ma di più Stati, la norma non può essere abrogata o modificata se non col concorso di tutti gli Stati che l'hanno costituita. In tal modo si afferma la subordinazione dello Stato alla norma ed il carattere nettamente eteronomo di questa, pur restando fermo il principio che lo Stato non può essere obbligato senza la sua volontà, giacché la norma non si costituisce, rispetto a lui, se non in quanto ha concorso a formare la volontà collettiva in essa obiettivata. Partendo da questa base, per cui la norma-volontà degli Stati è nei rapporti internazionali quello che la norma-volontà dello Stato è nei rapporti interni, la dottrina ha costruito un sistema completo, ove s'inquadrano tutte le relazioni sorte fra gli Stati in forza di norme dipendenti dalla loro volontà collettiva: il complesso di tali norme costituisce quello che si dice «ordinamento giuridico internazionale».

Orbene: se la norma internazionale è il prodotto dell'accordo di volontà statuali, lo Stato ci si presenta anche qui nel duplice aspetto

di costituire dell'ordine giuridico e di subietto dei diritti e dei doveri che ne conseguono. Posizione di norme è manifestazione di volontà nuova, mentre attività giuridica è realizzazione di volontà preesistente nelle norme. Gli Stati agiscono come subietti dell'ordine giuridico internazionale quando attuano la volontà contenuta nelle norme, esercitando le facoltà e adempiendo i doveri che esse stabiliscono: così, per esempio, lo Stato che esige la concessione di determinati privilegi agli agenti diplomatici che invia presso altri Stati, e concede i detti privilegi agli agenti inviati presso di lui; lo Stato che, in base ad un precedente trattato, chiede ad un altro Stato l'esecuzione di una commissione rogatoria o eseguisce quella chiesta da un altro Stato; lo Stato che, nella stessa ipotesi, chiede od accorda l'estradizione di un individuo; e via dicendo. Quando invece si tratta di costituire una volontà nuova o che comunque modifichi le norme vigenti, sia in generale, sia per un caso determinato, gli Stati non agiscono più come subietti dell'ordine giuridico internazionale, ma come creatori, costitutori dell'ordine stesso. E mentre in quella prima attività, e in quella soltanto, appaiono investiti di diritti e di doveri giuridici, ossia incontrano limitazioni giuridiche della loro volontà, nessun limite è concepibile agli atti volitivi degli Stati come creatori di norme, come costitutori dell'ordine giuridico internazionale, appunto perché si tratta di attività pregiuridica, che non deve né può essere dal giurista qualificata, così come non è giuridicamente qualificabile il contenuto della volontà che si manifesta nella funzione legislativa. In questo campo gli Stati possono volere qualsiasi cosa e tutto ciò che vogliono può diventare il contenuto, come di leggi interne, così di norme giuridiche internazionali.

Se questo è vero, il problema che ci eravamo proposto trova ormai una facile soluzione: la guerra è, nelle sue cause e nelle sue finalità, fuori del diritto perché è attività diretta alla costituzione del diritto. Mentre l'ordine giuridico interno è il prodotto della volontà di uno Stato, il quale perciò può sempre modificarlo e plasmarlo a piacere suo, l'ordine giuridico internazionale è il prodotto della volontà di più Stati e soltanto da questa volontà può essere via via modificato. Lo Stato il quale, per soddisfare a propri interessi, vuol modificare l'ordine giuridico vigente, non può far altro che provocare la formazione della volontà collettiva idonea ad attuare la modificazione voluta. Tale volontà può formarsi spontaneamente, in quanto

la modificazione risponde al comune interesse, e può invece essere il risultato di azioni compulsive di vario genere esercitate da uno o più Stati su altri Stati. La volontà di uno o di alcuni Stati di modificare il diritto vigente val quanto la volontà di uno o più altri Stati di lasciarlo immutato; questa e quella sono ugualmente fuori del diritto, quindi valutabili da un punto di vista etico o politico, non giuridico. Ove non sia possibile, mediante reciproche transazioni e rinunzie, un'intesa che soddisfi ai vari interessi in contrasto, soltanto la forza morale o materiale, che gli Stati effettivamente possiedono in quel dato momento, deciderà se e quali modificazioni debbano introdursi nell'ordine esistente: non sarebbe neppur concepibile che il volere di uno Stato, o anche di molti, arrestasse il perpetuo divenire dell'umanità. In questo senso è verissimo che l'ordine giuridico internazionale è il prodotto della volontà dei più forti, come lo è del resto, anche se in modo meno apparente, l'ordine giuridico interno: non dunque perché esista un diritto della forza, ma perché nei conflitti fra gruppi sociali, che costituiscono da sé il diritto regolatore dei loro rapporti e sono perciò insieme legislatori e sudditi, è inevitabile ed è anche eticamente giusto che la volontà normativa sia, in fatto, il prodotto di quei gruppi, che, avendo l'attitudine ad imporsi, mostrano, con ciò stesso di avere qualità superiori a quelle dei gruppi a cui s'impongono.

Compito della civiltà non è d'impedire il predominio dei forti, ma di far sì che la forza sia determinata sempre più da elementi intellettuali e morali e l'ordine giuridico si avvicini così progressivamente all'ideale etico, col quale peraltro non potrà mai confondersi né scambiarsi.

SAGGI

SOMMARIO: 1. Introduction. – 2. At the origins of modern solidarity The French model. The Enlightenment. – 3. The concept of solidarity and the third way between socialism and capitalism. Léon Bourgeois. – 4. Solidarity between the two World Wars. – 5. Solidarity after World War II. – 6. Solidarity in European law. – 7. The case law of the Court of Justice. – 8. The case law of the European Court of Human Rights.

1. *Introduction*

The Preamble to the Charter of Fundamental Rights states that the Union, is founded “on the indivisible and universal values of human dignity, freedom, equality and solidarity; (...) on the principles of democracy and the rule of law”. It places the individual at the heart of its activities, by establishing the citizenship of the Union and by creating an area of freedom, security and justice”. This great institution created to “promote balanced and sustainable development,” is today in search of a more secure future and a stronger glue. Inside the European legal system solidarity is the pillar of Welfare State.

However, of all the values on which the European Union is founded, solidarity appears to be the most ethereal, by some stretch even the most equivocal, although it can boast, like the others, an august tradition. Solidarity is not only a value or principle endowed with philosophical and moral significance, it is a value or principle with a legal content, and therefore it is a preceptive instrument to the realization of social ends. Decoding solidarity, in order to fully understand its potentialities, misrepresentations and mystifications, has therefore become, today more than ever, a task entrusted to jurists.

The very extensive literature on the subject obviously counts contributions of great impact and usefulness in the Anglo-American world, where, however, solidarity is seen mainly under the lens of the “common good,” or of the dialectic between communitarianism and

* Abridged version of *Solidarietà. Un principio normativo*, Il Mulino, Bologna, 2022.

individualism, as well as under the forms of aspirations for social justice. In the French-speaking world, where solidarity appears to be coupled with fraternity, this term recalls revolutionary ideals, the sociological currents of the 19th century, and the radical solidarism of the early 20th century.¹

From a lexical point of view, the expression does not say much except a singularity.: as is often repeated, it is derived from another word, the Latin *solidum*, which, in addition to designating a noun, also denotes an adjective: in its direct meaning, it indicates a portion of concrete substance, essentially different from that which is liquid or airy, and in its transfigured meaning it means full or “whole.” In the world of law, it is connected with the concept of debt, that is, with one of the forms in which debt can be configured: the debtor is “jointly and severally” liable (as was already the case in Roman law) towards the creditor. The creditor can demand that the obligation be fulfilled in full from only one of the debtors, and the latter must fulfill it, without prejudice to his right of recourse against the others. The tradition of Roman law has transmitted to us this formula. The situation presupposes a dual relativity: the relationship of the debtor to the other joint debtors and all together and singularly to the creditor. Debtors jointly and severally liable thus experience a common contingent situation. From the legal language, still reported in its original meaning in Diderot and D’Alembert’s *Encyclopedia*, the term *solidarité* has been transposed into common language and has acquired a meaning – still very general – of mutual responsibility. It is a French word, and from French it has been poured into the Italian language; Niccolò Tommaseo records it in his vocabulary in 1847 as an “ugly Frenchism.” In the same era it conquers the German language (*Solidarität*) and the English language (solidarity).

¹ In research on the topic, legal aspects are mostly neglected, as they are ancillary to philosophical or political aspects. Hence, the need to counterpoint metalegal studies with a narrative that moving, from the earliest constitutions, documents the intertwining of norms with ideas and values. Several paths could be chosen to accomplish this task: the evolution of the concept of property, or that of person, or contract, or harm, or democracy or power or sovereignty. In today’s difficult and calamitous times it seemed more congruous to me to rethink the principle of solidarity as the reason for living, living fully and not just surviving, in a social agglomeration we call community: RODOTÀ, *Solidarietà. Un’utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014.

2. *At the origins of modern solidarity The French model. The Enlightenment*

Mirabeau (1789) and Danton (1793) had used concepts such as “solidarité” and “solidaire” in the National Assembly in a sense that constitutes at least a middle ground between the legal meaning of joint and several liability and the more recent meaning of the principle of sociality. But “solidarity” or rather “fraternity”, as this term was declined in those days, does not appear in the text of the Declaration of Rights of Man and Citizen approved in 1789: the words *liberté* and *égalité* were not followed by the word *fraternité*, as is often thought. Solidarity or fraternity were words ignored during the Napoleonic era.

It will be necessary to arrive at the Republican Constitution of 1848 to find the idea of *fraternity* associated with *liberté* and *égalité*.

The uprisings of 1848 marked the end of the Restoration and incorporated the ideals of a democracy more attentive to social needs. The Constitution of the Second Republic, several times insists on fraternity as the rule of relations between state and citizen and among citizens.²

Fraternity or solidarity become the preserve of socialist thought, in France and Germany.

Solidarity is a principle of distributive justice, universal and immutable.

The Second Republic combined democratic order with social aspirations and with obstinacy had created an associative and cooperative network preaching a life of collaboration and mutual aid to support the humble and oppressed in order to prevent riots and political upheavals.

But these ideas had a very short life, they lasted only three years. With the election of Louis Bonaparte as President of the Republic,

² The preamble of the Constitution passed in 1848 says:

In presence of god, and in the name of the French people, the National Assembly proclaims:

II. the French republic is democratic, one and indivisible.

III. It recognizes rights and duties anterior and superior to all positive laws.

IV. Its principles are liberty, equality, fraternity. Its basis is family, labor, property, and public order.

Welfare state in nuce and legal concept of fraternity, however, will become an expression of another political conception, the variegated but mighty one of socialism, first on the political level and then on the legal level.

and after the coup d'état organized by him in 1851, a new Restauration of the bourgeois order was realized.

In any case the seed had been sown.

In Germany it will be up to Lassalle to recover the concept of solidarity, as elaborated in France, at the expense of the fraternity that circulated in the works of the utopian socialists.

Along this line both French radicalism and socialism will develop throughout Europe.

In Italy (and beyond) the thought of Giuseppe Mazzini emerges strongly and with great success. Mazzini is contrary to the ideas of Karl Marx, for him solidarity between individuals should replace the struggle of classes.

Everywhere the principle of solidarity develops the cooperative movement, the aggregation of people who, by working together, found labor cooperatives, or by procuring essential resources for life and family, and trading them at affordable prices, found consumer cooperatives, and share activities, benefits and responsibilities. The legal forms these initiatives take do not correspond to those proper to profit-oriented initiatives: in the business world, cooperatives take ad hoc legal forms.

In the early decades of the nineteenth century one of the pioneers of cooperativism was Robert Owen, to whom we owe, the founding in England of associations with a mutualistic purpose, which had elaborated plans for social reform in the sense of solidarity.

We should not forget that solidarity was the pillar of movements created by women not only to claim their rights but also to bring their contribution to world peace.

That movement takes its start on the battlefields on which modern nursing is established, in the care of the wounded. Florence Nightingale is the pioneer, carrying out her apostolate of ideas, and devoting herself to the care of the wounded first in the clashes between the patriots of the Roman Republic and the French troops, in Rome in 1849, and then in the Crimean War, in Scutari, in 1854. Numerous since then have been the women who have devoted themselves to medicine, biology, and the care of the handicapped.³

³ Beyond the originality of ideas, they discount belonging to a gender considered a minority. Hence the connection between solidarity activity and the defense of women's

3. *The concept of solidarity and the third way between socialism and capitalism. Léon Bourgeois*

Beyond the legal aspects of solidarity in the law of obligations and the debtor relationship, and beyond its pregnant ideal content, solidarity has been used to achieve very different ends. Hence the ambiguous contours it presents.

Leon Bourgeois champions solidarity studies. The reasons for this success are many. First, he is one of the first authors-among jurists first and foremost, since he was a lawyer who had embraced a political career-to use the concept of solidarity to find a foundation for society. In addition, the exaltation of solidarity allowed him to give political answers to social demands coming from the working class, and to trade unionist and socialist claims. Solidarity, for Bourgeois, constituted a third way from liberalism and socialism to arrive at social peace.⁴

Bourgeois was a member of parliament for many years, Prime Minister, founder of the League of Nations, and even earned the Nobel Peace Prize.

In his booklet published in 1896 by the Librerie de la Societé des Gens de Lettre⁵ Bourgeois moves from social-political ideas to describe the scientific doctrine of natural solidarity and arrive at a definition of the practical doctrine of social solidarity.

The fourth chapter of the booklet is devoted to “man’s debt to society” and the “quasi-social contract.” It is the reinterpretation in

rights. Ernestina Paper and Maria Montessori are remembered the former for caring for children and the latter for the creation of a teaching method that harmoniously develops child psychology.

Elizabeth Garrett Anderson founded the women’s hospital, and Marie Curie through radiotherapy revolutionized physics and medicine. Better known are the women who militated in associations, unions and political parties to defend gender rights, from Olimpia de Gouges to the militants of the Suffragette Movement, Susan B. Anthony and Elizabeth Cady Stanton, or militated for noble causes, such as Cristina Trivulzio di Belgioioso and Annamaria Mozzoni.

⁴ The rise of the Radical Republican Party in France at the end of the nineteenth century, at first alongside the Socialist Party and then independently of it, and even in opposition to it, occurs by placing this principle in the table of social values in order to gain popular consensus.

⁵ *La solidarité*, Paris, 1896; a few years after this first booklet Bourgeois published an extended version, *Philosophie de la solidarité*, now reprinted, Paris, 2002.

simplified and original legal terms of the social foundation of the human aggregate carried out using the categories of private law, a kind of transfiguration of legal relations arising not from contract but from quasi-contract, as if it were possible to mechanically transplant technical concepts of private law concerning the debtor-creditor relationship into the field of public law and political philosophy concerning the organization of society.

We must not forget-Bourgeois was a lawyer and that the Code civil provided for the regulation of the joint and several obligation with two provisions derived from Roman law.⁶

Bourgeois, in a footnote, recalls legal doctrine, in particular the commentary to the Code civil by Aubry and Rau, who had used the quasi-contract institute to justify the patrimonial liability of partners in the de facto partnership. Indeed, the institution had been revitalized in a very relevant affaire decided by the Court of Cassation in 1892.⁷

Quasi-contract gives rise to restitution for unjust enrichment, or the restitution of payment wrongfully made not to the creditor but to a third party.

It is not necessary to be a fine jurist to understand the fallacies of this reasoning. And yet the translational use of quasi-contract breaches the consideration of colleagues and politicians of the day.⁸

One should ask oneself why this is so.

⁶ Art. 1197. - L'obligation est solidaire entre plusieurs créanciers lorsque le titre donne expressément à chacun d'eux le droit de demander le paiement du total de la créance, et que le paiement fait à l'un d'eux libère le débiteur, encore que le bénéfice de l'obligation soit partageable et divisible entre les divers créanciers. Art. 1198. - Il est au choix du débiteur de payer à l'un ou l'autre des créanciers solidaires, tant qu'il n'a pas été prévenu par les poursuites de l'un d'eux. Néanmoins, la remise qui n'est faite que par l'un des créanciers solidaires ne libère le débiteur que pour la part de ce créancier. (old text).

⁷ MANNINO and OPHÉLE, *L'enrichissement sans cause. La classification des sources des obligations*, Paris, 2007. Bourgeois, continuing the analogy between human society and civil law society holds that there are common debts contracted between the partners, which retroactively affect the past so that just as the partners in a common law partnership carry on a business even without having signed a contract, drawing profits from it but contracting debts. The debts, in the case of human society, are to ascendants and descendants, but also to other men in the human consortium, because by living in society one acquires benefits and thus incurs debts (which the author considers natural and moral).

⁸ AUDIER, *Léon Bourgeois: Fonder la solidarité*, Paris, 2007.

Somewhat simplistically, we might answer that it was the idea itself of solidarity that made inroads in a glowing political climate that needed to find a way out of the social claims of the working class. Or, that the appeal to the Code civil, a monument of legal wisdom, reinforced on the side of prestige and coerciveness an idea that was being used to explain the political relations underlying human consortium.

4. *Solidarity between the two World Wars*

The model of contemporary constitutions, which, alongside the tripartition of powers and the organization of the state, also provide for a Bill of Rights in which the rights (and duties) of citizens are enumerated, is found in the Weimar Constitution of 1919. These are all purposes that paint a society in which forms of collective protection are offered alongside the protection of individual rights, while at the same time imposing duties that benefit the community. Even freedom of contract is mentioned and protected (Art. 152).

The provisions already configure a wide-ranging socio-economic program, which goes far beyond the proclamation of the rights of liberty, and combines political needs with requirements related to material life, work, and the needs of each person, considered as an individual and in the family of which he or she is a part, opening horizons that go beyond mere survival, with the 'intention of achieving social peace

Solidarity, which in the early twentieth century cements the radical party in France and is the basis for the management of power with the socialist party, becomes a weapon, in the hands of illiberal regimes, to legitimize their power.

Also during the Nazi regime solidarity was used with ideological aims.⁹

Significant examples of this are the Portuguese Constitution of 1933, enacted following the coup d'état of Antonio Oscar Carmona and Antonio de Oliveira Salazar, and the Spanish Fuero del Trabajo of 1938 signed by Francisco Franco during the civil war, which would end with the victory of the Falangists a few months later.

⁹ KATER, *Culture in Nazi Germany*, Yale, 2019.

5. *Solidarity after World War II*

Solidarity changes face after World War II.

It is no longer just the foundation of an embryonic welfare state, but becomes one of the fundamental purposes of the State. The English system becomes a model for all of 'Europe.

William Henry Beveridge writing the Report commissioned by Parliament in 1942, when Britain had just emerged from the Nazi air siege that had destroyed major cities. He also wanted to give hope of redemption and gratification to a population so stricken that it had managed to hold on to its dignity and the strength to resist but also to attack the aggressor. "Inactivity, ignorance, disease, misery, and aspiration" were the "five giants" against which the Report relied to map out a forward-looking and challenging plan of action. A plan so revolutionary that the government wavered two years before publishing it. At the end of the war, Winston Churchill having fallen, Lord Attlee made it his own.¹⁰

The influence of the English Model can be felt in the drafting of the Italian Constitution passed in 1948, where solidarity stands out in the opening norms, where Article 2 stipulates that the Republic "requires the fulfillment of the mandatory duties of political, economic and social solidarity." The term is used as if its meaning is

¹⁰ It has been pointed out that the novelty of William Henry Beveridge's Plan was that social security was all-encompassing and extended to all: unemployment benefits and pension, after a transition period, would be of the same amount, regardless of prior income level. The Report also provided for heavy taxation in order to bear the support of benefits and pensions, which were to be extended to everyone, even those who had not paid contributions. It was, in short, "The price of peace, 1945," which the community, that is, the State, had to pay in order to legitimize itself and refound the social compact. (See WUNDERLICH, *The Beveridge Plan. New School for Social Research*, New York, 1943; Fraser, *The Beveridge Report*, Abingdon, 2022).

The Plan soon became a model of social doctrine in all Western countries; indeed, it is believed that it became more popular abroad than at home. Freedom from want had conquered the threshold of normativity, and had become one of the cornerstones of the reformers.

The Beveridge Plan, as a model of the Welfare State, also had a great influence in Italy, and is believed to have affected the discussion and drafting of the economic constitution provisions drafted by the Constituent Fathers. Social insurance linked with voluntary insurance would have allowed the free market-whose size was unfamiliar to the Constituents-to operate without deepening social imbalance, which could be reduced through a shrewd tax system.

clear and unambiguous, to the point of considering it as expressive of a precept from which obligations derive in the head of all men.

Fraternité is a value underlined in the Preamble of the French Constitution, passed in 1946; and solidarity is a principle recognized in the Portuguese Constitution, 1976 and in the Spanish Constitution, 1978.¹¹

6. *Solidarity in European law*

The history of the idea of solidarity in the modern sense shows that this value took root in the European West in the nineteenth century, was constitutionalized, and became a founding principle of many legal systems, and was already a common value/principle long before European sources of law referred to it.

Rereading now the texts of the founding treaties of the European Union, beginning with the 1957 Treaty, in the light of this narrow history, the term of solidarity can be given a more solid content. Certainly, it is a polysense term. It is used many times, in different contexts.

Now Art. 6 of the TFUE provides that fundamental rights are equated with principles: «Fundamental rights, guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and resulting from the constitutional traditions common to the Member States, are part of Union law as general principles» (§ 3).

Being incorporated in constitutional texts, the principle of solidarity has aspects that jurists cannot underestimate because: (i) it is a term/concept/notion of a legal nature, (ii) it has value as a principle, (iii) it is a principle common to the Member States of the Union; (iv) it is a principle mentioned in many primary sources of the Union.¹²

¹¹ More details in ALPA, *La solidarietà. Un principio precettivo*, Bologna, 2022. Here the reader may find also references to the social doctrine of the Catholic Church, beginning with the encyclical *Rerum Novarum*, 1891.

¹² In the legal text, as enunciated by the constitutions, the terms used, the words that compose it, are not written casually. Each term has its own meaning, taken in isolation, colored by the overall meaning of the proposition in which it is dropped. In other words, “language makes itself law”. The jurist not only “does things with words”

7. *The case law of the Court of Justice*

The Court of Justice plays a major role not only in resolving cases of internal conflicts within the EU administrative organization

but, through words, does things with rules. In our literature this aspect of the machinery of law is well present and constitutes one of the cornerstones of 'legal hermeneutics'. Now having decided-in a process of approval of a constitutional text by an elected body-to include a particular term in a legal proposition is not a politically (and legally) irrelevant fact: if it is already implying the reason why that term was chosen to compose a legal text, even more significant is the fact that that term was elected to make up a constitutional text. The constitutional value implies that that term is not only cogent, but also rises to the role of a guiding principle.

What is more, since it was constantly taken up by the constitutions of the member states, it had to be considered a common principle, a value in the proper sense, and thus had already been recognized before it was literally mentioned in the Charter of Rights of the Union and before it was part as a pillar of the table of values on which it is based.

Therefore, the objections that are made, even today, to the principle of solidarity, trying to undermine its role, appear misleading: it is doubted that it has a legal value, and it is believed that the principle summarizes third-generation rights, thus not political rights, nor social rights in the proper sense, but rights related to consumer protection, the environment, and subjective legal positions that can be claimed against public authorities. And therefore the term would be too broad, and, having such a composite content, also equivocal.

It may therefore seem curious that analyses of the sources of the European Union's legal system do not include solidarity among the fundamental principles applied. Takis Tridimas, for example, identifies equality, proportionality, legal certainty, protection of reasonable expectations, fundamental rights, the right of defense, and compensation for damages as general principles with constitutional status (*The General Principles of EU Law*, Oxford, 2022).

Solidarity is not even mentioned in the 'index of terms used without adding that in his view the principles have interpretative rather than directly applicative significance. Norbert Reich, (*Genral Principles of EU Law*, Cambridge, 2017) although attentive to the social aspects of European law, in describing the general principles of European Union civil law, instead of referring to solidarity prefers to deal with the principle of protection of the weaker party, along with autonomy, non-discrimination, effectiveness, balancing of interests, proportionality, good faith and, with some doubt, the prohibition of abuse of rights. For the principle of solidarity he does not reserve even one entry (save that in bond solidarity) in the Encyclopedia of European law edited by Marx Planck of Hamburg.

On the contrary, Juergen Basedow expounds extensively on the resources of the principle and its application in various areas of the European legal system; significant components of this area are the principle of equality and non-discrimination, the principle of good faith, the protection of the weaker party, and the protection of the employee (*EU Private Law. Anatomy of a Growing Legal Order*, Cambridge, 2021).

but also in defining conflicts between EU bodies and private individuals, protecting fundamental rights, and dictating the interpretive rules that shape the meaning of the sources of EU law.

This has also been the case in defining the meanings of solidarity. Some cases have become milestones in the judges' construction of the meaning of solidarity.

To follow the proper articulation of EU bodies, one case is about solidarity between states, the other case is about solidarity of a state with non-EU nationals, although this classification does not exclude that, in fact, solidarity operates simultaneously at other levels as well, for example, between private individuals, even those not endowed with the same nationality.

The Court of Justice has applied this principle in an impressive number of cases. A search of the Court's website gives evidence, as of early 2022, of no less than 13059 judgments that made use of the term "solidarity," 11271 that employed the expression "social solidarity," 8065 that made use of the expression "human solidarity."

Beyond the frequency in the use of this term and beyond the application of this principle, research on the subject has revealed five different meanings of solidarity: (i) solidarity as a modern representation of the charity of tradition; (ii) solidarity as mutual support; (iii) solidarity as a tempering of economic risks; (iv) solidarity as a limitation on the individual exercise of fundamental rights; and (v) solidarity as a limitation on economic freedoms and competition.

These different meanings indicate that the division into three groups according to whether one refers to solidarity between individuals, between states and citizens, and between the Union and states is rather artificial and does not fully express the potential of such a relevant value.

That is why new interpreters point out that the Court could have been more generous in its use of the principle, taking into account the needs of citizens.

Needs that are not met even by entities that engage in activities to support the vulnerable, as other recent research shows.

Solidarity offers the ground of the European Pillar of Social Rights.¹³

¹³ SCIARRA, *Solidarity and Conflict: European Social Law in Crisis*, Cambridge, 2019.

8. *The case law of the European Court of Human Rights*

The Strasbourg Court applies the European Social Charter, introduced in 1961 and then amended in 1990 and 1994. Although referred to in the ‘Single Act of 1986, the Social Charter does not completely overlap with the social law standards that can be derived from the Treaties and the Nice Charter. What’s more, with the Court of Justice having blocked the European Union’s accession to the Convention on Human Rights in its second opinion in 2014, this disassociation, this, so to speak, squinting view of social rights in Strasbourg, Brussels and Luxembourg, ends up weakening the social system in Europe and diminishing the consistency of European citizenship.

The overall picture of the work done by the EDU Court is drawn from the Report of the European Committee for Social Rights, which indicated the areas in which violations of the Convention have been recorded: health and safety, especially in work related to the digital market; occupational accidents and diseases; life expectancy, which varies according to gender, regions, urban and rural areas, income and level of culture; infant mortality; the situation of the elderly; the general health situation; and social security. The collection of cases is significant: it involves Italy mainly in the treaty of Rome.

Solidarity, combined with European citizenship and the principle of dignity and equality, proves to be an operational tool for achieving more promising social justice. It is now balanced with the principle of sustainability, and through it is considered one of the ESG (Environmental, social, and corporate governance), an umbrella term that refers to frameworks designed to be integrated into an organization’s strategy to create enterprise value by expanding the organizations objectives to include the identification, assessment and management of sustainability-related risks and opportunities in respect to all organizational stakeholders (including but not limited to customers, suppliers and employees) and the environment.

Abstracts

Il principio di solidarietà è oggetto di un dibattito acceso in ambito europeo, dal momento che per alcuni studiosi si tratta di un val-

ore equivoco, ambiguo ed esile. Per contro l'A. ripercorrendo la storia del termine, e il suo uso nei testi normativi, ne ricava la conclusione che si tratta di un principio costituzionalmente condiviso dai Paesi Membri e più volte citato nelle fonti primarie dell'Unione europea, ed ha quindi non solo un valore politico ma anche un valore giuridico. In altri termini, è un principio giuridicamente vincolante.

Abstracts

Solidarietà è termine antico, nato con contenuti giuridici e poi traslato nel vocabolario politico e sociologico. Nell'Ottocento è diventato il vessillo della "fraternità" o utilizzato per indicare la terza via tra il capitalismo selvaggio e il socialismo rivoluzionario. Di questo principio di sono appropriate le costituzioni, innanzitutto la Costituzione di Weimar, che per prima ha tratteggiato un embrione di Stato sociale, poi le costituzioni degli Stati totalitari – in particolare Portogallo e Spagna – ed infine, dopo la Seconda guerra mondiale, le costituzioni democratiche. Il principio è penetrato nel diritto dell'Unione europea, ed è stato proclamato nella Carta dei diritti fondamentali. La Corte di Giustizia lo ha utilizzato in molti contesti, prevalentemente con riguardo ai diritti dei lavoratori, ma avrebbe potuto farne un impiego anche più lato.

Solidarity is an ancient term, born with legal content and then translated into the political and sociological vocabulary. In the 19th century it became the banner of 'fraternity' and used to indicate the third way between savage capitalism and revolutionary socialism. Constitutions have appropriated this principle, first of all the Weimar Constitution, which first outlined an embryonic welfare state, then the constitutions of totalitarian states – particularly Portugal and Spain – and finally, after the Second World War, democratic constitutions. The principle has penetrated European Union law, and has been proclaimed in the Charter of Fundamental Rights. The Court of Justice has used it in many contexts, mainly with regard to workers' rights, but it could also have been used more broadly.

Il diritto come esperienza. Ricordando Paolo Grossi

Paolo Cappellini

“Io non sono fatto per il breve e il rapido:
per noi dell'altra civiltà quello che vale è il
lungo e il lento. Soprattutto il lento”.

“Questo incanto che dà il passato, questo
magico trasformarsi del passato in poesia è
proprio il segno che l'anima dell'uomo
non può stare chiusa nel presente cioè nel
tempo: ha bisogno di uscire dal tempo”.

Giuseppe Capograssi

Non è neppure un anno che Paolo Grossi ci ha lasciato e, per tutti coloro che lo hanno conosciuto, e per noi che abbiamo avuto la ventura di essere stati suoi allievi, il senso di vuoto, di perdita lungi dall'affievolirsi diventa se possibile ancora più forte, più doloroso. Ma, accanto ad esso, cresce anche un altro sentimento. Un sentimento di gratitudine per quanto ci ha dato nell'amicizia dell'incontro, per essergli stati vicini, per avere avuto l'occasione, la fortuna di seguirlo in una parte del suo itinerario ed aver potuto attingere alla sua parola, al suo insegnamento.

Quello che è stato il destino, la buona sorte, o, piuttosto, la provvidenza dell'averlo incontrato, ci impegna però anche nel non semplice compito di continuare a far vivere e sviluppare la verità di quell'esperienza di incontri e di ricerca, di testimoniare della sua opera e della sua persona, pur nella consapevolezza che valga un po' anche per lui quella notazione di Lilly su Newman, che già Enrico Opocher ebbe a ricordare nell'occasione della scomparsa di Giuseppe Capograssi: “Chi conosca soltanto gli scritti di Newman conosce il meno di lui”¹.

Se questo è vero riuscire a dare un'immagine, una ricostruzione completa del suo percorso non ci è – soprattutto ora – possibile. Il lavoro triste e grato del ricordo ci spingerà invece a cogliere frammenti, schegge, forse però non irrelate, tali insomma da individuare

¹ E. OPOCHER, Premessa a Giuseppe CAPOGRASSI, *Pensieri dalle lettere*, Editrice Studium, Roma, 1958, 8, n. 1.

alcune cifre individuanti, leit-motive, come prime tessere di un mosaico che spetta a molti comporre.

La prima cifra che ci sembra di poter chiamare in causa la vorremmo battezzare ‘personalismo’; una parola che mette in luce due aspetti, certo collegati, ma distinti. L’uno riguarda un debito culturale, o anche uno sfondo intellettuale a partire dal quale si configurano alcune ricorrenti costruzioni interpretative: e ci riferiamo qui, per citarne solo alcuni, ad autori come Bergson, Blondel, Mounier, Maritain o Marrou.

Ma personalismo si può intendere anche come cifra esistenziale che in realtà sottostava, come tessitura profonda, dettata appunto dai legami di amicizia, da quegli incontri intellettuali favoriti e preparati però sempre o quasi sempre da incontri con persone vive, una tessitura profonda che ‘reggeva’ gli itinerari di ricerca di volta in volta sviluppati.

Voglio riportare a questo punto un ricordo al quale forse partecipano molti che hanno avuto, per i motivi più vari, occasione di essere ricevuti da Grossi per un colloquio. Accadeva spesso che l’appuntamento fosse a Villa Ruspoli, la sede storica del Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno, nonché della Redazione della rivista Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno. La sede della Direzione, sita al pian terreno della Villa, in realtà constava, e consta, di sole due stanze: una ampia, con spartane scaffalature metalliche che ospitano, oltre che i tradizionali materiali di cancelleria, la produzione a stampa per i tipi di Giuffrè della Rivista e della Biblioteca, presidiata al suo fondo dalla mitica Signora Alma Lelli, la segretaria storica del Centro, che Grossi aveva conosciuto ai tempi dell’Istituto di Diritto Agrario fondato da Gian Gastone Bolla, e aveva poi portato con sé sin dai primi momenti, ed inoltre una piccola stanza, che dava direttamente sul giardino della villa, e alla quale si accede da una porta collocata a sinistra entrando nella parete della prima. Un vero e proprio piccolo studiolo, con una volta affrescata con motivi floreali e figure neoclassiche, la finestra a grata metallica che affacciava, come detto, sul giardino e il suo ingresso, e bei scaffali lignei. Tuttavia, fin dai primi incontri, la cosa che più mi rimase impressa, appesa alla parete a destra della scrivania, accanto ad una riproduzione di grande formato del San Girolamo nel suo studio di Domenico Bigordi detto il Ghirlandaio, con-

servato nella chiesa fiorentina di Ognissanti, fu un piccolo quadretto con cornicina di legno, laddove, su sfondo bianco, campeggiava la scritta “Servate ordinem fratres et ordo servabit vos”. Motto di origine agostiniana e poi benedettina², che lì sempre è rimasto, sinché Grossi rivestì l’incarico di Direttore del Centro e che poi, a riprova di quanto vi fosse legato, ‘emigrò’ al piano superiore nella sua nuova più spaziosa stanza con antico caminetto.

E non sbaglierebbe chi volesse additare nel nucleo originariamente canonistico – dall’epoca della tesi iniziata sotto il magistero di D’Avack³ che aveva destato in lui l’attenzione “per questo prodotto singolare della Chiesa Romana, negletto da chi l’ha ritenuto un sistema sclerotico di norme inchiodanti, rifiutato da chi l’ha visto come l’odioso strumento di controllo (e di alterazione) della vita della società sacra, abbandonato oggi perfino dai preti cattolici che – a stento – ne sopportano un magro insegnamento nei seminarii diocesani”⁴ – del Grossi studioso poi, non per caso, dell’ordine giuridico medievale, uno degli architravi di quel suo personalismo realista e cristiano.

In Grossi tuttavia, che pure ha sempre sottolineato quel suo ‘non essere filosofo’, la chiarezza teoretica, la necessaria rilevanza del problema epistemologico del quale lo storico deve avere piena coscienza, una coscienza che “il bisogno primo – assolutamente purificatore – sia un lavacro epistemologico: è qui che, innanzi tutto, deve interrogarsi e fare i conti lo storico che non voglia procedere all’insegna della più crassa inconsapevolezza, con il risultato ...di una penosa confusione sul piano teoretico”⁵; questa esigenza è stata presente sin dai primi passi. Ed è stata, diremmo, frutto anch’essa di un incontro.

² È noto che il primo lavoro a stampa pubblicato da Grossi, a parte due brevi interventi su *Iustitia* del 1956, fu proprio dedicato a *Le abbazie benedettine nell’alto medioevo italiano: struttura giuridica, amministrazione e giurisdizione*, Le Monnier, Firenze 1957.

³ Ilario BELLONI e Eugenio RIPEPE (a cura di), *Incontro con Paolo Grossi*, Edizioni Plus-Pisa University Press, Pisa, 2007, 24.

⁴ Paolo GROSSI, *Ovidio Capitani e la dimensione giuridica* (2004), in ID., *Nobiltà del Diritto. Profili di Giuristi*, Giuffrè Editore, Milano, 2008, 571-583, 578. Ma su Grossi canonista vedi in particolare C. FANTAPPIÈ, *Paolo Grossi interprete del diritto canonico*, in Paolo GROSSI, *Scritti canonistici*, a cura di Carlo FANTAPPIÈ, Giuffrè Editore, Milano, 2013, VII-XLV.

⁵ *Ibid.*, 581-582.

Anzi di più incontri personali, che hanno mediato “un colloquio ideale”⁶.

Paolo Grossi incontra infatti, nel periodo del suo assistentato fiorentino, Pietro Piovani (1922-1980), filosofo napoletano che era appena arrivato nella Facoltà giuridica fiorentina per insegnare appunto ‘Filosofia del diritto’ e, poco dopo la vittoria nel concorso e il suo approdo a Macerata, Antonio Villani (1923-1999), anch’egli napoletano, filosofo del diritto, con il quale stringe “una forte amicizia” negli anni per lui “fertilissimi della permanenza a Macerata”, essendo tra l’altro Villani in quella sede “il solo professore effettivamente residente con la famiglia”. Entrambi erano stati discepoli di Capograssi nell’Università di Napoli e Paolo testimonia che proprio grazie a loro ebbe precocemente ad incontrare il messaggio di un filosofo divenuto poi “estremamente inattuale”, pur restando “portatore di una ‘testimonianza’ che costituisce per il nostro tempo una specie di ‘pietra d’inciampo’”, come ebbe a dire il già ricordato Enrico Opocher, un altro maestro intellettualmente vicino a Capograssi, con il quale Grossi sarà a lungo in sintonia⁷, una sintonia proseguita poi con la sua scuola padovana, la sua impostazione ermeneutica, ed in particolare con Giuseppe Zaccaria⁸.

E infatti: “A Piovani e a Villani debbo la mia iniziazione a Capograssi, il maestro che aveva profondamente inciso su di loro e di cui tentavano di trasmettermi il messaggio originalissimo. Da quei colloqui venne la voglia di leggere; e lessi avidamente, tenendo per parecchi anni sul mio tavolo di studio i sei volumi delle ‘Opere’ donatimi da Villani: ero conquistato dal fascino del grande specula-

⁶ Paolo GROSSI, *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, Il Mulino, Bologna, 2008, 49.

⁷ E. OPOCHER, *Giuseppe Capograssi Filosofo del nostro tempo*, Fondazione Giuseppe Capograssi - Roma-Sulmona, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1991, 49. E vedi la fondamentale voce E. OPOCHER, *Esperienza giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XV, Giuffrè Editore, Milano, 1966, 736 ss. Cfr. Paolo GROSSI, *Enrico Opocher nella cultura giuridica del Novecento italiano* (2005), in Id., *Nobiltà del Diritto. Profili di Giuristi*, cit., 621-639.

⁸ Paolo GROSSI, *Giuseppe Zaccaria: un osservatore lucidissimo del tempo giuridico pos-moderno*, in *Ermeneutica e positività del diritto. Studi in onore di Giuseppe Zaccaria*, a cura di Damiano CANALE, Elena PARIOTTI e Baldassare PASTORE, Carocci editore, Roma, 2019, 13-16. Cfr. inoltre G. ZACCARIA, *Esperienza giuridica, dialettica e storia in Giuseppe Capograssi. Contributo allo studio del rapporto fra Capograssi e l’idealismo*, Cedam, Padova, 1976.

tivo capace di sciogliere nodi intricatissimi e di squarciare oscurità impenetrabili con la luce di una intuizione segnata senza pretese a mezzo di una pagina; ero anche conquistato dallo scrittore, dal suo stile inconfondibile, da un lessico e da una punteggiatura personalissimi che facevano spicco sulla generale piattezza e anche sciattezza di tanti saggi filosofico-giuridici.”⁹.

Ma questa iniziazione trova nelle pagine di Capograssi tutto un lessico che non si può non definire in senso proprio altrimenti che ‘seminale’; molti degli itinerari di ricerca grossiani si incaricano di portare a maturazione in modo originale, a sviluppare, ovviamente sul diverso piano della storia del diritto, spunti e suggestioni là rinvenute. Innanzi tutto il nucleo dell’indagine sull’esperienza comune, volto ad individuare uno strato più profondo del giuridico, un diritto che scaturisca da radici profonde, frutto delle esperienze individuali che costruiscono il fitto tessuto delle relazioni sociali, ben prima che intervengano decisioni dall’alto, pianificazioni legislative od organizzative dovute all’intervento statale: “Questo resistere e sopravvivere delle posizioni giuridiche fondamentali, di cui si cerca di indagare gli aspetti più tipici, si vede nell’esperienza spontanea ed anonima della vita del diritto, con cui gli individui disciplinano i loro interessi, e che non arriva sen non raramente fino al tribunale dello Stato. Questa vita spontanea ha per testimoni oltre agli attori diretti, soltanto agrimen-sori, legali, notari e simili, e solo attraverso le comuni liti giudiziarie può essere intravista. Questa esperienza anonima e sotterranea è veramente alla statura dell’individuo, ma non ha storia, sebbene sostenga il mondo storico. Per una diagnosi completa ed esauriente di una situazione giuridica, bisognerebbe poter misurare e controllare anche questa esperienza minuta, che è come la moneta spicciola con la quale vivono gli individui il dettaglio della vita quotidiana.”¹⁰.

E proprio in questo prendere le parti non per la dimensione astratta e formalistica del diritto, non per la prospettiva degli “addottrinati” (con riferimento alla formula vichiana del “diritto natu-

⁹ Paolo GROSSI, *Uno storico del diritto in colloquio con Capograssi* (2005), in Id., *Nobiltà del diritto*, cit., 641-667.

¹⁰ G. CAPOGRASSI, *L’ambiguità del diritto contemporaneo* (1953), ora in Id., *Incertezze sull’individuo*, Giuffrè Editore, Milano, 1969, 112, n. 18. Cfr. V. LATTANZI, *Giuseppe Capograssi. I sentieri dell’uomo comune. Profilo critico e biografico*. Presentazione di Francesco Mercadante, Edizioni Solfanelli, Chieti, 2011.

rale degli addottrinati”), ma per “gli uomini che vivono nell’esperienza concreta costruendola penosamente con la loro azione e sono impegnati a difendere la loro vita ... (che) sentono che il diritto è la tutela della loro vita e della loro umanità”, proprio questo affermare, ‘dopo la catastrofe’, con l’amato Rosmini, che “il diritto è la persona umana ... non la persona ha il diritto, ma la persona è il diritto”, che anche Grossi trova la sua cifra, un terreno fertile, si direbbe, lui così legato anche personalmente alle vicende agrarie della terra toscana della sua Citille¹¹, per le sue future ricerche:” Carnalità del diritto, che viene ad immedesimarsi con la azione di un soggetto reso greve dalla sua umanità storica, cittadino non della altisonante storia ufficiale, bensì di quella storia nascosta ma *essenziale* in cui si innerva e di cui vive la società. Coralità del diritto dove hanno voce il ricco e il povero, il nobile e il plebeo, il sapiente e l’ignorante, il mercante e il contadino, protagonisti tutti di una realtà ordinante che si origina negli strati più profondi del ‘sociale’ ed emerge fino ad investire il potere e i suoi detentori.”¹².

Insomma, con parole che parlano dell’appartato filosofo di Sulmona, ma, attraverso di lui, anche della propria esperienza: “Il soggetto di Capograssi non è uno schema nomenclatore della realtà, il frutto delle astrazioni teoriche di pur consapevoli fabbricatori di concetti, bensì un personaggio in carne ed ossa; e il diritto è soltanto l’esperienza di *quel* personaggio nella sua vita di relazione, è nulla più che esperienza quotidiana. Il diritto, insomma, guardato dal suo osservatorio innovatore, non può che apparirgli che come esperienza giuridica.”¹³.

¹¹ Cfr. almeno M. TIMOTEO, *Grammatiche del diritto. In dialogo con Paolo Grossi*, il Mulino, Bologna, 2020, *Il diritto si fa nei luoghi*, 2. *Citille in Chianti e l’ordine giuridico medievale*, 96-104.

¹² Paolo GROSSI, *Uno storico del diritto in colloquio con Capograssi*, cit., 644. Grossi richiama passi del saggio, negli *Scritti in onore di Francesco Carnelutti*, di G. CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe* (1950), ora in Id., *Incertezze sull’individuo*, cit., 5-42. Per il richiamo vichiano agli “addottrinati” vedi G. ZACCARIA, *Esperienza giuridica*, cit., 165. Meriterebbero un’indagine a sé stante, nell’approfondimento più generale anche degli aspetti di reciproco arricchimento culturale, scaturenti dal rapporto di amicizia discors con Stefano Rodotà (1933-2017), un’amicizia iniziata anch’essa a Macerata e mai interrotta, le vicinanze e le distanze in tema di ruolo della ‘persona’ nel diritto, in particolare nella prospettiva pos-moderna. Cfr. almeno S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007.

¹³ *Ibid.*, 643.

A non molta distanza da queste letture – e in collegamento ideale con l'altro passaggio dei pensieri dalle lettere che abbiamo citato in esergo (“Io non sono fatto per il breve e il rapido: per noi dell'altra civiltà quello che vale è il lungo e il lento. Soprattutto il lento”), visto che “Il lungo e il lento: sono i ritmi propri della storia, che rifiuta la dimensione dell'effimero, dell'episodico, dell'improvvisato, amando invece distendersi nella durata, nella lunga durata, dove i fatti autenticamente storici – quasi come i grandi alberi – radicano lentissimamente ma nel profondo dell'umana vicenda diventando tempo storico d'una società e di una civiltà.”(14); a non molta distanza, nel 1963, ecco il saggio che quella cifra dispiega pienamente: la *Locatio ad longum tempus*¹⁵.

E il libro si inaugura, non certo casualmente, nel nome del legato capograssiano: “Se ogni istituto giuridico è, nel suo assetto costitutivo, niente altro che il momento di emersione e di organizzazione sul piano di una determinata esperienza giuridica di precise forze ed esigenze nate ed affermatesi sul terreno economico-sociale; se ogni istituto è, per propria natura, il nucleo focale dell'ordinamento in cui ha vita, questo della “*locatio ad longum tempus*” ci sembra qualificarsi singolarmente in tal senso... La nostra ricerca si è svolta, come abbiamo più sopra precisato, lungo l'itinerario segnato dalla “interpretatio”, nella certezza che solo in tal modo ci sarebbe stato possibile tentare di cogliere, secondo un non dimenticabile insegnamento di Capograssi, non soltanto “l'esperienza nel significato giuridico che assumeva nella coscienza di chi la viveva”, ma altresì e soprattutto l'integralità di quella esperienza; nella certezza ancora che, facendo storia della scienza, si elaborava “la più tipica ed espressiva storia dell'esperienza giuridica, delle singole esperienze giuridiche nel tempo”¹⁶.

Storia della scienza dunque come via privilegiata, come in sostanza la più tipica espressione della storia dell'esperienza, anzi delle esperienze giuridiche.

¹⁴ *Ibid.*, 645.

¹⁵ Paolo GROSSI, *Locatio ad longum tempus. Locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto comune* (Morano, Napoli, 1963), Ristampe della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino, a cura di Piero PERLINGIERI, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014.

¹⁶ Paolo GROSSI, *Prefazione*, in *Id.*, *Locatio ad longum tempus*, cit., 7-8.

Questa una delle più tipiche intuizioni di Capograssi. Che può ben essere integrata dall'osservazione che più di una volta Capograssi, come equivalente del sintagma 'scienza giuridica', usa l'espressione 'pensiero giuridico', destinata poi, com'è noto, a giocare un ruolo centrale nell'organizzazione del 'sapere come istituzione', che è un'altra cifra del percorso culturale del nostro Maestro¹⁷.

E in una diversa occasione Grossi a ragione valorizza questo aspetto di largitore di 'suggestioni', di intuizioni scaturenti dalla diuturna meditazione sul mistero della storia da parte del nostro autore, collocandolo non impropriamente in un contesto intellettuale di intellettuali francesi soggettivamente od oggettivamente simpatetici: Marrou (il quale anche aveva soggiornato a Napoli), Maritain e Marc Bloch.

"Pochi come Marrou¹⁸ avevano sofferto *in interiore homine* il problema arduo della conoscenza del passato, un problema che gli anni da lui trascorsi a Napoli e la familiarità con Croce avevano do-

¹⁷ Del resto, ad integrazione della prospettiva delineata nel saggio del 2005, Grossi aggiunge più tardi un riferimento 'centrale', riferito questa volta al solo Piovani: "Piovani, napoletano, discepolo di Capograssi nella Università di Napoli, cominciò a parlarmi del Maestro e a suggerirmi la lettura di alcuni saggi e di un libro che mi impressionò non poco: *Il problema della scienza del diritto* (1937). Il richiamo martellante al diritto come esperienza, la attenzione dimostrata a più riprese da Capograssi al rinnovamento romaniano, la diffidenza per la autocrazia della legge, la fiducia nella scienza quale fonte espressiva dell'interezza della esperienza mi testimoniavano una complessa riflessione con la quale sentivo più di una consonanza culturale. Capograssi, che tra i filosofi del diritto era il più giurista, mi appariva tendere con sicurezza a quel recupero del diritto che, fin dagli anni del mio studentato, mi sembrava indilazionabile." (Paolo GROSSI, *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, cit., 30-31.). Degno di nota, anzi di essere messo in chiara evidenza, come accenneremo più avanti nel testo, anche la sottolineatura dell'attenzione capograssiana per Santi Romano, che diventerà poi per Paolo un punto di riferimento imprescindibile, nella sua peculiarissima lettura. Si potrebbe aggiungere che significativa è pure la 'fedeltà' nel corso degli anni di Grossi alla specifica interpretazione capograssiana dell'esperienza, la quale fa sì – ma il punto potrebbe anch'esso essere meritevole di approfondimento – che, a quanto ci consta, Grossi non utilizzi invece un altro testo importante, ma assai diversamente orientato, del dibattito di quegli anni. Mi riferisco a G. FASSÒ, *La Storia come esperienza giuridica*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1953.

Sul "circolo virtuoso" che per Grossi esiste fra "sapere ed istituzione" si vedano, pronunciate nell'occasione dell'intitolazione del Centro di studi per il pensiero giuridico moderno al suo nome (Firenze, 21 ottobre 2022) le partecipate parole di P. COSTA, *Paolo Grossi: il Sapere come Istituzione*, 305-314, di prossima pubblicazione nel volume 134 della Biblioteca del Centro - *Pluralismo giuridico - Itinerari contemporanei*.

vuto acutizzare assai ... Consentitemi di leggervi alcune frasi che traggio dalla traduzione italiana ... Ancora: “il nostro lavoro suppone un’attività originale fondata sull’iniziativa; la storia è la risposta ... a una domanda che la curiosità, l’inquietudine, l’angoscia esistenziale, direbbero taluni, l’intelligenza e lo spirito dello storico rivolgono al mistero del passato”. Di queste frasi mi era piaciuto, sin dalla prima lettura, l’intenso rilievo dato all’intera personalità dello storico, impegnata nella sua totalità quando fa *storia*; non la sola dimensione razionale, ma l’inquietudine, addirittura l’angoscia esistenziale del povero uomo del presente. In altre parole, si faceva leva su un sapere intuitivo quale comunicazione efficace col mistero del passato, il solo strumento che poteva consentire allo storico di pervenire al suo scopo essenziale che è quello di resuscitare i morti, o, in altre parole, di sorprendere nei corpi morti i tratti perenni della vita¹⁹. Si direbbe alla francese: vale assai più *l’esprit de finesse* che *l’esprit de géométrie*. Il riferimento all’intuizione è a un sapere che non è soltanto razionale ma che si sorregge su dimensioni più profonde, le sole forse che riescono a cogliere il messaggio della vita; perché lo storico è sempre evocatore di una vita vissuta, nel suo fondersi di corpo e spirito, di intelligenza e di passioni: Mi catturava anche il richiamo alla storia quale mistero e l’implicito ammonimento a quel mistero della maturità dei tempi in cui la storia si scandisce e che mi avrebbe permesso – dietro Capograssi – di ricondurre il flusso storico-giuridico alla continuità discontinuità di esperienze giuridiche, di un concatenarsi di modi peculiari e autonomi di vivere, di sentire, concepire il diritto”. La storia e la vita dunque come mistero, il richiamo a Pascal

¹⁸ Grossi si riferisce qui allo storico cattolico francese Henry - Iréné Marrou, autore nel 1954 presso l’editore parigino Le Editions du Seuil del saggio *La connaissance historique*, poi tradotto nel 1962 dal Mulino: “Marrou mi fu subito congeniale: spirito culturalmente inquieto, aveva trovato nell’inquietissimo Agostino il suo interlocutore privilegiato, saziandosi filosoficamente in Bergson, facendo suo l’alto storicismo di Dilthey, distanziandosi nettamente dal positivismo greve degli storiografi ufficiali della Sorbona...” (Paolo GROSSI, *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, cit., 32-33).

Se posso aggiungere un altro ricordo personale, era proprio questo il libro che Grossi mi diede, appena laureato, da leggere come introduzione e guida al lavoro di storico.

¹⁹ L’immagine dell’istologo, che Grossi mutua dal Tocqueville dell’Antico Regime e la Rivoluzione, era tra le immagini che prediligeva introdurre all’inizio delle sue lezioni per esplicitare meglio le finalità del lavoro dello storico (del diritto): e infatti a noi studenti rimaneva ben impressa per la pregnanza e il carattere insolito dell’accostamento.

(e, prima, ad Agostino), due degli ‘autori’ di Capograssi, l’intuizione come strumento dell’intera personalità dello storico per raggiungere la ‘dimensione profonda’ del diritto, per cogliere non un diritto morto nella sua ‘lettera’, ma espressione della vita vissuta dell’uomo comune²⁰: la convinzione, insomma, che non nel sistema (hegelianamente)²¹ si esprima la verità, ma che la maturità dei tempi si coglie invece nel flusso delle (diverse e plurali) esperienze giuridiche. Convinzione che sarà corroborata da altri due autori ‘interni’ a questo orizzonte di dialogo spirituale: “Alcuni anni dopo, non ricordo per

²⁰ “Anche quando medita e argomenta sulla esperienza giuridica, Capograssi parla, in sostanza, della esperienza comune, della quotidianità dei rapporti tra gli individui in quanto rapporti di fatti e stati giuridici di *comune* esperienza come sono, per esempio, lo scambio di beni e il matrimonio. Non a caso nelle pagine capograssiane il termine *comune* è diffusamente presente: coscienza comune, uomo comune, esperienza comune. Si comprende così che Capograssi abbia sempre sentito l’esigenza della vigilanza critica verso gli *addottrinati* che manifestano noncuranza nei confronti di ciò che veramente conta: la vita dell’uomo comune, degli individui che vivono una esperienza di semplicità di mente e di cuore nelle complicate, problematiche situazioni della vita.” Così A. DELOGU, *Prefazione all’“Analisi dell’esperienza comune”* (1930), in G. CAPOGRASSI, *La vita etica*, a cura di F. MERCADANTE, Bompiani, Milano, 2008, 224 con richiamo espresso anche all’analisi di Grossi.

²¹ Hegel potrebbe invero fungere, in questo quadro, da paradigma apicale dello studioso “addottrinato”. Non è un caso che Giorgio La Pira, dopo averne nel 1944 analizzato il pensiero politico, ma già in una prospettiva che replicherà come costituente, in sede di discussione del testo dell’art. 2, e di conseguente critica allo statalismo dell’autolimitazione e dei diritti riflessi, interrogandosi sulle *Correnti politiche legate alla Weltanschauung di Hegel*, osserverà lapidariamente: “Queste correnti politiche hanno avuto la loro manifestazione più drammatica nella esperienza dello stato “totalitario”. Si può dire, senza tema di errare o di esagerare, che la struttura politica, giuridica, esiconomica, culturale, morale etc. di questi stati è costituita dalla trascrizione fedele nell’ordine sociale dei principi elaborati da Hegel.” (G. LA PIRA, *Premesse della Politica*, Libreria Editrice Fiorentina, Firenze, 1945, 57. Cfr. Paolo GROSSI, *Le “Architetture” di Giorgio La Pira*, in *Nuova Antologia, Rivista di lettere, scienze ed arti*. Serie trimestrale fondata da Giovanni Spadolini, Luglio-Settembre 2019, vol. 620 - fasc. 2291, 23-37. In questo quadro anche il rapporto culturale di Paolo Grossi con La Pira, intenso anche sotto il profilo personale, meriterebbe di essere meglio valorizzato. Si vedano comunque anche due saggi raccolti nel primo volume di *Nobiltà del diritto*, cit., Paolo GROSSI, *Il giurista Giorgio La Pira*, 47-67 e *‘Il Professore’ e ‘Via Laura’ (Giorgio La Pira e la Facoltà giuridica fiorentina)*, 69-79, con una lettera inedita di La Pira a Grossi “sui rapporti fra la sistemazione teologica paolina e strumenti culturali e tecnici romani” (pp. 76-77; riprodotta anche in facsimile al termine dell’articolo). Del resto va ricordato che anche Capograssi, ottimo conoscitore del pensiero hegeliano, così si esprimeva nel 1911, cioè già fin dalla sua tesi di laurea, intitolata *Lo Stato e la Storia. Saggio sul realismo nel diritto pubblico*,

quali canali, mi capitò fra le mani la fotocopia di un saggio di Jacques Maritain (di autentica filosofia della conoscenza) sepolto all'interno di una rivista teologica. Il titolo era emblematico: *Il n'y a pas de savoir sans intuitivité*, e vi ritrovai la stessa percezione, qui elevata a misura di ogni approccio conoscitivo. Ma le verifiche per me rassicuranti dovevano giungermi dalle formidabili indagini e riflessioni di Marc Bloch²².

Il contrassegno 'intuizionista', che il lavacro epistemologico e il recupero del diritto alla storia e della storia al diritto postulano, e le indicazioni di percorso seminali che ne scaturiscono, si possono ancora con abbondanza di riscontri cogliere se volgiamo uno sguardo al peculiarissimo saggio capograssiano che costituisce una sorta di piccola summa quasi paradigmatica, e di certo concretizzatrice, del suo pensiero scientifico: "Tutto questo mostra pure che se c'è un diritto che non può essere studiato senza che sia studiata l'esperienza diretta e concreta nella quale e dalla quale nasce, è proprio il diritto agrario. Si può dire che nessuna istituzione e nessun istituto di diritto agrario può essere compreso nella sua precisa ed esatta portata e nella sua natura se non si conosce a fondo il rapporto dal quale nasce, e tutta l'esperienza specifica della quale quel rapporto fa parte.

Questo è vero di tutti i rami del diritto, di tutto il diritto (il che è più ovvio data la natura del diritto di essere la consapevolezza dell'azione), ma nel diritto agrario è una verità che addirittura si impone,

forse, secondo "una costante e autorevole tradizione", avendo come relatore Vittorio Emanuele Orlando: "A Hegel doveva spettare il compito di uccidere l'uomo di Cartesio, che viveva ancora nelle pagine del *Contrat social*. Hegel rappresenta il tentativo più vasto che mai si sia fatto di sostanzializzare tutti i prodotti della mentalità umana. Nel suo spirito enorme tutto è preso in uno spaventevole movimento, tutto nella molteplicità e perennità del realizzarsi e del passare vive di una vita mostruosa: tutto è reale nel suo sistema". Il testo è ora riportato in G. CAPOGRASSI, *Riflessioni sull'autorità e la sua crisi. Appendice inedita: Lo Stato e la Storia*, a cura di M. D'ADDIO, Giuffrè editore, Milano, 1977, 267.

²² Paolo GROSSI, *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, cit., 34-35. "Più volte Maritain ha sottolineato che la grande colpa di Cartesio, e del razionalismo dopo di lui, è stata quella di aver operato un divorzio pernicioso quant'altro mai tra intelligenza e mistero" (P. CODA, *Percezione intellettuale dell'essere e percezione confusa di Dio nella metafisica di Jacques Maritain*, in *Rivista di filosofia neoscolastica*, vol. 73, n. 3 (luglio-settembre 1981), 530-556, 553. Cfr. anche G. CAVALCOLI, *Il problema del "preconscio" in Maritain*, in *Divus Thomas*, vol. 97, n. 1, *L'attualità di Jacques Maritain* (gennaio-aprile 1994), 71-107.

a pena di vedersi sfuggire di mano il significato stesso di questo diritto.”²³.

Ci riferiamo ovviamente al saggio *Agricoltura, Diritto, Proprietà*, apparso appunto per la prima volta nella *Rivista di diritto agrario* (XXI,2) del 1952, e che, proprio nel volume con affetto quasi ‘proditorio’ offerto da noi allievi a Paolo Grossi in occasione del suo settantesimo compleanno, ha costituito oggetto di una importante rilettura complessiva da parte di Giovanni Cazzetta²⁴. E giustamente viene sottolineata la continuità dell’impostazione con le *Premesse dell’Analisi dell’esperienza comune*, laddove “si afferma, con Blondel, che lo scritto “vorrebbe essere un ‘inventario’ dei fatti fondamentali dell’esperienza”, un tema, quello “della centralità del fatto (che) è esasperato soprattutto dopo la seconda guerra mondiale”, quando si contempla e si vuol ricostruire “il diritto dopo la catastrofe”²⁵. Così come l’insistenza martellante, anch’essa consentanea poi a molte pagine grossiane, su “*Il fatto, I fatti, I fatti normativi, il mondo dei fatti, le cose, la natura delle cose...*”²⁶.

Altre suggestioni, altre intuizioni vengono identificate, che saranno per esplicito riconoscimento, alla base di altrettanti luoghi chiave del saggio che si potrebbe definire centrale – proprio per la sua forza identificativa, (di questa prima fase) di un itinerario intellettuale certo, ma anche, vorremmo dire, della stessa persona del suo autore –: *Le situazioni reali nell’esperienza giuridica medievale. Corso di storia del diritto*²⁷.

²³ G. CAPOGRASSI, *Agricoltura, Diritto, Proprietà* (1952), ora in Id., *Incertezze sull’individuo*, cit., 43-81, 72, n. 12, corsivo nostro.

²⁴ Come lo stesso Grossi vorrà sottolineare (*Uno storico del diritto in colloquio con Capograssi*, cit., 655, e n. 31. Cfr. G. CAZZETTA, *Natura delle cose e superbia del legislatore. Giuseppe Capograssi e il diritto agrario italiano di metà Novecento*, in AA.VV., *Ordo iuris. Storia e forme dell’esperienza giuridica*, Giuffrè Editore, Milano, 2003, 285-315).

²⁵ G. CAZZETTA, *Natura delle cose e superbia del legislatore. Giuseppe Capograssi e il diritto agrario italiano di metà Novecento*, cit., 288, n. 3.

²⁶ G. CAZZETTA, *Natura delle cose e superbia del legislatore. Giuseppe Capograssi e il diritto agrario italiano di metà Novecento*, cit., 288.

²⁷ Paolo GROSSI, *Le situazioni reali nell’esperienza giuridica medievale. Corso di storia del diritto*, Cedam - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1968. Come ci ricorda M.P. GERI, *Paolo Grossi: ragguagli bibliografici*, in Ilario BELLONI e Eugenio RIPEPE (a cura di), *Incontro con Paolo Grossi*, cit., 95, se ne era avuta una edizione, nel 1966 a Macerata, sotto forma di “dattiloscritto ad uso didattico a proposito del quale si annota: “Queste dispense costituiscono la prima parte di un corso tutt’ora in formazione. Entro il prossimo anno sarà completato il volume dedicato alla esperienza giuridica medievale”.

Non solo, infatti, come Grossi stesso ribadisce, e con riferimento anche alla prima versione del testo, “redatto in forma polycopiata diversi anni prima (A.A. 1965-1966) durante il mio insegnamento maceratese: nell’intitolazione volli scritto il sintagma capograssiano ‘esperienza giuridica’ quale fermo supporto metodologico della mia analisi storico-giuridica”²⁸; si potrà ricordare inoltre che proprio in quel testo Capograssi “lascia cadere”, quasi suggestione in attesa di essere sviluppata, “un prezioso richiamo allo schema di Levy-Bruhl secondo cui “soggetto famiglia comunità” cementano la loro unione con la terra “traverso legami di partecipazione per cui ‘l’oggetto posseduto partecipa della natura di colui che lo possiede’”²⁹ e che Grossi darà appunto un ruolo relevantissimo all’applicazione dello schema della partecipazione – peraltro riconducibile al ‘momento prelogico’, più al sentimento che all’intelletto, al rapporto soggetto cosa come ‘legame mistico’³⁰ – allo studio della situazioni reali: “Il principio della ‘partecipazione’ tendeva infatti a minimizzare la figura del ‘dominus fundi’ come titolare di poteri e di diritti, tendeva ad avvalorare le posizioni di ogni concessionario della cosa, tendeva a creare una indefinita proliferazione di diritti reali mentre la posizione di ogni concessionario tendeva a mettere, per così dire, radici nella cosa e a non restare sul piano della situazione a efficacia meramente personale. Ogni rapporto immediato con la cosa, purché non precario, purché implicante una ‘partecipazione’ fra il singolo e il bene, era cioè destinato a lasciare l’alveo della mera detenzione e a divenire una generica ma non per questo meno solida situazione reale”³¹.

Ma ancora. Come nota finemente Giovanni Cazzetta, arricchendo l’osservazione con il richiamo ad un diverso testo, sempre legato alla catastrofe della seconda guerra mondiale – “Questo ritorno della vita a condizioni elementari, e la necessità di provvedere ai bisogni di una umanità, stremata in uno stato di indigenza ...fa scoprire e riscoprire la vitale importanza delle cose, dei beni, delle forze

²⁸ Paolo GROSSI, *Uno storico del diritto in colloquio con Capograssi*, cit., 642.

²⁹ G. CAZZETTA, *Natura delle cose e superbia del legislatore. Giuseppe Capograssi e il diritto agrario italiano di metà Novecento*, cit., 294-295.

³⁰ Paolo GROSSI, *Le situazioni reali nell’esperienza giuridica medievale. Corso di storia del diritto*, cit., 92.

³¹ *Ibid.*, 94.

produttive, dei processi obiettivi necessari per soddisfare quei bisogni. Necessariamente entrano in prima linea le cose, cioè i beni, i processi, le leggi obiettive e strutturali delle produzioni e delle istituzioni. Avviene quasi automaticamente, al di fuori di ogni consapevolezza e intenzione, uno spostamento di valori. Al posto delle persone subentrano le cose... Bisogna provvedere alla vita degli uomini, ma per provvedere bisogna obbedire, secondo la vecchia frase, che in questa società diventa di una terribile esattezza, alla natura delle cose; le cose, i loro processi, le loro esigenze prendono il dominio della vita”³² – le riflessioni dispiegate da Capograssi “per configurare la ‘disindividualizzazione’ dell’uomo contemporaneo alla catastrofe apparvero a Paolo Grossi perfette per dipingere la ‘crisi dell’individuo’ e ‘lo spostamento di attenzione dell’ordinamento dal soggetto alle cose’ che caratterizza l’alto medioevo”³³.

È questo il tema implicito, ma fondante, tutto il discorso sul senso profondo del richiamarsi all’esperienza giuridica, che Capograssi aveva cominciato a delineare già quasi al termine del primo conflitto mondiale, nel *Saggio sullo Stato* del 1918, laddove la disamina partiva cogliendone lo strano destino che ormai lo conduceva al ruolo di “povero gigante scoronato”: “Così che non vi ha niente di più singolare della sorte dello Stato moderno: proprio ora che la corporatura ne è divenuta titanica, e le forze irresistibili, la sua autorità è decaduta e sulla sua esistenza e sul suo valore, si è aperto un vasto processo, dal quale esso esce umiliato e diminuito. Scaduto dalla sua altezza, esso è stato abbandonato alle disputazioni degli uomini. A questo povero gigante scoronato, che pur porta nella sua bisaccia logora e preziosa, l’impero del mondo e lo scettro d’avorio, non vi è stato piccolo uomo che non abbia in nome della realtà rimproverato qualcosa”³⁴. E Grossi chiosa, accostando sintomaticamente la sua figura e il senso della sua riflessione a quello dell’altro autore che diventerà, non per caso, sempre più topico punto di riferimento, Santi Romano³⁵: “In un nostro recente sguardo sintetico sulla storia della

³² G. CAPOGRASSI, *L’ambiguità del diritto contemporaneo*, cit., 88.

³³ G. CAZZETTA, *Natura delle cose e superbia del legislatore. Giuseppe Capograssi e il diritto agrario italiano di metà Novecento*, cit., 290-291, n. 13.

³⁴ G. CAPOGRASSI, *Saggio sullo Stato* (1918), ora in Id., *Opere*, vol. I, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1959, 5.

³⁵ Paolo GROSSI, *Scienza giuridica italiana - Un profilo storico 1860/1950*, Giuffrè, Milano, 2000, 110.

scienza giuridica italiana dall'unità politica in poi, abbiamo segnalato e sottolineato una coincidenza assolutamente non occasionale: la data di pubblicazione del 'Saggio' di Capograssi è la stessa della definitiva pubblicazione in volume autonomo de "L'ordinamento giuridico" di Santi Romano. Due letture sincroniche del procedere della crisi del diritto europeo continentale e due straordinari lettori di quella crisi, sia pure sotto angolature parzialmente diverse, quella del filosofo del diritto, quella del giuspubblicista che si sente in dovere di porsi ai confini estremi del territorio giuridico rivestendo i panni – a lui assai convenienti – del disegnatore d'una teoria generale del diritto"³⁶.

È il tema insomma del 'diritto senza Stato'³⁷, della sua assenza, del suo diventare astrazione, a fronte di un sempre più diligente pluralismo giuridico; e la stessa genesi giuridica della nozione di esperienza giuridica si colloca storicamente nell'ambito della crisi del principio della statualità del diritto e dell'avvento del pluralismo giuridico, come, ben capograssianamente, avrà l'acutezza di notare Enrico Opocher, proprio nella sua voce *Esperienza giuridica* già richiamata: "Mi ha colpito, anche a questo proposito, l'acutezza del suo diagnosticare storico-giuridico, quando egli pone lucidamente in strettissima connessione la genesi della nozione, dello schema interpretativo, con la crisi novecentesca dello Stato moderno"³⁸.

È il tema che precocemente Grossi fa suo, e originalmente 'trapianta', svolgendolo nel corso della sua ricerca medievistica: "Lo Stato è il grande assente in questo mondo romano-barbarico, e assenti I difetti e I pregi che ne accompagnano l'esistenza, e assenti, tra questi ultimi, come già abbiamo in parte notato, l'ordine pubblico, la sicurezza sociale, la stabilità dei commerci, la certezza delle situazioni... Tratteggiando sommariamente questa crisi altomedievale del-

³⁶ Paolo GROSSI, *Uno storico del diritto in colloquio con Capograssi*, cit., 647.

³⁷ Paolo GROSSI, *Un diritto senza Stato (la nozione di autonomia come fondamento della costituzione medievale)*, 1996 ora in Paolo Grossi, a cura di Guido ALPA, Maestri del Diritto, serie diretta da Paolo Cappellini e Giuseppe Conte, Editori Laterza, 2011, 66-82.

³⁸ Paolo GROSSI, *Enrico Opocher nella cultura giuridica del Novecento italiano*, cit., 634 e n. 33. Nella voce citata, al n. 4 (dedicato alla 'Genesi giuridica della nozione: la crisi del principio della statualità del diritto ed il pluralismo giuridico') si leggeva infatti: "la genesi della nozione di 'esperienza giuridica' si connette indissolubilmente alla crisi dello Stato moderno" (p. 741).

l'individuo, questa disindividualizzazione, vengono a mente, e dipingono alla perfezione la lontana situazione storica, le parole che Giuseppe Capograssi rivolge all'uomo contemporaneo, il quale "è avvolto da ordinamenti giuridici, che hanno la costante tendenza a togliere valore alla sua volontà, alla sua autonomia, a sottoporlo a schemi e discipline, in cui egli è come un elemento di formazione e di interessi che lo trascendono"³⁹. L'individuo, appunto come volontà autonoma, munito di diritti e di doveri che dipendono dalla sua qualità di soggetto giuridicamente capace, portatore di volizioni rappresentanti i suoi interessi personali, è fatto marginale nella esperienza alla quale ora guardiamo; mai come in questo momento l'individuo è stato riguardato quale tessera d'un mosaico, pietra d'un edificio, che trae dal suo inserimento nel gruppo diritti, obblighi, poteri. Il corpo intermedio, la "universitas", è insomma la condizione per l'inserimento del privato nella vita sociale ed è lo schema pratico per rendere possibile l'inserimento, perché è l'unico che consente la rilevanza sociale dell'individuo."⁴⁰

Ed è ancora il tema che Capograssi seguirà a svolgere, collegandolo alla fine del suo percorso al fenomeno della esigenza di aperture internazionali e sovranazionali, che si stava facendo sempre più pressante, pur non avendo ancora incontrato la definizione di 'globalizzazione': "Si considera la storia, questa storia in cui viviamo, come se la caduta dello Stato nazionale fosse la soluzione del problema presente. Anche questo "come se" è falso come l'altro, e causa di forze più fatali e più pericolosi errori, perché si corre il rischio di non vedere o di considerare perenti, i beni e i valori umani che lo Stato nazionale, malgrado i suoi difetti, le sue limitazioni, le sue superbie e i suoi delitti, realizzava e tutelava. Lo Stato nazionale è caduto, ma è caduta pure la sua funzione, questo valore che esso realizzava, quest'alta e profonda funzione di difesa della individualità nazionale, cioè in definitiva della libertà di vita di un popolo, che aveva per missione di realizzare? Questo è il grave di questa caduta. La pura e spontanea vita nazionale non è altro che la individualità dei vari popoli nella storia: e la libera e spontanea individualità di

³⁹ G. CAPOGRASSI, *Incertezze sull'individuo*(1953), ora in ID., *Incertezze sull'individuo*, cit., 137.

⁴⁰ Paolo GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale. Corso di storia del diritto*, cit., 52-54.

ciascun popolo, la profonda spontaneità storica che forma il genio nazionale di un popolo è la ricchezza della storia, l'umanità della storia e del mondo storico. La civiltà non è altro che l'apporto di queste varie individualità al lavoro molteplice e singolare di tutte le forze della storia. Ora la caduta dello Stato nazionale porta con sé la soppressione di queste individualità? Certo queste individualità per vivere non hanno bisogno di formarsi a Stato: la storia della nazione italiana lo dimostra, formata, attiva, ricca delle sue più geniali creazioni, costituita in altissima personalità nazionale, prima di ogni formazione dello Stato unitario. Ma di una cosa ha bisogno una vita nazionale per essere sé stessa: della libertà.

Ora possono conservare queste libere individualità nazionali la loro libertà di essere sé stesse, e cioè la propria individualità, quando sono incorporate in grandi organismi, in grandi imperi, in grandi formazioni storiche dirette da egemonie necessariamente imperialistiche? Questo il terribile problema che fa sorgere la caduta dello Stato nazionale. Con lo Stato nazionale che muore, muore anche perché priva di aria respirabile, anche la vita della singola nazionalità; muoiono anche le individualità nazionali perché private delle condizioni necessarie alla loro vita? In questo dilemma si trova la nostra storia, tra i tanti dilemmi in cui si trova⁴¹.

Questo tema, e questo dilemma, e le proposte di soluzione di volta in volta configurabili, spesso ancora sviluppando suggestioni capograssiane, costituiranno come il filo rosso dell'itinerario di Paolo, grosso modo – e non possiamo che individuarne solo alcuni momenti –, da *Novecento giuridico: un Secolo Pos-moderno* (2011), *Ordine/compattezza/complessità: La funzione inventiva del giurista, ieri e oggi* (2012), a *La vita nel diritto* (2012), al *Ritorno al diritto* (2015), a *L'invenzione del diritto* (2017), a *Una Costituzione da vivere* (2018), a *Oltre la legalità* (2020), per giungere a *Europa: radici e prospettive (osservando il lungo distendersi di un salvante ordine giuridico)* (2022)⁴².

⁴¹ G. CAPOGRASSI, *La fine dello Stato nazionale* (1946/49), in ID., *Opere*, cit., vol. VI, 121-123.

⁴² Paolo GROSSI, *Novecento giuridico: un Secolo Pos-moderno* Università degli studi Suor Orsola Benincasa, Napoli, 2011; ID., *Ordine/compattezza/complessità: La funzione inventiva del giurista, ieri e oggi*, Satura Editrice, Napoli, 2012; ID., *La vita nel diritto*, Università degli studi Suor Orsola Benincasa, Napoli, 2012; ID., *Ritorno al diritto*. Edi-

Se teniamo presente il significato storico politico che il ‘salvataggio’ dell’uomo comune, della sua azione, dell’esperienza comune nel diritto che l’opera di Capograssi, fin dal suo primo svolgersi, aveva assunto, possiamo forse intenderne meglio l’ispirazione, e cogliere così anche alcune delle ragioni, non ancora del tutto esplicitate nel percorso sin qui seguito, della sostanziale ‘fedeltà’ grossiana al suo messaggio: “La filosofia dell’esperienza comune, svolta dal Capograssi durante il ventennio fascista, è una delle contestazioni critiche più rigorose dello Stato onnipotente e “totale”, perché si fonda nella stessa condizione *sine qua non* dell’esperienza giuridica e perciò della filosofia del diritto. Questa non potrebbe oltrepassare l’ambito della fattualità eteronoma del diritto – dove trova la sua sede anche quella negazione radicale del diritto che è il rapporto della tirannide e della soggezione – se non accedesse all’affermazione di quel carattere essenziale dell’azione che fa di questa l’istituirsi della libertà individuale nel contesto di un’esperienza non privilegiata ma di tutti, precisamente un’esperienza condivisa, un’esperienza *comune*. L’esperienza giuridica sta proprio nel riconoscimento di questa *condivisione*, che contrassegna la trasformazione dell’interesse ancora soltanto particolare del singolo in quella universalità dei fini che è l’umanità del diritto, com’è avvenuto, ricorda il Capograssi, nel trasformarsi della Magna Carta che, “se nella esperienza degli agenti non aveva che valore immediato ed attuale, dovendo servire per propri fini, perde quel valore, o meglio sotto quel valore rivela il suo vero valore universale, il suo valore di verità e di vita”, che ne farà il principio della tradizione storica dello Stato costituzionale moderno”⁴³.

La ‘fase costituzionale’ dell’itinerario di Grossi può anch’essa essere letta come una tappa, forse un significativo, quasi provvidenziale coronamento, di quella esigenza che il diritto scaturisca da un percorso di condivisione, che il ritorno al diritto realizzi quella che è la sua vocazione più propria, il ‘salvataggio’ (termine capograssiano

tori Laterza, Roma-Bari, 2015; ID., *L’invenzione del diritto* Editori Laterza, Roma-Bari, 2017; ID., *Una Costituzione da vivere*, Marietti 1820, Bologna, 2018; ID., *Oltre la legalità*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2020; ID., *Europa: radici e prospettive (osservando il lungo distendersi di un salvante ordine giuridico)*, Edizioni di Storia e Letteratura, Roma, 2022.

⁴³ P. PRINI, *Giuseppe Capograssi e la fondazione della metafisica civile*, in ID., *La filosofia cattolica italiana del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1996, 204 con citazione di G. CAPOGRASSI, *Analisi dell’esperienza comune*, cit., 356-357, n. 1.

quant'altri mai) dell'azione e quindi della società: "La società ha ormai relegato entro un tempo del tutto perento la propria immagine di piattaforma amorfa meritevole solo di essere calpestata, e si presenta ora a noi come una realtà giuridicamente assai articolata, una realtà pluri-ordinamentale. Le intuizioni pròvvide di una riflessione scientifica di avanguardia avevano operato disegni lungimiranti durante I primi rivolgimenti del Novecento: il diritto quale ordinamento non si risolveva in un vacuo preziosismo paroliero, ma era – piuttosto – il disegno anticipatorio di futuri svolgimenti, con quel suo togliere lo sguardo dai palazzi alti del potere, con quel suo guardare in basso, sul terreno dell'effettività che sarebbe stato – di lì a poco – l'officina feconda del rinnovamento giuridico. Di tutta questa rivoluzione – tacita, nascosta, ma innovativa – si è fatta portatrice l'Assemblea Costituente italiana, anche in ciò interprete attenta di un tempo nuovo e bisognoso di architetture nuove. Ed è significativo che di questo respiro – libero, aperto, proiettato verso il futuro – si siano fatti propugnatori alcuni sapienti di raffinata cultura giuridica, che avevano avidamente bevuto alle sorgenti ristoratrici dell'istituzionalismo pos-moderno. Penso, soprattutto, ai costituenti Giorgio La Pira, Giuseppe Dossetti, Aldo Moro, tutti e tre docenti di diritto nelle università italiane cui si deve un contributo determinante per la messa a punto dei 'principi fondamentali' della Carta del 1948. La 'Repubblica', che esce dalla loro officina, ha una dimensione decisamente pluri-ordinamentale, dove, al centro, sta l'ordinamento dello Stato – Stato legislatore –, ordinamento prevalente e prezioso per garantire in una ordinata convivenza le libertà dei cittadini, ma senza dubbio non il demiurgo totalizzante della giuridicità. Accanto, destinata finalmente ad esprimere la complessità dell'universo giuridico, sta quella pluralità ordinamentale che le brutali ideologie fondative della modernità avevano ufficialmente cancellato o di cui si era – almeno – soffocata l'autonomia⁴⁴.

⁴⁴ Paolo GROSSI, *Oltre la legalità*, cit., 24-26. Andrà ricordato come anche questo tema scaturisce da una riflessione di lungo periodo che, ai suoi albori vede un dialogo di cui Capograssi (il Capograssi della Prefazione a 'La certezza del diritto' di Flavio Lopez de Onate (1950), ora in ID., *Opere*, cit., vol. V. spec. 83-89) Salvatore Satta e anche Piero Calamandrei sono protagonisti; infatti il n. 7 del più volte citato *Uno storico del diritto in dialogo con Giuseppe Capograssi* titola già, non per caso, *Il principio di legalità in seno all'esperienza giuridica: la storicizzazione di un mito moderno* (p. 641 e 653-655).

Partendo dalla ‘contestazione critica più rigorosa dello Stato onnipotente e “totale”’, frutto della crisi della modernità⁴⁵ – senza, ben si badi, procedere ad una sua affrettata liquidazione, ma piuttosto ad una sua ricollocazione – si arriva anche a cercare di risolvere il dilemma di cui dicevamo. La proposta potrà apparire a molti provocatoria nella formulazione, ma va tuttavia letta alla luce ‘del tempo lungo’ e delle radici culturali che in parte si è cercato di cogliere negli snodi cruciali; con riferimento alla persistente tendenza a proiettare anche sul piano dell’ordine giuridico globale l’idea che sia possibile configurare una ‘legalità globale’, infatti leggiamo: “Non sarebbe l’ora di togliere questo ingombro della ‘legalità’ per esperienze a cui tale principio non si addice? E cassare il termine dal lessico usuale, sì da non perpetuare possibili equivoci? Unione europea e globalizzazione sono realtà permeate da un arricchente pluralismo giuridico, dove giuristi teorici e pratici sono gli autentici *inventori*; sì arricchente, anche se non ci si deve nascondere il rischio di una dominanza tecnocratica. Perché complicare il quadro con la nozione stonata di ‘legalità’? Stonatissima in un ‘soft law’ globale, ma stonata anche per il diritto europeo in cui la fonte ‘legge’ ha un ruolo ben in-

⁴⁵ Notando come la crisi creatasi con l’avvento dei totalitarismi avesse segnato la fine dello Stato moderno, Capograssi individuava però acutamente che le premesse di quella crisi in realtà risalivano al ‘mondo di ieri’ (una espressione di Stephan Zweig cara anche a Grossi) e che inoltre, visto che l’idea classica di Stato moderno era legata al formarsi della scienza giuridica, si trattava di leggere tutto il percorso in modo diverso dall’usuale: “Lo Stato era una macchina delicata ed efficace, che raccoglieva e depurava le volontà sociali trasformandole dallo stato grezzo nel prodotto finito delle leggi ... Se alla superficie c’erano contrasti, erano contrasti quasi si direbbe tecnici di partiti, che volevano più o meno le stesse cose sostanziali, e divergevano più o meno sulle cose accidentali... Ma insomma tutti erano d’accordo; e in questo accordo nasceva la moderna scienza giuridica, la quale non durava fatica a ritrovare in questo mondo ordinato il sistema, che era dentro alle manifestazioni di quella volontà d’ordine, che era il diritto”. Ma proprio quel mondo di ieri nel quale “il diritto era la forma che lo Stato riempiva del suo contenuto” covava dentro di sé i germi della adveniente crisi distruttiva: “Se crisi è mancata consapevolezza dei disordini segreti che compongono l’ordine apparente della realtà, quel mondo era in crisi. *Ed effettivamente in quel mondo tutto tendeva a farsi astratto...* Il mondo di ieri era un mondo più di pensiero che di volontà. Malgrado le religioni dell’azione, il mondo di ieri si teneva più all’idea dell’azione che all’azione. E perciò I pochi volevano e gli altri seguivano. Gli altri, tutti gli altri, vivevano nella vita privata. Il diritto pubblico viveva all’ombra del diritto privato”. (G. CAPOGRASSI, *L’ambiguità del diritto contemporaneo*, cit., 86-87 e cfr. P. PRINI, *Giuseppe Capograssi e la fondazione della metafisica civile*, cit., 208-209.

feriore a quello della dottrina e soprattutto della giurisprudenza pratica. Pigria di giuristi? Forza penetrante di vecchie mitologie giuridiche? Probabilmente! Ma, se è così, è più corretto parlare di ‘Rule of Law’, rendendolo in italiano con ‘primato del diritto’⁴⁶.

Ecco allora la risposta alla crisi. Primato del Diritto. Ma primato del diritto significa, anzitutto, restituire il diritto alla persona. Non all’astratto soggetto di diritto della tradizione formalistica, ma alla persona ‘in carne ed ossa’, perché appunto “il diritto è la persona umana ... non la persona ha il diritto, ma la persona è il diritto”, perché ancora l’esperienza giuridica della società manifesta quella “coralità del diritto dove hanno voce il ricco e il povero, il nobile e il plebeo, il sapiente e l’ignorante, il mercante e il contadino, protagonisti tutti di una realtà ordinante che si origina negli strati più profondi del ‘sociale’ ed emerge fino ad investire il potere e i suoi detentori.”. Restituire il diritto, anche per il tramite della faticosa opera di ‘invenzione’, ovvero rinvenimento nei fatti, nelle cose stesse delle regole che ad essi si attagliano, ad opera dei giuristi, al cittadino, all’uomo, salvandolo, allo stesso tempo, dall’assoluto del potere; questo ci sembra il messaggio che sgorga da questo itinerario. Un messaggio che trova, in certo modo, anche una sua cristallizzazione simbolica forte.

E la trova in un’iniziativa, non per nulla concretissima, presa dal Grossi Presidente della Corte Costituzionale, ovvero la firma della prima “Carta d’intenti” tra la Corte e il Ministero dell’Istruzione, dell’Università e della Ricerca, e volta a rendere possibile quel “Viaggio nelle Scuole” dei giudici costituzionali, per portare la Costituzione e il suo vivente diritto direttamente ai giovani.

Ma l’attenzione ai giovani, ai suoi studenti chi l’ha vissuta appunto in quella veste sa che era molto di più.

Non era solo amore del pensiero e per la sua trasmissione. Era la sua stessa vita. La sua missione di vita.

E vorrei chiudere questo ricordo con sue parole, ormai lontane nel tempo, ma ascoltate. E chi le pronunciava voleva educare, ma nella libertà, consapevole che la parola, a volte, può cambiare la vita, può diventare veramente un’esperienza.

“Nel programma attuale degli studi della Facoltà giuridica fiorentina la ‘Storia del diritto italiano’ è materia obbligatoria collocata

⁴⁶ Paolo GROSSI, *Oltre la legalità*, cit., 35-36.

all'interno del primo biennio, un biennio squisitamente destinato alla formazione e fondazione critica della cultura d'uno studente di Giurisprudenza. In una simile collocazione si legittimano queste dispense destinate a colmare un vuoto che tanti dotti e brillanti 'manuali' e 'corsi' storico-giuridici lasciano purtroppo scoperto.

Qui infatti non si vuole operare alcun indottrinamento dello studente in ordine all'enorme e *non dominabile*.

Patrimonio di costruzioni e soluzioni che fu il diritto medievale, ma più semplicemente introdurre alla comprensione dei valori portanti di una esperienza giuridica, offrendo una linea interpretativa che serva a mettere in luce non un accumulo di dati e di date, ma un insieme di nodi problematici vivi e vitali anche per il giurista di oggi; una linea interpretativa assolutamente opinabile e discutibile dal principio alla fine, e perciò soltanto fonte e occasione per lo studente d'un suo personale ripensamento e approfondimento della materia”⁴⁷.

Abstracts

Il saggio cerca di ricostruire – indagando in particolare la nozione di esperienza giuridica quale schema nato a seguito della crisi dello Stato moderno e valorizzato nel dialogo con Giuseppe Capograssi – la ‘cifra’ intellettuale e morale del percorso scientifico di Paolo Grossi tra medievale, moderno e post-moderno.

The paper aims at reconstructing the intellectual and moral figure of Paolo Grossi scientific path, especially investigating the notion of legal experience as a scheme born from the crisis of the modern state and valued in the dialogue with Giuseppe Capograssi.

⁴⁷ Paolo GROSSI, *Strumenti interpretativi della esperienza giuridica medievale. Lezioni di Storia del Diritto*, a.a. 1977-1978. (Esemplare non venale riservato esclusivamente agli studenti iscritti ai corsi), *Prefazione*, s.n.p.

Norme che, per proteggere l'ambiente, ponessero limiti alla libertà contrattuale, non difetterebbero di un appoggio costituzionale. Trova qui applicazione l'idea della solidarietà che i contraenti debbono ai terzi ai sensi dell'art. 2 Cost., da mettersi in relazione con il dettato dell'art. 9.

(R. SACCO, in ID., G. DE NOVA, *Il contratto*, 4^a ed., Milano, 2016, 32)

Il costituzionalismo non ha avuto, fino agli anni recenti, ragioni per preoccuparsi delle prevaricazioni intergenerazionali. Ma molti motivi ne ha oggi, e drammatici.

(G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Torino, 2017, 117)

SOMMARIO: 1. Alla ricerca di un lessico «negoziale» per i conflitti «ecologici». – 2. La sintattica: dalle «componenti» ambientali (della «metonimia») alla «sequenza» procedimentale (della «sineddoche»). – 2.1. (*Segue*) Dall'impostazione «erariale» (della «sintattica») all'interesse «esistenziale» (della «semantica»). – 3. La semantica: dalla «negoiazione» competitiva alla «argomentazione» pianificata. – 3.1. (*Segue*) Dalla contrapposizione «autoritativa» alla «sussidiarietà» sostenibile. – 4. La pragmatica: dalla «legittimazione» a disporre all'«esponenzialità» a pretendere. – 4.1. (*Segue*) Dall'«esegesi» testuale all'«ortopedia» regolamentare. – 5. Una (nuova) grammatica: dalla «liceità» invalidante (rinvio). – 5.1. (*Segue*) Alla «meritevolezza» ambientale.

1. *Alla ricerca di un lessico «negoziale» per i conflitti «ecologici»*

La recentissima riforma costituzionale, attuata con L. cost. 11 febbraio 2022, n. 1, recante *Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente*, rappresenta uno di quei singolari tornanti della storia, ove l'incedere “a piccoli passi” di istanze interpretative, tenacemente propugnate, fungono da «cassa di risonanza» per quella marcata «ipertrofia» di materie ad essa collegate, talmente «centripeta» da rasentare l'identificazione con il (solo) di-

* Il presente contributo è destinato agli *Scritti in memoria di Rodolfo Sacco*.

ritto amministrativo: ragionare di diritto dell'ambiente significa(va), perlopiù, discorrere di (taluni aspetti relativi a) quest'ultimo¹.

Di contro, una lettura obiettiva della più recente e qualificata letteratura in argomento, avente sempre più spesso come *leit-motiv* un approccio di chiara matrice «rimediale»², offre al cultore del diritto civile, indotto ad accostarsi a quelle tematiche, non secondarie suggestioni dall'inquadramento (sia pure) pubblicistico di fenomeni, non affatto estranei al dato codificato di diritto comune, di più familiare frequentazione, e tuttavia di non sempre immediato apprezzamento³, rispetto a cui deve oltretutto registrarsi una complicazione

¹ Sul punto, cfr. M. RENNA, *I principi in materia di tutela ambientale*, in G. DE GIORGI CEZZI, P.L. PORTALURI, F.F. TUCCARI e F. VETRÒ, *Il «meritevole di tutela»: scenari istituzionali e nuove vie di diritto*, Napoli, 2012, 293.

² Le cui origini d'Oltreoceano, indagate da U. SALANITRO, *L'enviromental mediation negli USA: uno strumento alternativo per la risoluzione dei conflitti ambientali*, in *Riv. giur. amb.*, 1991, 229 ss., ne giustificano l'esplicita intitolazione, come nel caso di R. LEWANSKI, *La mediazione nei conflitti ambientali*, in F. KARRER e S. CIAMPI (a cura di), *Professionalità ambientali. Competenze integrate per uno sviluppo sostenibile*, Milano, 1997, 335 ss.; ovvero significativamente, di M. GRECO, *L'ordine della necessità. In particolare: la giustiziabilità del danno all'ambiente attraverso i diritti umani*, in B. MONTANARI (a cura di), *La possibilità impazzita. Esodo dalla modernità*, Torino, 2013, 268 ss. In proposito, v. peraltro le osservazioni di M. BARCELLONA, *L'ottica rimediale e la morte della legge*, in *Nuovo dir. civ.*, 2017, 37 ss. (nonché *infra*, nt. 42, in fine).

³ Un nuovo atteggiamento teso alla rivalutazione dei profili privatistici per la tutela ambientale – stimolato, tra l'altro, dalla constatazione della lentezza e talvolta dell'insufficienza dell'intervento statale – ha notoriamente preso avvio, sul finire degli anni Settanta del secolo scorso, a seguito di Cass., sez. un., 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Foro it.*, 1979, I, c. 2303, con osserv. di G. LENER; in *Giur. it.*, 1980, I, 1, c. 859, con nota di S. PATTI, nonché *ibid.*, c. 868, con nota di C. SALVI; in *Giust. civ.*, 1980, I, 357, con nota di F. PIGA, nonché *ibid.*, 1970, con nota di G. CAROTENUTO, in cui si sottolinea il nesso indissolubile tra «salubrità ambientale» e «vita associata», instaurandosi uno stretto rapporto fra la prima e l'art. 3, cpv. Cost., reso esplicito in sede penale dalla successiva Id., 20 gennaio 1983, n. 421, in *Cass. pen.*, 1984, 1685. Non a caso, per S. GRASSI, *Prefaz.*, in M. GRECO (a cura di), *Diritti umani e ambiente. Giustizia e sicurezza nella questione ecologica*, Firenze, 2000, IV: «Il degrado dell'ambiente costituisce un attacco al principio di uguaglianza sostanziale, perché è evidente come i danni ambientali colpiscano in termini più che proporzionali le categorie più deboli dei cittadini. La tutela del diritto all'ambiente si inquadra, perciò, perfettamente nel principio di partecipazione e promozione sostanziale della persona umana, cui si collega il riconoscimento dei diritti sociali». In quest'ottica, tesa a prevenire i rischi del c.d. *green divide*, ossia il «divario ecologico» fra territori, a fronte della previsione presente all'art. 117, comma 2, lett. s) Cost., di una competenza legislativa «esclusiva» dello Stato in materia di «tutela dell'ambiente e dell'ecosistema» (declinato peraltro al singolare), senza tuttavia riferimenti alla «biodiversità», in grado di determinare nuove forme di privilegio, incompatibili con una piena

ulteriore, che chiama in causa non tanto la sistematica del diritto privato, quanto piuttosto (proprio) quella del diritto pubblico.

Invero le tecniche rimediali di derivazione euro-unitaria, pur mantenendo in tale ambito una funzione prevalentemente «ripristinatoria»⁴, non sono più (o soltanto) affidate al dispositivo (civilistico) risarcitorio, prediligendosi il ricorso a procedimenti (amministrativi) di tipo «ingiuntivo», in uno con l'interrogativo circa eventuali limiti ravvisabili nel dettato dell'art. 23 Cost. e, in questa prospettiva, la (conseguente) inapplicabilità al di fuori degli ambiti specificamente previsti dalla legge, né tantomeno con efficacia retroattiva⁵. Come posto autorevolmente in risalto, nella prospettiva «rimediale» testé rievocata, anche «le norme processuali essendo diritto nel più pieno senso della parola, sono anche attributive di posizioni giuridiche soggettive attive e passive, le quali trovano in quelle norme ad un tempo la loro garanzia ed i loro limiti»⁶. Uno snodo nevralgico all'intersezione di ar-

«cittadinanza ecologica», v. ora L. IMARISIO, *La riforma costituzionale degli articoli 9 e 41 della Costituzione: un (prudente) ampliamento di prospettiva del diritto costituzionale dell'ambiente*, in @Piem.Auton., (IX) 2, 2022, spec. § 6.

⁴ Profilo già evocato da L. BARBIERA, *Haftung für Umweltschäden in Deutschland und Italien: Defizite und europäische Herausforderung*, in AA.VV., *Verbraucherkauf, Umwelthaftung, Insolvenzrecht, Wirtschaftsrecht*, Heidelberg, 2004, spec. 108 s.; ora ripreso in L. ARISTEI, *La disciplina del danno ambientale nel d.lgs. n. 152 del 2006. Criticità e spunti di riflessione*, in *amministrazioneincammino.it*, dal 2.3.2020, 19-21, testo e note.

⁵ Si allude all'art. 308, d.lgs. n. 152/2006, nella parte in cui non limita la prova liberatoria alla dimostrazione dell'assenza di colpa, ma la condiziona all'eventuale riconducibilità dell'evento in capo ad un terzo, oppure al rispetto di un ordine pubblico ovvero, infine, con riferimento alla minaccia di danno ambientale, quando l'operatore è costretto a provare la sussistenza di altri presupposti diversi dalla sua condotta colposa, come l'osservanza di autorizzazioni ambientali, ovvero l'inesistenza di un rischio conosciuto o conoscibile relativo ad un'emissione, ad un'attività o modalità di utilizzo di un prodotto (c.d. *permit defence*). In ordine ai «corollari» giurisprudenziali, sull'assunto di partenza che i c.dd. «valori ambientali» non stabiliscono una precisa «linea di demarcazione» (neppure *ratione temporis*) tra «innocuo» e «nocivo», cfr. F. GOISIS, *La natura dell'ordine di bonifica e ripristino ambientale ex art. 17 d.lgs. n. 22 del 1997: la sua retroattività e la posizione del proprietario non responsabile della contaminazione*, in *Foro amm.* - *C.d.S.*, 2004, 567 ss.; ripreso da D. VELO DALBRENTA, *Spettri normativi. Profili critici della responsabilità penale da esposizione del lavoratore ad amianto nell'ordinamento giuridico italiano*, in ID. e C. SARRA, *Res iudicata. Figure della positività giuridica nell'esperienza contemporanea*, Padova, 2013, spec. 311 s. Un significativo avallo si apprende da Cons. St., Ad. plen., 22 ottobre 2019, n. 10, in *Amb. svil.*, 2019, 893 ss., con nota di V. CAVANNA.

⁶ E.T. LIEBMAN, *Diritto costituzionale e processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, 327, ora in ID., *Problemi del processo civile*, Milano, 1962, 151. Un'impostazione rispec-

ticolate impostazioni ricostruttive, testimoniata proprio dall'evocata riforma costituzionale, di cui l'illustre Maestro qui commemorato, con la consueta acutezza forgiata sul raffinato metodo civil-comparato, ha saputo precorrere le «correnti carsiche» oggi riemerse al massimo rango ordinamentale, nel quadro dell'attuale «complessità»⁷.

E così, l'avvertita esigenza di assegnare precipue direttrici alla tipologia di situazioni «conflittuali», all'origine dell'ottica prescelta, non può prescindere dalla ricerca di un apposito «vocabolario del conflitto ambientale», in grado di circoscriverne la fruttuosa gestione (non solo) «economica», stemperandone quella “inquietudine culturale” nella dirimente puntualizzazione che «il fenomeno giuridico è un fatto (...) giuridicamente qualificato»⁸. Una ricerca, come accen-

chiante il monumentale contributo di J.P. GOLDSCHMIDT, *Il processo come situazione giuridica. Una critica del pensiero processuale* [1925], a cura di M. MARINELLI, Torino, 2019, spec. 5 ss.

⁷ Un'accurata sintesi è delineata da A. CALBUCCI, *La complessità del diritto e il diritto della complessità*, in Id. (a cura di), *La complessità del diritto. Nuovi itinerari del pensiero giuridico contemporaneo*, Napoli, 2009, 37 ss.; vi è tornato, di recente, M. VOGLIOTTI, *Introd.*, in Id. (a cura di), *Saggi sulla globalizzazione giuridica e il pluralismo normativo*, Torino, 2013, 12 ss. In tale direzione, anche per una puntuale disamina delle varie proposte di riforma avanzate, cfr. E. LECCESE, *L'ambiente: dal Codice ambientale alla Costituzione, un percorso al contrario?* (Riflessioni intorno ai progetti di legge per l'inserimento dello sviluppo sostenibile e della tutela ambientale tra i principi fondamentali della Costituzione), in G. PASSAGNOLI, F. ADDIS, G. CAPALDO, A. RIZZI e S. ORLANDO (a cura di), *Liber amicorum per Giuseppe Vettori*, Firenze, 2022, spec. 1865 ss.; nonché C. SARTORETTI, *La riforma costituzionale “dell'ambiente”: un profilo critico*, in *Riv. giur. edil.*, 2022, II, 119 ss. Circa il metodo del compianto Maestro, v. ora le belle pagine di K. BOELE-WOELKI, *Rodolfo Sacco's Conception of the Comparative Law Method: A Brief Review*, in *It. L. Journ.*, (2022) no. 1, 1 ss.

⁸ Nell'accezione «linguistica», qui coltivata, ove *termine* e *concetto* sono «modi espressivi» che finiscono per coincidere, approfondita autorevolmente da S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, 33 s., 134 s. e 219 s.; al cui proposito, v. le opportune delucidazioni di C. PALUMBO, *Norma, diritto, interpretazione. Grammatica e filosofia del diritto a partire da Salvatore Pugliatti*, pref. di A. FALZEA, Torino, 2016, spec. 115 ss.; con lievi diversità di sfumature, v. anche B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, rist. 2016, spec. 88 (indispensabile premessa al nuovo orientamento sulle invalidità, di cui *infra*, nt. 67). In mancanza, non si può che prendere atto della «detecnizzazione» del diritto, rinunciando ad ogni rappresentazione razionale dell'ordinamento che diviene insignificante, instabile e non fruibile: cfr. D. MESSINETTI, *Processi di formazione della norma e tecniche «rimediali» della tutela giuridica*, in V. SCALISI (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Milano, 2004, 200 s. Per un quadro prospettico, v. part. G. BOMBELLI, *Grammatiche concettuali: strutture reticolari, post-moderno e Governance*, in Id., *Diritto, comportamenti e forme di*

nato, inevitabilmente complicata – evidenziando, nel contempo, la proficuità dell'indicato approccio – dall'esigenza di dover adattare istituti giuridici concepiti per contesti del tutto eterogenei rispetto al tema esplorato, e che un'icastica visione «sociologica» descrive con la metafora del pastaio impegnato non solo nella confezione del proprio prodotto, bensì a realizzare gli stessi attrezzi necessari a produrlo⁹.

Sta di fatto che, ogni rimedio (*actio*) riesce inesorabilmente funzionale al relativo oggetto controverso (*res*), nonché alla parte (*persona*) richiedente tutela. In questa tripartizione, di risalente ascendenza romanistica¹⁰, è forse possibile intravedere – come si cercherà di mostrare – gli sviluppi di maggiore rilievo, insiti nel rinnovato approccio al tema, per gli interessi della civilistica contemporanea.

2. La sintattica: dalle «componenti» ambientali (della «metonimia») alla «sequenza» procedimentale (della «sineddoche»)

La prima tra le molteplici questioni all'attenzione resta la difficoltà di individuare una nozione «giuridica» di ambiente, da cui farne emergere gli indici di addebito perseguibili in ipotesi di (sua) violazione¹¹. Nell'inadeguatezza di un'impostazione “sintattica”, se

“credenza”, Torino, 2017, 255 ss. Più in generale, che le proposizioni giuridiche siano «discorsive» in quanto inclusive, a livello prescrittivo, delle «argomentazioni di senso» elaborate nel contesto di ragionamenti «giustificativi», è finemente discusso da M. JORI, *A partire da un libro di Aurelio Gentili, osservazioni su interpretazione, metagiurisprudenza, argomentazione come discorso e su quello che fanno o dovrebbero fare i giuristi*, in V. VELLUZZI (a cura di), *Discorsi su Il diritto come discorso*, Pisa, 2017, 143 ss. Con analoghi accenti e perspicue allusioni all'appartenenza «esclusiva» quale potere giuridico «socialmente condizionato», v. esemplarmente R. SACCO, *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Bologna, 2015, 66-69 e 96-97; nonché G. BENEDETTI, *Sull'incertezza del diritto. Dal dogma della certezza a un'ermeneutica critica*, in ID., *Oltre l'incertezza. Un cammino di ermeneutica del diritto*, ivi, 2020, spec. 137 (v. anche *infra*, nt. 29, in fine).

⁹ M. SCLAVI, *Mediazione ambientale: le mani in pasta*, in L. MUSSELLI (a cura di), *La gestione dei conflitti ambientali. Nuove strategie e nuovi strumenti operativi*, Napoli, 2019, 7.

¹⁰ Sulla cui fortuna, v. *amplius* CH. BALDUS, *I concetti di res in Gaio tra linguaggio pragmatico e sistema*, in *Ann. Sem. Giur. Univ. Palermo*, XV (2012), spec. 45 s. (con recenti sviluppi inediti *infra*, nt. 64).

¹¹ Per un'accurata panoramica delle tendenze in atto, con ampio apparato bibliografico e giurisprudenziale, v. ora P. CARPINETO, *La tutela dell'ambiente nella Costituzione italiana*, in *An. Fac. Derecho Univ. La Laguna*, (33) 2016, 99-125; vi è tornato S. GRASSI,

non altro avvinta dalla «vertigine della lista»¹², per via dell'ardua relazione causale con la «vittima ambientale» dovuta alla «dispersione» spazio-temporale degli illeciti e della potenziale scala di riparazione¹³ – chiaro incentivo ad eluderne le sottese responsabilità –, si finisce per declinare il diritto all'ambiente dal paradigma di altri diritti recepiti, quali il diritto alla vita, alla salute, alla proprietà privata¹⁴; ovvero a equipararlo ad una componente specifica, privandolo di una connotazione in grado di ricomprenderlo nella sua integralità¹⁵.

Ambiente e Costituzione, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2017, 3, spec. 7-9. Circa il sostanziale «dualismo» di impostazioni, l'una «sanzionatoria», incentrata sull'idea più risalente di *limitazione* alle attività imprenditoriali nocive; l'altra «ripristinatoria», correlata all'*ingiustizia* di un pregiudizio «adespota» (*rectius*, «collettivamente») risentito per effetto di alterazioni alle matrici ambientali, si sofferma ora U. SALANITRO, *Responsabilità ambientale: questioni di confine, questioni di sistema*, in *juscivile.it*, 2019, 5, spec. 505.

¹² Allusivo dell'omonimo scritto di Umberto Eco, sulle cui implicazioni giuridiche v. acutamente C. SALAZAR, *Leggi regionali sui "diritti degli immigrati", Corte costituzionale e "vertigine della lista": considerazioni su alcune recenti questioni di costituzionalità proposte dal governo in via principale*, in S. GAMBINO e G. D'IGNAZIO (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali. Fra costituzioni nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, Milano, 2010, 404, testo e note.

¹³ L. NATALI, *Green criminology, conflitti socio-ambientali e processi di vittimizzazione ambientale*, in L. MUSSELLI (a cura di), *La gestione dei conflitti ambientali*, cit., 19 ss.

¹⁴ A. GRECO, *Il danno ambientale da inquinamento atmosferico*, in G. PANZA (a cura di), *Profili di diritto privato e metodo casistico*, Bari, 2005, spec. 297. Ne sottolinea l'inadeguatezza a fini risarcitori riferita, a mente della formulazione letterale dell'art. 313, d.lgs. n. 152/2006, ai soli due ultimi «beni» enumerati, G. VILLANACCI, *Il danno ambientale in ambito civilistico tra (poche) luci e (molte) ombre*, in F. PASTORE (a cura di), *La tutela dell'ambiente. Un approccio multidisciplinare* (Atti dell'omonimo Convegno - Cassino, 13 giugno 2014), Roma, 2014, 95 ss. Da ultimo, estende la disciplina della responsabilità ambientale all'inquinamento dell'aria, benché formalmente sottrattane in coerenza alla sottesa logica rimediale, specificamente tesa alla «riparazione» della risorsa naturale, là dove essa richiederebbe piuttosto rimedi di tipo «inibitorio», Cass. pen., 3 luglio 2018, n. 51475, in *ambientelegaledigesta.it*, dal 10.12.2018.

¹⁵ In tal senso, R. CHURCHILL, *Environmental Rights in Existing Human Rights Treaties*, in A.E. BOYLE e M. ANDERSON (eds.), *Human Rights approaches in environmental protection*, Oxford, 1996, 89 ss.; nonché B. CARAVITA DI TORITTO, *Costituzione, principi costituzionali e tecniche di normazione per la tutela dell'ambiente*, in S. GRASSI, M. CECCHETTI e A. ANDRONIO (a cura di), *Ambiente e diritto*, t. 1, Firenze, 1999, 165, per il quale: «Non esiste un 'diritto all'ambiente' azionabile da un soggetto individuale o collettivo davanti ad un giudice, ma tante situazioni soggettive (di volta in volta coincidenti con il diritto alla salute, il diritto alla salubrità dell'ambiente, l'interesse alle informazioni ambientali, i modelli giuridicamente tutelati dell'associazionismo ambientale, etc.) che si pongono nei confronti dell'ambiente in un rapporto di fine a mezzo».

Probabilmente (anche) per questo motivo il diritto all'ambiente ha iniziato ad essere inquadrato, si è visto, in via (amministrativa) «procedurale»¹⁶: vi sono posizioni legittimanti di interesse «meta-individuale», tra cui spicca il diritto «speciale e multidisciplinare» all'informazione ambientale¹⁷, che trovano nell'ecosistema il proprio punto di riferimento e sono strettamente connesse all'obiettivo della sua protezione.

L'essere umano, inteso collettivamente come «società», agisce e si realizza all'interno dell'ambiente ed ogni conseguenza del suo comportamento vi si ripercuote; la relativa salvaguardia si erge, d'altra parte, a «diga di contenimento» all'esercizio dei pubblici poteri, a fronte di un intrinseco «conflitto» tra l'ecosistema bisognoso di preservazione e la forza pervasiva delle attività umane¹⁸. Oggetto di tutela diviene, dunque, la «consapevolezza» sullo stato dell'ambiente da parte dell'individuo, in quanto «vittima» (potenziale) della sua alterazione, tramite «coinvolgimento» nell'assunzione di decisioni in materia, unitamente all'«accesso» ad idonei sistemi «procedimentalizzati», ove l'esperienza comparatistica¹⁹ offre convincenti modelli

¹⁶ A. ANGELETTI, *Introd.*, in ID. (a cura di), *Partecipazione, accesso e giustizia nel diritto ambientale*, Napoli, 2011, 8; prospettiva coltivata, più di recente, da M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Quad. cost.*, 2021, 287 ss. (v. anche *infra*, nt. 64, al testo).

¹⁷ Ne tratta, con dovizia argomentativa, G. CORDINI, *Informazione, diritto, ambiente*, in A. CAMMELLI e E. FAMELI (a cura di), *Informatica, Diritto, Ambiente. Tecnologie dell'informazione e diritto dell'ambiente*, Napoli, 1997, 3 ss.; vi è tornata V. COLCELLI, *Le situazioni giuridiche soggettive nel sistema C.E.D.U.*, 2ª ed., Perugia, 2012, 58 ss.

¹⁸ Distinguendosene tra (responsabilità nel compimento di) attività «biologiche», ove domina il criterio soggettivo della «colpa», rispetto alle attività «economiche», oggettivamente correlate al «rischio imprenditoriale», sulla scia della pionieristica elaborazione di G. VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, in ID., *Opere giuridiche*, I, Roma, 1919, 109 ss.; riscoperto da G. PACCHIONI, *Dei delitti e quasi delitti*, Padova, 1940, 213-214; poi sviluppato da P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, 43 ss.; ora rievocato da V. ROPPO, *Spigolature su responsabilità oggettiva e funzione deterrente*, in AA.VV., *Liber amicorum per F.D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, II, Milano, 2008, 461. A livello sistemico, cfr. S. DEL GATTO, *Poteri pubblici, iniziativa economica e imprese*, Roma, 2019, 52 ss.

¹⁹ Di grande interesse, si mostra M. RUFFATO, *Identità, appartenenza e beni comuni: la cittadinanza oltre una definizione giuridica*, in ID., M. DE MARCHI e M. NATALICCHIO, *I territori dei cittadini: il lavoro dell'OLCA (Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales)*, Padova, 2010, 41 ss.

«a cavallo» tra risoluzione alternativa delle controversie (ADR) e partecipazione pubblica (*Débat Public*)²⁰.

2.1. (*Segue*) *Dall'impostazione «erariale» (della «sintattica») all'interesse «esistenziale» (della «semantica»)*

La prospettiva civilistica, notoriamente sensibile alla valenza “semantica” delle «definizioni»²¹, representerà a questo punto di indubbia pregnanza quanto enunciato dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, per cui l'ambiente designa «l'insieme degli elementi fisici, chimici, biologici e sociali che esercitano una influenza apprezzabile sulla salute e il benessere di ogni essere umano». Si mostra, quindi, rispondente l'opinione di quanti ravvisa che l'ambiente abbracci propriamente la dimensione «giuridica» qualora inteso – di là dalla semplice qualificazione «demaniale» – come *habitat*. Se così, l'ambiente consisterebbe nell'insieme dei profili attinenti all'*habitat* umano e al connesso equilibrio «ecologico» che, essendo assunti dall'ordinamento costituzionale come «meritevoli» di tutela, assurgono ad autentiche situazioni soggettive di natura «esistenziale»²².

²⁰ Utile la consultazione di G. ALPA *et al.* (a cura di), *Un progetto di riforma delle ADR*, Napoli, 2017, 33 ss. Sul ruolo della «negozialità» in tali scenari, v. ora A. MANIACI, *Autonomia privata e conflitto*, in F. DANOVI *et al.*, *I patti preconfittuali*, Torino, 2019, 109 ss. (con sviluppi *infra*, nt. 63).

²¹ Su tale tecnica c.d. «nomo-tetica», cfr. V. FROSINI, *La lettera e lo spirito della legge*, 3^a ed., Milano, 1998, spec. 96. Evidenzia giustamente la progressiva influenza esercitata dalla tecnica legislativa anglosassone (v. *infra*, nt. 30) sul legislatore euro-unitario, GIUS. TUCCI, *La 'legistica' come nuovo problema della moderna scienza della legislazione*, in R. PERCHINUNNO (a cura di), *Il drafting legislativo: il linguaggio, le fonti, l'interpretazione. Sul modo di fare le leggi e i suoi effetti* (Atti dell'omonimo Convegno - Castello Svevo di Bari, 14-15 ottobre 2005), Napoli, 2008, spec. 131. Più nello specifico, v. M. DELLACASA, *Sulle definizioni legislative nel diritto privato. Fra codice e nuove leggi civili*, Torino, 2004, 375 ss.; nonché A. D'ADDA, *Gli scritti giuridici di Andrea Belvedere ed il metodo analitico di un civilista*, in *Pol. dir.*, 2018, spec. 115 ss. Utile anche S. D'ORSI, *Definizioni normative e interpretazione*, in M. ORLANDI, *Del significare. Saggi sulla interpretazione giuridica*, Torino, 2020, 157 ss.

²² P. D'ADDINO SERRAVALLE, *L'ambiente nell'esperienza giuridica*, in V. PEPE (a cura di), *Politica e legislazione ambientale*, Napoli, 1996, 91 ss.; EAD., *La tutela del patrimonio ambientale, culturale e naturalistico nelle pagine della Rassegna di diritto civile*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Temi e problemi della civilistica contemporanea*, ivi, 2005, 301 ss., spec. 308 ss. Sul «nucleo rigido» denotante la relativa intangibilità in quanto «fondamentali» per la persona, richiama l'attenzione G.M. ESPOSITO, *Note minime sulla nozione giuridica di ambiente. Diritti soggettivi e poteri pubblici*, in *TSDP*, XII-2019, spec.

Tale inquadramento troverebbe conforto in una (ri)meditazione dei rapporti tra gli artt. 1223 e 2059 c.c.; in particolare, se tali norme siano «alternative», come potrebbe arguirsi dalla collocazione della seconda dopo l'art. 2056 c.c., oppure «complementari». L'interrogativo implica riferire l'art. 2059 c.c. al(la natura del)le «conseguenze», che devono risultare «tipizzate», a differenza (ma, più correttamente, a prescindere) dal «fatto» lesivo, conseguibile *anche* da un diritto «patrimoniale». Altrimenti opinando, a considerare l'art. 2059 c.c. non già una norma sul (*tipo* di) «danno» (i.e., effetto pregiudizievole) bensì sulla «fattispecie» (i.e., configurazione del *fatto*), a sostituzione e/o specificazione dell'art. 2043 c.c., inteso nel senso della necessità di una «struttura soggettiva» formalizzante l'interesse «non patrimoniale», l'art. 1223 c.c. dovrebbe logicamente valere in proprio.

E tuttavia, la ragione della diversità di «struttura», che ne esalta il (complementare) ruolo «selettivo», piuttosto che «configurativo», risiede nella differenza alquanto intuitiva fra diritti «patrimoniali» e diritti («non patrimoniali») della persona: i primi sono chiamati a dirimere potenziali conflitti sull'appropriazione di risorse «divisibili», con l'effetto che l'attribuzione del diritto *esclude* analoghe prerogative per i terzi; viceversa, i secondi si esauriscono in un'«autoaffermazione» dell'essere del soggetto, *senza precludere* un contemporaneo esercizio (legittimo) da parte di altri soggetti²³.

La difficoltà di tradurre nel lessico «giuridico» aspetti che attoniscono alla «persona» in quanto tale si ripercuote sul modo di concepire l'*ingiustizia* che, nel campo dei diritti «patrimoniali», denota la struttura «formale» (i.e., *proprietà* o *credito*) che ne consente l'«ac-

25-26 (v. *infra*, nt. 98, anche al testo); rimarcandosi l'analogo allineamento della recentissima riforma costituzionale, estranea agli assunti teorici e culturali della c.d. *deep ecology*, su cui cfr. A.C. AMATO MANGIAMELI, *Natur@. Dimensioni della Biogiuridica*, Torino, 2021, spec. 28 ss. Vi è tornato, con utili spunti, S. GATTI, *Il problema dell'illecito lucrativo tra norme di settore e diritto privato generale*, Napoli, 2021, 48 s., 450 s. e 461 s.

²³ Circa l'originaria funzione «complementare» dell'art. 2059 c.c., v. autorevolmente M. BARCELLONA, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2008, 113 ss.; in disparte se l'eventuale esercizio «illegittimo» sia perseguibile (anche) con la «restituzione» di quanto «ingiustamente» ottenuto, secondo la pionieristica impostazione di R. SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Napoli, rist. 1980, spec. 114 ss.; ripresa da A. ASTONE, *L'autonoma rilevanza dell'atto illecito. Specificità dei rimedi*, Milano, 2012, spec. 96, testo e note (v. *infra*, ntt. 87 e 96, in fine); ora messa a punto da Cass., 23 aprile 2020, n. 8137, in *Dir. giust.*, 2020, f. 82, p. 3, con nota di R. VILLANI; in *Resp. civ. prev.*, 2021, 209, con nota di L. CASTELLI.

quisizione» delle connesse utilità, mentre nel campo degli interessi «non patrimoniali» ne diviene «selezione» tipologica. È possibile esprimere il medesimo concetto evidenziando come «nella tutela della personalità, la norma non si esprime attraverso specifiche situazioni soggettive, ma attraverso quegli effetti giuridici che, nella loro sintesi unitaria configurano la soggettività della persona», nel senso che non vi sarebbe spazio «per la rilevanza di una qualificazione oggettiva, dal momento che la soggettività rappresenta il valore finale e autonomo della tutela»²⁴.

In tali contesti, (la «clausola» del)l'ingiustizia assolve alla funzione «autorizzativa» di compiere, tramite un *balance* affidato alla «buona fede», nel suo «equivalente potestativo» di «abuso», il giudizio di «meritevolezza» sull'interesse compromesso, prescindendo da una «struttura» (i.e., diritto soggettivo) che ne formalizzi, mediante una «utilità intermedia», la relazione di «spettanza»²⁵. Ciò non toglie che gli «interessi» della persona, sottesi ad una certa disposizione di legge, ne colgano solo una parte di «rilevanza» e che, per decidere se un eventuale atto negoziale – o altra disposizione di legge contrastante con la prima – ne comporti un'effettiva «lesione», occorre verificare se essa non sia espressione di un interesse della persona altrettanto rilevante, se non addirittura prevalente²⁶.

²⁴ Così, autorevolmente D. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano, 1970, 294 s. La sovrapposizione concettuale tra «danno» (non patrimoniale) e «lesione» (in senso giuridico) era già ben presente, sotto il vigore del previgente c.c., in C.F. GABBA, *Questioni di diritto civile*, II, *Diritto ereditario e diritto delle obbligazioni*, Torino, 1898, 250; ripreso da D. MANDRIOLI, *Studi sul delitto civile*, Voghera, 1918, 45, ed *ivi* nt. 1. Un'acuta rilettura ne prospetta L. NIVARRA, *La tutela giurisdizionale dei diritti. Prolegomeni*, Torino, 2018, spec. 81 ss. (v. anche *infra*, nt. 79).

²⁵ Cfr. E. NAVARRETTA, *Dikaion come nomimon e dikaion come ison: riflessioni in margine all'ingiustizia del danno*, in AA.VV., *Liber amicorum Busnelli*, cit., 617 ss. Sui nessi tra «ingiustizia» e «bilanciamento di interessi», v. la persuasiva indagine di N. RIZZO, *Giudizi di valore e «giudizio di ingiustizia»*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, 234 ss.; utile anche I. MARTONE, *Il giudizio di meritevolezza. Questioni aperte e profili applicativi*, Napoli, 2017, spec. 20 ss.; circa peraltro il doveroso distinguo rispetto alla «diceità», v. acutamente M. PENNASILICO, *Dal «controllo» alla «conformazione» dei contratti: itinerari della meritevolezza*, in AA.VV., *Liber amicorum Vettori*, cit., 3093 e 3103 ss. In relazione all'«abuso», cfr. V. VELLUZZI, *Dietro la maschera. Abuso del diritto soggettivo e interpretazione*, in A. BALLARINI (a cura di), *Novecento del diritto*, Torino, 2019, spec. 335-336 (v. anche *infra*, nt. succ.).

²⁶ Sul rapporto «bene - diritto - utilità» nella prospettiva in esame, resta classico A. MINOZZI, *Studio sul danno non patrimoniale (danno morale)*, 2ª ed. riv., Milano, 1909,

Di guisa che, per quanto la tutela della persona globalmente intesa possa essere l'obiettivo di una «pluralità» di formulazioni pre-cettive, tale «unicità» può essere ricostruita dall'interprete a livello di sistema «rimediale», attraverso un bilanciamento degli interessi «conflittuali» che vi mettono capo. Il parametro, con cui valutarne l'allocazione, dipende in questi casi non tanto dal *riconoscimento* (sul piano formale) di una situazione soggettiva, quanto dal *modo* in cui tale allocazione è protetta; con la differenza, di non poco momento, per cui, mentre nel caso dei diritti «patrimoniali» tale parametro esprime l'*infungibilità* – ossia, il tasso di (in)sostituibilità – di una risorsa con un'altra, commisurando il danno all'eventuale maggior costo (o minor guadagno) alla stregua del «mercato», riguardo ai diritti «non patrimoniali» esso è tarato sull'*inerenza* con cui selezionare la «compromissione» identificativa (*rectius*, fonte) di danno alla «persona»²⁷.

23 ss.; ancora attuale, inoltre, Ar. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, in Id., *Opere giuridiche*, I, Roma, 1932, 16 s. In quest'ottica si spiega, ad es., la possibilità per un regolamento contrattuale che imponga al lavoratore subordinato, in contrasto con norma inderogabile, un «demansionamento» di non essere considerato lesivo della persona, quindi esente da «abusività» se, tenuto conto delle circostanze, sia diretto a salvaguardare altro interesse del lavoratore, prevalente rispetto a quello tutelato dalla norma. E così, la tutela della professionalità della persona, di cui il divieto di demansionamento è espressione, risulterebbe cedevole di fronte alla tutela del lavoro, anch'essa espressione della dignità umana, là dove situazioni di crisi dell'impresa impongano la scelta tra «demansionamento» e «licenziamento». V., sul punto, A. ALBANESE, *La norma inderogabile nel diritto civile e nel diritto del lavoro tra efficienza del mercato e tutela della persona*, *Riv. giur. lav.*, 2008, I, spec. 176 s. Una conferma normativa si evincerebbe dall'attuale art. 2103 c.c., nel testo riformulato dall'art. 3, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81.

²⁷ Sulla rilevanza «ambientale» nei meccanismi di «fungibilità» dei beni, v. ora A. FARÌ, *Beni e funzioni ambientali. Contributo allo studio della dimensione giuridica dell'ecosistema*, Napoli, 2013, 224 ss.; nonché E. FAZIO, *L'oggettività giuridica*, Milano, 2016, spec. 218 s. In disparte la questione se tale «inerenza» debba comunque essere ancorata alla «mediazione» di apposita previsione legale, nel cui difetto provocare una (preventiva) pronuncia di legittimità costituzionale dell'art. 2059 c.c., in relazione all'art. 2 Cost., secondo l'impostazione delineata da P. VIRGADAMO, *Danno non patrimoniale e "ingiustizia conformata"*, Torino, 2014, spec. 85 ss. Sul punto, si rinvia peraltro agli importanti rilievi sistematici enucleati da A. IULIANI, *La fisionomia del danno e l'ampiezza del risarcimento nelle due specie di responsabilità*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 177, ed *ivi* nt. 111.

²⁸ G. GALILEI, *Dialogo sopra i due massimi sistemi del mondo tolemaico e copernicano*, in Id., *Le Opere*, ed. naz. dir. A. Favaro, VII, Firenze, rist. 1968, 115. Sul punto, v. anche A. GIACHETTA, *Il progetto ecologico oggi: visioni contrapposte*, *ivi*, 2010, spec. 55-56. Il profilo implica la transizione in atto dal riduzionismo «prospettico» alla concretizza-

Un valore «personalistico» si eleva a pregiudizio *risarcibile* là dove esso riceva un «complementare» riconoscimento *ex art.* 1223 c.c. che, pur riflettendone attraverso il «lucro cessante» l'importanza assunta per il (singolo) danneggiato, ne indica altresì il superamento della soglia di (giuridica) «rilevanza», in quanto sottratto ad «idiosincrasie» individuali. Orbene l'ambiente, lungi dal designare etimologicamente un «asettico» (galileiano) «spazio [*n.d.r.* circostante] nel quale si trova una persona o un oggetto»²⁸, diviene situazione «giuridica», poiché (antropica) «proiezione» della stessa «persona», nella misura in cui la «qualità» del primo rappresenta un *infungibile* attributo «es[i]s[t]enziale» *inerente* al *diritto alla qualità di vita*²⁹ di quest'ultima.

L'inevitabile «ibridazione»³⁰ degli esiti protettivi, alla confluenza della «magmatica» categoria del c.d. *danno biologico*³¹, riecheggia per

zione «situazionale», mirabilmente ricostruita da T. MARCI, *Codificazione artistica e figurazione giuridica. Dallo spazio prospettico allo spazio reticolare*, Torino, 2014, spec. 610 ss.

²⁹ Cfr. S. GRASSI, *Principi costituzionali e comunitari per la tutela dell'ambiente*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alberto Predieri*, t. 2, Milano, 1996, 907 s.: «se l'ambiente è una proiezione della persona e la qualità dell'ambiente è un aspetto essenziale del diritto alla qualità della vita, le norme che garantiscono i diritti della persona e il diritto ad una vita migliore riconoscono implicitamente anche il diritto umano all'ambiente». Ne condivide l'impostazione, all'esito di una stringente disamina anche della giurisprudenza costituzionale in tema, E. LECCESE, *Danno all'ambiente e danno alla persona*, ivi, 2011, 30 ss. Per un suggestivo approccio storico alle radici (francescane) della «fisicità corporea» quale entità «biologica» dipendente da altre entità «ecologiche» per la sua sopravvivenza, v. J.-P. BAUD, *Il caso della mano rubata. Una storia giuridica del corpo*, ivi, 2003, 133 ss. e 243. Il tema, con importanti variazioni, sarà rielaborato dal pensiero fichtiano relativo alla necessaria «finalizzazione» «per» l'«uso esclusivo» (i.e., proprietà) di una risorsa, limitatamente alla «tutela» (i.e., *actio*), non già alla «spettanza» (i.e., *res*): cfr. C. SABBATINI, *Appunti sulla proprietà nello Handelsstaat fichtiano: tra testo e contesto*, in A. BALLARINI (a cura di), *La storicità del diritto. Esistenza materiale, filosofia, ermeneutica*, Torino, 2018, spec. 233 e 236-237 (con risvolti *infra*, ntt. 80 e 93).

³⁰ V. *funditus* M.R. MARELLA, *Struttura dell'obbligazione e analisi rimediabile nei danni non patrimoniali da inadempimento*, in *Riv. crit. dir. priv.* 2013, spec. 52 s. Sulle origini nel *common law* della doppia valenza (personale e patrimoniale) del termine *property*, v. la pregevolissima indagine di A. IANNARELLI, «Proprietà», «immateriale», «atipicità»: i nuovi scenari di tutela, in ID., *Proprietà e beni. Saggi di diritto privato*, Torino, 2018, 250-252, testo e note.

³¹ Ne ricostruisce puntualmente i tortuosi itinerari, G. ALPA, *Il danno biologico. Percorso di un'idea*, 3^a ed., Padova, 2003, spec. 29 ss. Sul perdurante dibattito giurisprudenziale in merito alla sua esatta configurazione, cfr. F. SCAGLIONE, *Danno non patrimoniale ed illecito endofamiliare nel sistema della responsabilità civile*, in *Dir. e proc.*, 2018, 172, ed *ivi* nt. 19.

grandi linee la notoria polarità tra «regole di responsabilità» (*liability rules*) e «regole di proprietà» (*property rules*): a seconda che il trasferimento di una risorsa avvenga per il tramite di una «misura» (involontaria), che ne subordini la compromissione al versamento compensativo del pregiudizio, in contropartita, tuttavia, al sacrificio di valori c.d. «idiosincratici» (i.e., d'uso individuale); ovvero mediante «scambio» (volontario) idoneo a ricomprenservi nel costo l'intera area (anche) di quest'ultimi valori³². Da un lato, la (sua eventuale) lesione potrà, quindi, manifestarsi come conseguenza dell'inadempimento *in senso stretto*, innescando un «conflitto» di tipo «relazionale» implicante responsabilità contrattuale; ovvero *in senso ampio*, sfociando in un «conflitto» di tipo «distruttivo» (o più spesso «degenerativo») di una risorsa, perseguibile dalla responsabilità aquiliana, entrambe ascrivibili a forme di tutela c.d. «per risarcimento» (*liability rules*). D'altro lato, potrà suscitare «conflitti» di tipo «usurpativo» della «titolarità», là dove il problema non sarà più (soltanto) di «risarcimento» (patrimoniale o non patrimoniale), bensì (soprattutto) di *restitutio in integrum*, ascrivibile a forme di tutela c.d. «per vincolo» (*property rules*)³³.

L'«inviolabilità» della questione (civilistica) «ambientale» viene, dunque, esaltata dall'attuale revisione costituzionale (ex artt. 2 e 41 Cost.) in termini di «libertà [n]e[lla] responsabilità»: *libertà* di «rivendicare» (sia pure *uti gestor*)³⁴ il godimento «intergenerazionale»

³² Si allude alla celebre «matrice» delle variabili «acquisitive» elaborata da G. CALABRESI e A.D. MELAMED, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, in (85) *Harv. L. Rev.*, 1972, 1089 ss.; in seguito ripresa e sviluppata sempre da G. CALABRESI, *The simply virtues of the cathedral*, in (106) *Yale L. J.*, 1997, 2201 ss. Sensibilità affini sembra emergano in A. BELFIORE, *Interpretazione e dommatica nella teoria dei diritti reali*, Milano, 1979, 4 ss., 155 ss. e 575 ss.

³³ Seguendo la perspicua classificazione proposta da V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, 4^a ed., Torino, 2020, spec. 22 ss.

³⁴ Alla stregua della «solidarietà costituzionale» quale fonte *sub specie facti* di «comportamenti dovuti» (su cui, v. acutamente S. ORLANDO, *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, spec. 1044), ciascuno esercitando «vicendevolmente» (i.e., a scopi «altruistici») tale *funzione* «comunitaria», in piena sintonia con il dato normativo, che riconosce al «mandatario» – nonché, suo tramite (arg. ex art. 2030, c. 1, c.c.), anche al «gestore d'affari» – l'esperibilità di azioni petitorie: in termini, P. SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, Torino, 1999, 429 ss.; nonché G. DI ROSA, *Il mandato - I. Nozione*, in ID. (a cura di), *I contratti di collaborazione*, ivi, 2011, 81, anche in nt. 166. Per una recente conferma giurisprudenziale (non a caso in ambito «con-

delle risorse naturali esistenti, atte a soddisfare esigenze primarie (arg. ex art. 144, c. 2, d.lgs. n. 152/2006); ma, per ciò stesso, *responsabilità* (*ex contractu* e/o *ex delicto*) poiché, non costituendone l'immediata conversione in termini «patrimoniali», risponde al dovere «solidale» di *meritevolezza* c.d. «sine-allagmatica»³⁵ dei relativi «asseti» *nel* (i.e., attraverso «schemi negoziali» di) «mercato», ponendo “in esponente” ogni pregiudizio alla sua preservazione quale (*rectius*, a stretto ridosso della) lesione dell'«autonomia contrattuale»³⁶.

Nel solco attualmente tracciato dall'art. 37 Carta di Nizza, il principio dello *sviluppo sostenibile* mostra di compendiare al meglio queste interrelazioni, contestualizzando l'originaria «difesa» ambientale (erariale/petitoria)³⁷ all'interno di una visione euro-unitaria di «giustizia» (contrattuale) diacronica³⁸.

dominiale»), v. Cass., 7 ottobre 2020, n. 21533, in *Dir. giust.*, 2020, f. 193, 10, con nota di M. TARANTINO.

³⁵ In uno alla recentissima revisione dell'art. 41 Cost., v. ora L. CASSETTI, *Riformare l'art. 41 della Costituzione: alla ricerca di “nuovi” equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente?*, in A. PAPA, F. PIZZETTI e F. SCUTO (a cura di), *Il costituzionalismo multilivello nel terzo millennio. Scritti in onore di Paola Bilancia*, in *Federalismi.it*, 4, dal 2.2.2022, 188 ss.; utile, altresì, la sagace indagine di E. CATERINI, *Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale*, Napoli, 2018, spec. 100-105, per il quale un contratto «è socialmente sostenibile quando è giusto perché distribuisce equamente i poteri regolamentati, senza essere luogo di esercizio dell'abuso» (con pari acume recensita da M. PENNASILICO, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 1511 s.). In posizione critica, v., altresì, U. MATTEI e A. QUARTA, *Punto di svolta. Ecologia, tecnologia e diritto privato. Dal capitale ai beni comuni*, Sansepolcro, 2018, 139-187.

³⁶ Di qui, l'autentico «mutamento di paradigma» in tale ambito (con sviluppi *infra*, nt. 66), brillantemente tracciato da M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile e “contratto ecologico”: un altro modo di soddisfare i bisogni*, in ID. (a cura di), *Contratto e ambiente. L'analisi “ecologica” del diritto contrattuale* (Atti dell'omonimo Convegno - Bari, 22-23 ottobre 2015), Napoli, 2016, 287 ss.; ripreso e sviluppato in ID., *Emergenza e ambiente nell'epoca pandemica. Verso un diritto dello “sviluppo umano ed ecologico”*, in M.A. ICOLARI (a cura di), *La tutela dell'ambiente al tempo della crisi pandemica*, Torino, 2022, 53 ss.; più in generale, v. anche R. TUCCILLO, *Profili di rilevanza ambientale nella disciplina dei contratti pubblici e privati*, in *Nuovo dir. civ.*, 2019, 189 ss. La dimensione «diacronica» è approfondita da R. MIGUEZ NÚÑEZ, *Brevi osservazioni sui doveri intergenerazionali a tutela dell'ambiente nel diritto civile*, in P. PANTALONE (a cura di), *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente. Sviluppi, sfide e prospettive per Stati, imprese e individui* (Atti dell'omonimo Convegno - Milano, 7 ottobre 2021), Modena, 2021, 84 ss.

³⁷ Ne ripercorre attentamente gli sviluppi, S. BOCCHINI, *La Corte dei conti ed il risarcimento del danno ambientale*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, 289 ss.

³⁸ Con proficui approfondimenti in D. LA ROCCA, *Giustizia sociale e diritto europeo dei contratti nella crisi economica*, in A. CANTARO (a cura di), *Giustizia e diritto nella*

3. *La semantica: dalla «negoziiazione» competitiva alla «argomentazione» pianificata*

Volendo, pertanto, emanciparsi da una “semantica” dei conflitti ambientali altrimenti relegata alla «tipologia di opere» ovvero alla «qualità di attori», nel tentativo di delineare il «peso specifico» della *negozialità* alla luce delle precedenti osservazioni, converrà focalizzare l'attenzione, da un lato, sulle loro intrinseche motivazioni e le logiche che le animano; d'altro lato, sugli interventi associati ai (triplici) paradigmi esegetici dianzi tratteggiati. Ne emergono fondamentalmente tre (paralleli) nuclei concettuali, intorno a cui aggregare sia l'elaborazione dei modelli interpretativi, sia la definizione dei metodi di intervento nella pratica gestionale³⁹.

Un *primo* modello, definibile «ambiente e sicurezza», ritiene che il conflitto ambientale sia la reazione obbligata e deterministica alla *scarsità di risorse* e richiede l'azione dei pubblici poteri nel garantire una nuova forma di sicurezza, quella «ambientale». Appartengono a questo modello, di chiara impostazione «erariale» (i.e., *property rules*), le c.dd. «guerre dell'acqua», che si paventa potrebbero insorgere in un prossimo futuro per via del c.d. *land grabbing* nonché dei cambiamenti climatici, insieme al «fardello sociale» connesso alle prevedibili migrazioni⁴⁰.

scienza giuridica contemporanea, Torino, 2011, 277 ss. Del resto, non sorprende che la conferma di tale visione venga dall'Unione Europea, ove diritti «economici» e diritti «fondamentali» hanno da sempre convissuto su un piano assai più paritetico rispetto alla nostra Carta fondamentale. Nello specifico, cfr. A. MOLITERNI, *La transizione alla green economy e il ruolo dei pubblici poteri*, in G. ROSSI e M. MONTEDURO (a cura di), *L'ambiente per lo sviluppo. Profili giuridici ed economici*, Torino, 2020, 55. Da ultimo, v. COM(2021) 240 final., *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle regioni su un nuovo approccio per un'economia blu sostenibile nell'UE. Trasformare l'economia blu dell'UE per un futuro sostenibile*, del 17 maggio 2021, 1.

³⁹ M. DE MARCHI, *Conflitti socio-ambientali e cittadinanza in movimento*, in M. BAGLIANI e E. DANSERO, *Politiche per l'ambiente dalla natura al territorio*, 2ª ed., Torino, 2011, 322. Più in generale, v. anche P. GIANNITI, *La composizione delle liti mediante l'attività dei difensori. L'accertamento contrattuale*, in Id. (a cura di), *Processo civile e soluzioni alternative delle liti. Verso un sistema di giustizia integrato*, Roma, 2016, 349 ss.

⁴⁰ Da varie angolazioni, cfr. M.G. STANZIONE, *Precautionary Principle, Civil Liability and the Right to Health*, in L. WESTRA, K. BOSSELMANN e V. ZAMBRANO (eds.), *Ecological Integrity and Land Uses. Sovereignty, Governance, Displacements and Land Grabs*, New York, 2019, 219-230; S. MAROTTA, *Le forme dell'acqua. Economia e politiche del diritto nella gestione delle risorse idriche*, Napoli, 2019, 172 ss.; R. MICCÙ e M. FRANCAVIGLIA, *Le*

Un *secondo* modello, definibile «ambiente e negoziazione» – plausibilmente idoneo a raggruppare le insorgenze patologiche da c.d. *culpa in contrahendo* (i.e., *liability rules*) –, pone l'accento sulle difficoltà delle parti coinvolte nell'adottare (auspicabili) procedure di «mediazione», in grado di disinnescare eventuali contrapposizioni: ad es., tra comunità territoriali, indotte a ritenere «invasivo» (proprio) perché puramente «lucrativo» un impianto localizzabile nel proprio bacino di riferimento, rispetto ai relativi promotori convinti dell'assoluta incapacità di quelle comunità nel cogliere il valore tecnologico della scelta, (proprio) perché pregiudizialmente contrarie a qualsiasi progetto⁴¹. La centralità del dialogo, il riconoscimento delle diverse posizioni e delle ragioni delle parti coinvolte, la costruzione di un clima di fiducia, sono elementi fondanti nell'elaborazione di un accordo non solo «accettato», ma «condiviso» e poi «attuato», di pari passo al superamento del monopolio statale sulla «giurisdizione» e il graduale ingresso, non solo a livello teorico, di tecniche compositive ispirate al principio di semplificazione⁴².

forme giuridiche dell'acqua. Le dimensioni costituzionali di uno strumento di coesione sociale e territoriale, Torino, 2019, 20-25, 43 ss. e 126 s. Sul particolare caso argentino del fiume Atuel, v. ora R.L. e P. LORENZETTI, *Diritto ambientale*, Napoli, 2020, 191 ss.

⁴¹ Sulla c.d. sindrome «NIMBY», cfr. A. MOLOCCHI, *Non nel mio giardino. Il dissenso ambientalista e lo sviluppo sostenibile*, Napoli, 1998, *passim*; ne esamina i risvolti giuridici, F. SPINA, *Sociologia dei Nimby. I conflitti di localizzazione tra movimenti e istituzioni*, Lecce, 2009, 142 ss. Della tendenza verso un «diritto negoziato» in relazione all'attuale «complessità», discorre A.-J. ARNAUD, *Le sfide della globalizzazione alla modernità giuridica*, in M. VOGLIOTTI (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, 2008, 93 s.

⁴² Significativa in tal senso Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883, § 2.4, *sub c*) motiv., in *Foro it.*, 2009, I, c. 806, con nota di V. POLI; in *Giust. civ.*, 2009, I, 47, con nota di G. NAPPI. Come osserva R. LEWANSKI, *Democrazia delle infrastrutture, infrastrutture per la democrazia*, in D. BIANCHI e G. GAMBA (a cura di), *Ambiente Italia 2007. La gestione dei conflitti ambientali*, Milano, 2007, 61 s.: «i processi deliberativi mirano non semplicemente ad aiutare le parti in conflitto a trovare un accordo soddisfacente, ma a produrre una trasformazione nel modo in cui una questione viene considerata per giungere ad un consenso informato». Il profilo involge, oltretutto, delicati equilibri «inter-statali» (es., reti di trasporto intermodale), in presenza di un fenomeno per sua natura «sconfinato» e, pertanto, ascrivibile al catalogo dei diritti «umani»: su cui, v. già acutamente S. PATTI, *La tutela civile dell'ambiente*, Padova, 1979, 16 ss. e 29; nonché C. CONSOLO, «Jus cogens» e «rationes» dell'immunità giurisdizionale civile degli Stati esteri e loro funzionari: tortuosità finemente argomentative (inglesi) in materia di «tortura governativa» (saudita), in ID., V. COLESANTI, C. GHIA e F. TOMMASEO, *Il diritto processuale civile nell'avvicendamento giuridico internazionale. Omaggio ad Aldo Attardi*, I, Padova,

Visto in questi termini, il modello discusso sembra profilare soltanto positività, se è vero che punta molto sulla trasparenza e lo stimolo di un processo di apprendimento nella gestione «compartecipata» del conflitto; e tuttavia, almeno due aspetti appaiono critici. Anzitutto, la dimensione «preventiva» della negoziazione: il modello, infatti, viene per lo più adoperato quando il conflitto è già in atto, mettendo in parentesi il clima esacerbato tra le parti, maturato in situazioni conflittuali rimaste irrisolte, per privilegiare la ricerca di soluzioni «da qui in avanti», risultando oltretutto applicabile nella misura in cui i protagonisti riescano razionalmente a «misurare» lo scarto tra benefici ottenibili «in assenza» di accordo (c.d. BATNA, *Best Alternative To a Negotiated Agreement*), e pregiudizi (in)evitabili malgrado il suo perfezionamento⁴³.

Un'ulteriore criticità atterrebbe alla configurazione «sbilanciata» di potere tra gli attori, presenti al tavolo negoziale, sovente non presa in debita considerazione. Ben vero che l'«isotropia» del potere e la libertà individuale di esprimere i propri interessi sono le basi dei modelli di democrazia pluralista, su cui sorgono e si affermano i modelli «partecipativi»; un più attento esame dei processi decisionali mostra, tuttavia, come i diversi attori possano mettere in gioco risorse talora non comparabili⁴⁴.

Il principale limite del modello in discorso risiede proprio nella priorità assegnata alla produzione dell'accordo, mantenendo un approccio «neutrale» rispetto allo «squilibrio» di poteri, quando non sia lo stesso «mediatore» ad essere istituzionalmente dotato di particolari «poteri di indirizzo» nient'affatto trascurabili⁴⁵. Ciò potrebbe

2009, 307 ss. Sul sotteso «spazio del diritto dal basso ed emancipatorio», cfr. A. ALGOSTINO, *Diritto proteiforme e conflitto sul diritto. Studio sulla trasformazione delle fonti del diritto*, Torino, 2018, 124 ss. Circa lo «specchio rotto delle fonti», la cui ricomposizione è oggi affidata all'interprete, è lucidamente introdotto da D. CANALE, E. PARIOTTI e B. PASTORE (a cura di), *Ermeneutica e positività del diritto. Studi in onore di Giuseppe Zacaria*, Roma, 2019, 7-11.

⁴³ Su cui, v. in part. M. ANDRETTA, *L'identità dei comitati: tra egoismo e bene pubblico*, in D. DELLA PORTA (a cura di), *Comitati di cittadini e democrazia urbana*, Soveria Mannelli (CZ), 2004, 71-96.

⁴⁴ Sui «condizionamenti» del c.d. *expertise* in connessione ai rischi di «politicizzazione della scienza», cfr. L. PELLIZZONI, *Conflitti ambientali. Esperti, politica, istituzioni nelle controversie ecologiche*, Bologna, 2011, 15 ss.

⁴⁵ Come nell'esperienza, sperimentata per la prima volta nella periferia di Rotterdam, sede olandese del polo petrolchimico Shell, del *Residential Advisory Board*, esami-

portare anche ad accordi funzionanti, ma propedeutici di conflitti più complessi nel lungo periodo, generando una sensazione di «sperquazione» tra parti più o meno svantaggiate dall'intesa, malgrado tutto, raggiunta⁴⁶.

3.1. (Segue) Dalla contrapposizione «autoritativa» alla «sussidiarietà» sostenibile

Le questioni lasciate aperte dai modelli procedurali «partecipativi» di risoluzione dei conflitti sono il punto di partenza per un *terzo* modello di giustizia ambientale, rivelatore di quanto le dinamiche territoriali interpellino la giustizia «distributiva» nella dimensione socio-spaziale⁴⁷. Si tratta di un approccio più ambizioso rispetto a quello (precedente) di negoziazione «asimmetrica» in quanto, mentre quest'ultimo si pone in un'ottica di «pragmatismo decisionale» al fine di escogitare una soluzione soddisfacente per le parti coinvolte, l'altro mira ad un programma strategico «condiviso» basato su posizioni «informate»⁴⁸. Il modello, definibile «ambiente

nata da M. OTTOLENGHI e F. TOLLARI, *Il R.A.B.: uno strumento tra comunicazione e negoziazione*, in A. BRATTI e A. VACCARI (a cura di), *Gestire i beni comuni. Manuale per lo sviluppo sostenibile locale*, Milano, 2006, 357 ss.

⁴⁶ Utili approfondimenti in G. OSTI e L. PELLIZZONI, *Conflitti e ingiustizie ambientali nelle aree fragili. Un'introduzione*, in *Partecipazione e conflitto* (monotem.), 6(1) 2013, 5-13.

⁴⁷ Non a caso: «Il carattere conflittuale della politica ambientale discende, in primo luogo, dalle asimmetrie distributive di costi e benefici che essa implica in relazione ad aree geografiche o a gruppi sociali» (così, R. LEWANSKI, *Governare l'ambiente. Attori e processi della politica ambientale*, Bologna, 1997, 21). Il diverso approccio diretto, al contrario, a far prevalere l'esigenza di convergere verso progettualità di sviluppo condivise, in grado di massimizzare la «coesione sociale» nei modi di regolazione della «responsabilità» dei territori, è affrontato nel recente lavoro collettaneo a cura di P. MESSINA, *Oltre la responsabilità sociale di impresa. Territori generativi tra innovazione sociale e sostenibilità*, Padova, 2019, spec. 261 ss.

⁴⁸ *Mutatis mutandis*, il divario ricalca il distinguo tra «accordo bonario» e «transazione», ben rimarcato, anche con riferimenti giurisprudenziali, da E. FIGLIOLIA, *Gli istituti della transazione e dell'accordo bonario nella disciplina dei contratti pubblici*, in *Rass. Avv. St.*, 2014, 3, 231 ss. Vi si rispecchia la (parallela) «cesura» tra *negoziazione* e *argomentazione*, in cui la prima si fa veicolo di «razionalità tattica» tesa al successo, mentre la seconda di «razionalità comunicativa» onde ricercare un'intesa (*rectius*, una pianificazione strategica), acutamente delineata da V. CALDERAI, *Interpretazione dei contratti e argomentazione giuridica*, Torino, 2008, 65 s.

ed eco-cittadinanza»⁴⁹, esamina il ruolo dell'ambiente nella conflittualità, nonché la dimensione della «discriminazione» ambientale e dei diritti umani, primariamente riconosciute nella Convenzione di Aarhus⁵⁰ del 1998, osservando il conflitto come opportunità di confronto fra «progettualità territoriali alternative»⁵¹.

In tale contesto, non sembra inopportuno rintracciare la ricerca *norm-advocacy* della *negozialità* in una rilettura «costituzionalmente orientata» non (tanto e) solo del principio dell'agire privatistico nel segmento di attività *consensuale/vincolata* della P.A., quanto piuttosto nella più ampia operatività *ex art. 11, cpv., L. n. 241/1990 s.m.i.* dei «principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili» anche per il segmento di attività *autoritativa/discrezionale*⁵². Inevitabile, in tal guisa, segnalare che quei principi incontrano attualmente un formidabile «trasformatore permanente»⁵³ di efficacia nel principio costituzionale di c.d. «sussidiarietà orizzontale» (art. 118, comma 4, Cost.), in forza del quale ri-

⁴⁹ Espressione della più complessa «legittimazione sociale» veicolata dalla rinnovata nozione di «cittadinanza globale»: su cui, cfr. L. CORCHIA, *Scenari della partecipazione politica locale*, in M.A. TOSCANO (a cura di), *Zòon politikòn*, II, *Politiche sociali e partecipazione*, Firenze, 2010, 193 ss.

⁵⁰ Sul cui art. 9, recante il c.d. «Terzo Pilastro» sull'accesso alla giustizia ambientale, v. in part. N. DE DOMINICIS, *L'accesso alla giustizia in materia ambientale. Profili di diritto europeo*, Torino, 2016, 27 ss.

⁵¹ In quest'ottica, «decidendo di intraprendere un processo partecipativo, le istituzioni debbono dunque cedere una parte del loro potere, sia pure parzialmente e temporaneamente, accettando di svolgere il ruolo di promotori piuttosto che di decisori. (...)». E può rivelarsi un «gioco a somma positiva»: ciò che l'amministrazione «perde» in potere di scelta viene recuperato abbondantemente in termini di legittimazione delle scelte e di consenso attorno al suo operato» (così, R. LEWANSKI, *La prossima democrazia: dialogo - deliberazione - decisione*, in <http://eepurl.com/bLyfPj>, 2016, 109-110). Più diffusamente, v. anche M. FARINOSI, *Comunicazione e processi partecipativi*, Milano, 2019, 11 ss.

⁵² Circa la congenialità di tale modello agli ambiti in esame, cfr. A. CALLEGARI, *Gestione dei conflitti e mediazione*, in *Dir. quest. pubbl.*, 2013, 13, 467-468; nonché, sul parallelo ripensamento della «funzione amministrativa», S. VINTI, *La circolarità logica del diritto amministrativo. Decostruire concetti per ordinare frammenti*, Torino, 2014, spec. 173 ss.

⁵³ Riprendendo la celebre formula, riferibile all'art. 10 Cost., già intuita da T. PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*, II, Padova, 1952, 28; poi coniata da L. CONDORELLI, *Il «riconoscimento generale» delle consuetudini internazionali nella Costituzione italiana*, in *Riv. dir. int.*, 1979, 5 ss., spec. 16. Sulla peculiare portata «personalistica» *ex art. 2 Cost.*, v. spec. R. BIN, *Diritti e fraintendimenti: il nodo della rappresentanza*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Berti*, I, Napoli, 2005, 365 s.

scoprire una rinnovata legittimazione negoziale «simmetrica», alla cui stregua l'attore pubblico intercetta le prerogative esercitabili dagli operatori privati in posizione di assoluta «pariteticità», e la cui valutazione di «compatibilità» è rimessa (tra l'altro) proprio al principio dello *sviluppo sostenibile*⁵⁴.

Un «campo d'elezione» per l'applicabilità del principio – ora meglio declinabile in termini di c.d. *sussidiarietà sostenibile* – è quello dei sempre più diffusi strumenti «a base volontaria» di tutela dell'ambiente⁵⁵, con cui fare «prevenzione» puntando sull'incentivo di determinati comportamenti e rimettendo alla (evocata) *libertà responsabile* di ciascuno la decisione *se* (o *prosequire* nel) porli in essere, piuttosto che imporli o, rispettivamente, vietarli secondo il tradizionale modello «autoritativo» del *command and control*⁵⁶. In sostanza, esiste un'ampia gamma di attività «ecologicamente impat-

⁵⁴ Alla cui stregua individuare, altresì, la platea delle materie (lecitamente) «sussidiabili» secondo il principio (comparativo) di «meritevolezza», espressione *ex art.* 2645-ter c.c. del peculiare grado di «rilevanza», tra cui l'insieme delle ipotesi estrapolabili dall'attuale disciplina dell'impresa «sociale» *ex d.lgs.* 3 luglio 2017, n. 112, nel testo risultante dal (correttivo) d.lgs. 20 luglio 2018, n. 95, comprendente anche gli interessi «ambientali» (v. *amplius* S. MEUCCI, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, Milano, 2009, spec. 261 ss., testo e note; vi è tornato G. AMADIO, *Lezioni di diritto civile*, 4ª ed., Torino, 2020, 115 ss.). Per più specifici ragguagli sulla relativa valenza «negoziale», anche in rapporto all'art. 41 Cost. (v. *supra*, nt. 35), indispensabili restano G. PALERMO, *L'autonomia negoziale*, 3ª ed., Torino, 2015, 55 s.; P. PERLINGIERI, *Sussidiarietà e diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 687 ss.; E. DEL PRATO, *Principio di sussidiarietà e regolazione dell'iniziativa economica privata*, ora in ID., *Principi e metodo dell'esperienza giuridica. Saggi di diritto civile*, Torino, 2018, 1 ss. In posizione dialettica, v. peraltro N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, 170.

⁵⁵ Su cui, cfr. U. SALANITRO, *Tutela dell'ambiente e strumenti di diritto privato*, in M. MAUGERI e A. ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009, 381 ss. E ciò, in quanto: «questo formidabile strumento costituzionale di cooperazione ha consentito di guidare l'azione di tutela ambientale multilivello della pubblica amministrazione (sussidiarietà verticale) e di bilanciare interessi pubblici e privati attraverso l'uso combinato di istituti di derivazione amministrativistica e privatistica (sussidiarietà orizzontale)» (così, A. BUONFRATE, *Principi del nuovo diritto dello sviluppo sostenibile*, Milano, 2020, 27).

⁵⁶ V. *amplius* M. DE GREGORIO, *Poteri autorizzatori e poteri di controllo della pubblica amministrazione. Profili generali e di tutela dell'ambiente*, in ISPRA, *Manuali e Linee Guida*, n. 160, Roma, 2017, spec. 22 ss. Ne recupera oculatamente la valenza «teleologica» promozionale (in linea con quanto osservato *supra*, nt. 63, al testo), nella segnalata prospettiva della recentissima riforma costituzionale, A. MITROTTI, *Territorio, interessi in contesa e modifiche agli articoli 9 e 41 Cost. Prime riflessioni sul "permitting" ambientale*, in @Soc. dir., 2022, 13, spec. 107 s.

tanti», rispetto alle quali l'ordinamento mostra di optarne per l'assoggettamento al rispetto del generale principio «chi inquina paga» in chiave «precauzionale», al cui cospetto i modelli «partecipativi» negoziati, espressione di procedure di mediazione, potrebbero rivelarsi cedevoli nel perseguimento di obiettivi «eco-sistemic» di più vasta portata.

Basti qui un brevissimo cenno al riformato dispositivo negoziale «eco-transattivo» ex art. 306-*bis* d.lgs. n. 152/2006, per il quale, nel silenzio legislativo, ed anzi nella soppressione della qualifica «non novativa», resta salva la facoltà (espressamente menzionata nel previgente art. 2, c. 5-*bis*, d.l. 208/2008) di «utilizzare i terreni o singoli lotti o porzioni degli stessi, in conformità alla loro destinazione urbanistica, qualora l'utilizzo non risulti incompatibile con gli interventi di bonifica [omissis], sia funzionale all'esercizio di un'attività di impresa e non contrasti con eventuali necessità di garanzia dell'adempimento evidenziate nello schema di contratto»⁵⁷.

Saranno soprattutto le scienze economiche ad incaricarsi di fornire, nel prossimo futuro, un riscontro in ordine alla concreta attitudine di questi innovativi strumenti a garantire il perseguimento degli obiettivi ambientali, senza compromettere gli *standard* di «sviluppo» prefissati dalle politiche di «crescita» elaborate a livello euro-unitario ed internazionale⁵⁸.

4. La pragmatica: dalla «legittimazione» a disporre all'«esponenzialità» a pretendere

La «pragmatica» del civilista⁵⁹ può, peraltro, da subito giovare di questo nuovo modello «solidale» *lato sensu* «partenariale»⁶⁰, onde

⁵⁷ In tema, cfr. P.A. DE SANTIS, *La transazione in materia ambientale alla luce della l. n. 13 del 2009 tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Giur. mer.*, 2012, 2491 ss.

⁵⁸ In tal senso, v. già T. SCOVAZZI, *Tutela dell'ambiente e diritti dell'uomo*, in *Riv. giur. amb.*, 1994, 234.

⁵⁹ Esplorata nell'opera profonda e lucidissima di A. BELVEDERE, *Pragmatica e semantica nell'art. 12 preleggi*, ora in ID., *Scritti giuridici*, I, *Linguaggio e metodo giuridico*, Padova, 2016, 487 ss., spec. 495 s. (v. anche *infra*, nt. 99, al testo).

⁶⁰ Ben rimarcato da A. DI GIOVANNI, *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Torino, 2012, spec. 140 ss.; ripreso in B. AGOSTINELLI, *L'«autonoma iniziativa» dei privati nell'economia solidale. Nuove prospettive della sussidiarietà*, Napoli, 2018, 207 ss.

verificarne possibili «saldature operazionali»⁶¹ rivenienti da perspicue analisi, finora condotte dal versante pubblicistico, (ancora una volta) nella triplice direzione – sulla «falsariga» dell'evocata tripartizione romanistica – dell'estensione della «legittimazione ad agire» (*personae*), della rilevanza di «vizi» procedimentali (*res*), nonché dell'intensità del «sindacato giurisdizionale» sull'attività posta in essere (*actiones*)⁶².

In primo luogo, il riconoscimento della legittimazione ad agire in capo al singolo o ad enti esponenziali per la tutela di un (anche proprio) interesse «diffuso», ovvero il suo ampliamento sino a consentire azioni c.dd. «popolari» a tutela dell'ambiente, si intreccia con la configurazione e l'interpretazione della «separazione dei poteri». Utili spunti appaiono estrapolabili dalla collaterale esperienza in ambito gius-lavoristico, ove, di là da sintomatiche disposizioni codicistiche *enviromental compliance* (arg. ex art. 2087 c.c.), mette conto osservare la peculiare conformazione della «condotta antisindacale».

Il comportamento censurato, rilevante ai fini della fattispecie, non è individuato – come si ritrae dalla formulazione dell'art. 28 St. lav. – sulla base di caratteristiche strutturali tipizzate, bensì secondo la sua idoneità a ledere i beni protetti (i.e., la libertà e l'attività sindacale, nonché il diritto di sciopero). Trattasi, pertanto, di nozione costruita dal legislatore in modo volutamente ampio e definita, per questo, «teleologica» e «strutturalmente aperta»⁶³, poiché stabilisce soltanto la

⁶¹ Quali «elementi di fatto necessari per produrre un effetto giuridico», secondo la nozione delle c.dd. «Tesi di Trento», da A. GAMBARO, P.G. MONATERI e R. SACCO, voce *Comparazione giuridica*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., III, Torino, 1988, 48 s.

⁶² M. ROVERSI MONACO, *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza amministrativa. Profili ricostruttivi*, Bari, 2018, 6; in esito alla recentissima riforma costituzionale, v. anche D. VALLETTA, *La tutela dell'ambiente, lo sviluppo sostenibile e il giudice amministrativo*, in *Riv. Corte conti*, 2022, I, spec. 52 ss.

⁶³ M.G. GAROFALO, *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, Napoli, 1979, 51. Sui limiti del diritto «regolativo» al cospetto di nozioni «a contenuto variabile», non a caso nel medesimo contesto, cfr. P. LOI, *Il principio di ragionevolezza e proporzionalità nel diritto del lavoro*, Torino, 2016, 143 ss. Per l'interessantissima ri-codificazione cinese, in base al principio di «civiltà ecologica» di cui all'art. 9 del relativo Libro I (sulle disposizioni generali) in uno all'idea di «sviluppo in progressione», v. ora la stringente analisi di M. PENNASILICO, *Il "contratto ecologico" tra Italia e Cina: verso un nuovo paradigma giuridico*, in *Ann. dir. comp. st. leg.*, (XII) 2021, spec. 192 ss.; non meno pregnante l'esperienza brasiliana facente leva sulla protezione «costituzionale» dell'ambiente, ai sensi dell'art. 225 Cost. Fed., a giustificazione della derivata tutela «collettiva», nonché delle connesse tecniche di ADR, quale possibile modello in-

direzione verso cui la condotta datoriale deve indirizzarsi, lasciando all'interprete la verifica dei comportamenti materialmente offensivi.

La scelta normativa di non tipizzare la fattispecie è stata effettuata nella consapevolezza che un'aprioristica predeterminazione dei comportamenti datoriali, ai fini della configurazione di una condotta «antisindacale», avrebbe implicato un *vulnus* di tutela nei confronti di quelle pratiche lesive che, in un contesto estremamente mutevole come la realtà del (anche qui) «conflitto» aziendale, sarebbero difficilmente inquadrabili una volta per tutte dalla «legge» (e dalla «scienza»). La conseguenza di tale inquadramento induce a reputare «legittimati attivi» *ex art.* 28 St. lav. anche gruppi della c.d. «autonomia operaia», qualora avessero trovato un «coagulo» a livello nazionale.

Ricalcato *a contrario* sulla condotta «eco-(in)compatibile», analogo ragionamento imporrebbe, anzitutto, di esplicitarvi la «dialettica» visione giuridica sottesa alla protezione dell'ambiente: «ego-centrica» o «eco-centrica». Per la prima, l'individuo è gerarchicamente e funzionalmente sovraordinato al patrimonio naturale, strumento di soddisfacimento dei suoi bisogni. L'approccio di tipo (non più «ego-», bensì) «eco-centrico» reclama, invece, l'utilizzabilità degli strumenti privatistici mediante un rapporto «uomo-natura» edificato attorno alla nozione di interesse «diffuso».

Un tentativo di muoversi verso quest'ultimo obiettivo è stato rappresentato dalla proposta di modifica dell'art. 24 Cost., elaborata dalla Commissione Bozzi nel 1985, e mai ripresa per quanto sempre attuale, onde riconoscere al massimo rango l'azione in giudizio per la tutela di siffatti interessi⁶⁴. Si potrebbe, cioè, reputare che la disciplina sulla responsabilità «ambientale», lungi dal costituire un modello «ec-

terpretativo anche della recentissima riforma costituzionale domestica, su cui cfr. M. ABELHA RODRIGUES, *Ação civil pública e meio ambiente. Tutela contra o ilícito, o risco e o dano ao equilíbrio ecológico*, 4ª ed., São Paulo, 2021, 81 ss. e 157 ss.

⁶⁴ Ineludibili le premesse sviluppate da M. CARDUCCI, voce *Natura (diritti della)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., VII, Torino, 2017, 486 ss.; nello specifico, v. F. RAITO TRABUCCO, *Tutela dell'ambiente e diritti dei singoli*, in *Amb. svil.*, 2019, 628. Sui relativi fondamenti «gius-antropologici», v. acutamente R. SACCO, *Il soprannaturale e il diritto*, in *Nat'l Ital. Amer. Bar Ass'n L. Journ.*, 23 (2015), 35 ss.; ripresi da G. ALPA, *Dalla tutela dell'ambiente al riconoscimento della "natura" come soggetto di diritto. Una rivisitazione delle categorie del diritto civile?* in *Riv. it. sc. giur.*, 2020, spec. 29 ss. Vi è tornato M.W. MONTEROSI, *L'orizzonte intergenerazionale del diritto civile. Tutela, soggettività, azione*, Pisa, 2020, 259 ss.

centrico”, esprima lo sviluppo coerente, nell’ambito della tutela relativa ai c.d. «beni comuni», del sistema della responsabilità civile, pur sempre vincolata ad un disegno «personalistico», e tuttavia suscettibile di espandersi rispetto a «valori», a loro volta, “sporgenti” – per quanto visto – ben oltre la dimensione «idiosincratica». E ciò, alla stregua di una (collaudata) impostazione di tipo «esponenziale», ove il collegamento, sia pure problematico (anche sul piano processuale), tra la tecnica «risarcitoria» (*liability rule*) e l’obbligo di «riparazione» (*property rule*) della risorsa compromessa, sollecita forse – come a breve si dirà – un ulteriore sforzo di concettualizzazione⁶⁵.

Resta che, se l’«ambiente» coincide con l’insuperabile «contesto entro cui» (*ad litteram*) “circostanziare” il modo d’essere del soggetto nelle proprie «autodeterminazioni», nessuna «relazione» è pensabile nell’ottica riduttiva di una «pattuizione anelastica», poiché questa va necessariamente intesa (e, nel caso, rimodulata) in funzione delle sue ricadute non soltanto sui soggetti contraenti, ma anche su quanti dai «riflessi» di quel contratto (arg. ex art. 1372, cpv., c.c.) vengano intercettati.

Ciò equivarrebbe ad affermare che l’atto di autonomia «eco-compatibile», in quanto interferente con un «bene comune», si differenzia profondamente dai consueti schemi invalsi, atteggiandosi come *contratto a protezione di terzi indeterminati*⁶⁶. Vi fa da (coe-

⁶⁵ V. *infra*, § 5.1. Una meditata riconsiderazione, impossibile in questa sede, circa il fondamento della «tipicità» dei diritti reali, connesso al profilo in esame, è offerta da F. MEZZANOTTE, *La conformazione negoziale delle situazioni di appartenenza*. Numerus clausus, autonomia privata e diritti sui beni, Napoli, 2015, spec. 151-156; v., altresì, U. SALANITRO, *Il danno ambientale tra interessi collettivi e interessi individuali*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 246 ss. Peraltro, con un’accentuazione riguardo ai danni «non patrimoniali» *ex contractu*, qualora azionati in via «collettiva», malgrado la recente riforma dello speciale procedimento con L. 12 aprile 2019, n. 31, vi richiama l’attenzione R. PARDOLESI, *Inadempimento contrattuale, danno non patrimoniale, azione di classe: note minime su disvalore, disappunto, irrisorietà e altro ancora*, in *Danno resp.*, 2020, 95 ss.

⁶⁶ M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi “ecologica” del contratto*, in P. POLLICE (a cura di), *Liber Amicorum per Biagio Grasso*, Napoli, 2015, 482 s. Sotto questo profilo, potendosi valorizzare al massimo rango (i.e., alla stregua dell’«utilità sociale» ex art. 41, cpv., Cost.) la pari sussistenza dell’(evidenziata *supra*, nt. 34) *utile gestione* «altruistica», con la conseguenza che il vincolo *ex mandato* sia suscettibile di esplicitare, con l’ausilio degli artt. 1723, cpv. e 1726 c.c., i propri effetti «eco-conformativi» ex artt. 1419 e 2028 c.c. direttamente nella posizione giuridica di tutti gli «interessati» (secondo l’originaria prospettiva, sempre gius-lavorista, di M. NOVELLA, *L’inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, Milano,

rente) sfondo la parallela rilettura che le patologie invalidanti stanno incontrando nell'interpretazione «conformativa» della recente giurisprudenza di legittimità⁶⁷, supportata da autorevoli indirizzi incentrati sul principio di «ragionevolezza» quale paradigma ermeneutico di ogni «regola negoziale»⁶⁸.

4.1. (Segue) Dall'«esegesi» testuale all'«ortopedia» regolamentare

In secondo luogo, la possibilità per il giudice di non annullare provvedimenti affetti da vizi del procedimento, qualora non abbiano influito sul «risultato», giusta quanto previsto dall'attuale art. 21-*octies*, cpv., L. n. 241/1990 s.m.i.⁶⁹, è a sua volta connessa con la «delimitazione dei poteri», poiché riserva al giudice la prerogativa di «sostituirsi» all'amministrazione, nel ripercorrerne il procedimento, effettuando in sede «processuale» gli adempimenti omessi nella fase «procedimentale».

Non v'è, quindi, da sorprendersi se la suggestiva lettura «a palindromo»⁷⁰ tra *autonomia privata* e *giurisdizione*, in direzione dei rapporti in ordine al *se* ed *entro quali limiti* sia consentito al giudice «sindacare» l'esercizio del potere di autoregolamentazione, assegnato per legge alle parti, “per converso” impegnate a renderlo con-

2009, 212). Per una lettura alternativa, incentrata sul paradigma della contrattazione «a favore di terzo», cfr. R. CIPPITANI, *La solidarietà giuridica tra pubblico e privato*, Perugia, 2010, 367 ss. e 416 ss. Ad una declinazione al plurale dell'«autonomia negoziale» in prospettiva assiologica, invita giustamente G. ALPA, *Le 'autonomie contrattuali' tra mercato e persona*, in ID. e V. ROPPO (a cura di), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Roma-Bari, 2013, 204 ss., spec. 218 ss.

⁶⁷ In esito alle indispensabili premesse ricostruttive di A. LA SPINA, *Destrutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, Milano, 2012, spec. 353 ss.; v., altresì, *funditus* S. PAGLIANTINI, *Il punto e la linea: nullità contrattuale e rilievo officioso dopo il 2014*, ora in ID., *Sulle nullità. Itinerari di uno studio*, Napoli, 2020, 51 ss. Sull'incerto equilibrio operativo della (connessa) «etero-integrazione» fra «contenuto» ed «effetti», cfr. F. CASTRONOVO, *Autonomia contrattuale e disponibilità dell'integrazione*, Torino, 2017, 85 ss.

⁶⁸ N. LIPARI, *Diritto civile e ragione*, Milano, 2019, 38 ss. e 224; nonché U. BRECCIA, *Chiaroscuri della scienza giuridica contemporanea (a margine del libro di Nicolò Lipari, Diritto civile e ragione)*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 132.

⁶⁹ Esentata da censure di illegittimità costituzionale, secondo Corte cost., (ord.) 17 marzo 2017, n. 58; sulla cui portata applicativa, si diffonde G. CREPALDI, *Le pronunce della terza via. Difesa e collaborazione nel processo amministrativo*, Torino, 2018, 184 ss.

⁷⁰ Ad opera di M. CONFORTINI, *Autonomia privata e giurisdizione*, in *juscivile.it*, 2018, 3, 413.

trattualmente sempre più «impermeabile» a tale intrusività, evidenzia la diretta conseguenza di una cornice «imperativa» che, in materia ambientale, finisce per tradurre l'efficacia «prevenzionale» cogente da ascrivere al dispositivo negoziale, all'uopo valutabile *sub judice* in sede di: a) interpretazione del contratto; b) integrazione del regolamento contrattuale; c) sindacato sull'(eventuale *anche* omesso) esercizio, da parte del contraente, di facoltà e/o diritti allo stesso attribuiti *ex lege* o *ex contractu*; d) controllo sulla meritevolezza dell'assetto di interessi contrattualmente delineato.

Orbene, la parte preponderante degli interventi, in genere operati dal giudice di legittimità sul rapporto contrattuale – e riferibili ai primi tre gruppi – si allineano, in sostanza, alle scelte effettuate dai contraenti, con finalità, da un lato, di *chiarimento* di ciò che l'art. 1362 c.c. designa come la «comune intenzione delle parti», d'altro lato, di *specificazione*, sempre nell'ottica dell'operazione «voluta» dai contraenti, facendo emergere quella che, senza un apprezzabile sacrificio dell'uno rispetto all'altro, meglio ne realizzi gli interessi (nel caso, «eco-compatibili»).

Viceversa, gli interventi del quarto gruppo si pongono, in linea di massima, *in contrasto* con tali scelte, per finalità di *correzione* dell'assetto di interessi predisposto⁷¹, con un'avvertenza: mentre, qualora la censura di «immeritevolezza» colpisca il contratto nella sua interezza, l'esito finale sarà quello della giuridica *irrelevanza* e, conseguentemente, della *liberazione* delle parti da qualsivoglia vincolo; nell'ipotesi in cui analoga censura ne attinga, invece, soltanto una clausola, l'intervento giudiziale si risolverà nel v[e]i[n]colare le parti ad un contratto *diverso* (nel caso, «eco-compatibile») da quello dalle stesse originariamente voluto, con un *salto di qualità* non da poco nel sindacato sul rapporto contrattuale, rispetto a quelli cui le corti erano fin qui aduse⁷².

⁷¹ Per le precedenti considerazioni, cfr. C. GRANELLI, *Autonomia privata e intervento del giudice*, in *Contratti*, 2017, spec. 630 ss., testo e note. Peraltro, che la funzione «integrativa» per via giudiziale della buona fede non vada sopravvalutata, nei limiti applicativi dell'art. 1229 c.c., è autorevolmente illustrato da G. DE NOVA, *Arbitrato, contratto, danno*, Torino, 2019, 103-104.

⁷² Ne discute proficuamente M. LAMICELA, *La riscoperta del giudizio di meritevolezza ex art. 1322, co. 2, c.c. tra squilibrio e irrazionalità dello scambio contrattuale*, in *Ric. giur.*, 5(2016), 2, 211 ss.; nonché A.M. GAROFALO, *Meritevolezza degli interessi e correzione del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, 1205 ss. (a commento di Cass.,

D'altronde, da almeno due lustri si insegna che: «la violazione dell'obbligo di comportarsi in buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo non solo nel caso di rottura ingiustificata o di conclusione di un contratto invalido, ma anche nell'ipotesi in cui il contratto valido risulti pregiudizievole per la parte vittima dell'altrui comportamento scorretto»⁷³. Facendo applicazione di siffatto principio, si finisce parimenti con il modificare – *sostanzialmente* – l'assetto di interessi, pur lasciando – *formalmente* – del tutto inalterato il relativo rapporto contrattuale.

5. Una (nuova) grammatica: dalla «liceità» invalidante (rinvio)

Tale ultimo profilo è destinato a coniugarsi secondo la nuova «grammatica», con cui valorizzare, anche in ottica civilistica, gli esiti del sindacato sull'attività procedimentale e, quindi, del controllo giurisdizionale sulla ricostruzione del «fatto», in particolare sulla c.d. discrezionalità «ambientale»⁷⁴.

Un *primo*, sul piano della discrezionalità «tecnica» – esercitabile in virtù di competenze esorbitanti da quelle strettamente giuridiche – presuppone ambiti contraddistinti da elevata incertezza scientifica, in cui le potenzialità applicative delle «specifiche tecniche» di

sez. un., 17 febbraio 2017, n. 4224). Per un efficace inquadramento, v. ora E. MINERVINI, *La «meritevolezza» del contratto. Una lettura dell'art. 1322, comma 2, c.c.*, Torino, 2019, 43 ss.; nonché M. PENNASILICO, *Contratto e interpretazione. Lineamenti di ermeneutica contrattuale*, 4^a ed., ivi, 2021, 41 s. Circa la valenza della nuova clausola costituzionale di «utilità ambientale», espressiva dei due «ambienti», naturale ed economico, non in un'ottica «gerarchica», bensì di «co-essenzialità», rispecchiando tanto le logiche economiche del mercato europeo, quanto il piano personalistico quale asse portante della nostra Carta fondamentale, cfr. D. GRIFONI, *Il concetto di «utilità ambientale» nell'art. 41 Cost. Riflessioni a seguito della Legge costituzionale n. 1/2022*, in *AmbienteDiritto.it*, 2022, 3, spec. 17 s.

⁷³ In termini, da ultimo, Cass., 14 febbraio 2022, n. 4715, ampiamente considerata da F. VALENZA, *Il contratto nel diritto comparato. Libertà e giustizia contrattuale a confronto*, Milano, 2023, spec. 290 s. Sulle specifiche implicazioni «rimediali», cfr. G. AFFERNI, *Buona fede e responsabilità nella formazione del contratto*, in A. GAMBARO e U. MORELLO (a cura di), *Lezioni di diritto civile. Casi, questioni e tecniche argomentative*, Milano, 2012, 6-7, 35-36. Un'approfondita riflessione tratta dall'intricata vicenda giudiziaria, che ne ha ridestato l'attenzione, si legge in G. VETTORI, *Il contratto e i rimedi. Verso una società sostenibile*, 4^a ed., Padova, 2021, 1010 ss.

⁷⁴ D. DE PRETIS, *Discrezionalità e ambiente*, in D. DE CAROLIS, E. FERRARI e A. POLICE (a cura di), *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, Milano, 2006, 458.

conformità ambientale (e della c.d. consulenza «percipiente» a supporto)⁷⁵ risultano da tempo appannaggio della civilistica più avveduta occupatasi di oggetto del contratto, *aliud pro alio*⁷⁶ e dinamiche probatorie circa eventuali difetti, «irrinunciabili» neppure ai sensi dell'art. 1972 c.c.⁷⁷.

Un *secondo*, sul piano della discrezionalità «amministrativa», fa sì che gli interessi «ambientali» debbano essere considerati «proporzionalmente» (in quanto «vincoli») a quelli di stampo «patrimoniale»⁷⁸. In tal guisa, la corrispondente previsione civilistica di (altrettanti) rimedi (sia pure) di tipo «invalidante» si rivelerebbe scarsamente idonea a garantire l'*effettività* della tutela ambientale, ogniqualvolta l'esercizio di prerogative negoziali si esplichi – come il più delle volte – in atti «materiali» nocivi, difficilmente perseguibili attraverso una censura appropriata, per contro, soltanto rispetto ad ipotesi (alquanto residuali) ove tale esercizio si concreti in atti puramente «formali».

In quest'ultimi casi, si tratterebbe piuttosto della sistematica violazione di «regole di comportamento», imposte dall'art. 1337 c.c. ai soggetti durante la «formazione del contratto», la cui inosservanza implicherebbe «responsabilità» *senza* talora incidere sulla (formale) «validità» dell'atto (presupposto), ove presente; oppure insorgente automaticamente *ex art.* 1173, ult. inciso, c.c., in relazione a quei medesimi *fatti idonei* a sprigionare «abuso», alla stregua dell'(evidenziato) *equivalente funzionale* della «buona fede», peculiare al precedente contesto. A patto di soggiungere, però, che *in conformità all'ordinamento* nell'adottare un modello «rimediale» rivolto a fornire

⁷⁵ Sui criteri distintivi da quella c.d. «deducente», cfr. P. MORABITO, *La consulenza tecnica d'ufficio*, in AA.VV., *La prova nel processo civile - Quad. C.S.M.*, n. 108, I, Roma, 1999, 339 ss.; con aggiornamenti, anche giurisprudenziali, in E. VIANELLO, *Consulenza tecnica d'ufficio*, Padova, 2015, 68 ss.

⁷⁶ Su entrambi i (concomitanti) profili, v., per tutti, E. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto* (Artt. 1346-1349), in *Comm. c.c. Schlesinger*, dir. F.D. Busnelli, 2ª ed., Milano, 2015, spec. 147 ss.

⁷⁷ Eloquente in proposito, Cass., 18 ottobre 2018, n. 26168, in *Dir. giust.*, 2018, f. 184, 9, con nota di S. CALVETTI, in coerenza con quanto *supra*, nt. 67.

⁷⁸ A. SAU, *La proporzionalità nei sistemi amministrativi complessi. Il caso del governo del territorio*, Milano, 2013, spec. 122 ss. Sull'emergere dell'«interesse ambientale», cfr. G. ENRIQUEZ, *Contrattazione e trasformazione del territorio*, Bari, 2008, 39 ss.; nonché F. PARENTE, *Territorio ed eco-diritto: dall'ecologia ambientale all'ecologia umana. Sviluppo olistico del territorio e dimensione protettiva della vita*, Napoli, 2022, 21 ss.

una tutela congrua con la natura «diffusa» di *interessi* costituzionalmente rilevanti, quest'ultima assumerebbe *in ogni caso* una chiara torsione «ripristinatoria»⁷⁹.

Se ne coglierebbe un (possibile) guadagno esegetico a proposito delle domande «plurime» (*rectius*, azionabili in via «collettiva») da parte di singoli, non solo nel caso in cui il pregiudizio ambientale infici la pertinente sfera di godimento (come in ipotesi di immissioni c.d. «olistiche»), bensì soprattutto qualora ne sia «attinta» una sfera «esterna», al cospetto di (separate) pretese risarcitorie comprensive delle utilità che la collettività abbia perduto, in conseguenza della compromissione di risorse naturali *private* (i.e., *non* assoggettate a «vincoli»): ossia, «la quota individuale del danno collettivo»⁸⁰. In questi casi, la lesione è estranea alla sfera di godimento «esclusivo» del singolo, nel senso che la perdita di utilità ambientali non implica una vera e propria «lesione», quanto piuttosto il venir meno di quei «vantaggi» (in *economic analysis*, «esternalità positive») ⁸¹, di cui il singolo ha sino a quel momento beneficiato, senza tuttavia sostenerne alcun costo specifico.

In base ad un'impostazione di tipo «funzionale», fondata sull'ampliamento della nozione di *danno ingiusto* per «disarticolarne» i (perennemente) «mobili confini»⁸² – pur nella diversità dal feno-

⁷⁹ Alla luce degli artt. 2, 24 e 111 Cost., sancenti il diritto a un «rimedio effettivo» (v. *supra*, nt. 42). Sull'attuale portata di tale principio, v., per tutti, G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020, spec. 61 ss.; *adde*; A. CARRATTA, *Tecniche di attuazione dei diritti e principio di effettività*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 1 ss.; nonché M. LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, 1071. V. anche *infra*, nt. 93, al testo.

⁸⁰ Così, P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017, 52. Significative, in tal senso, le aree destinabili a c.d. «orti solidali» per scopi di «auto-sussistenza»: su cui, v. C. BUDA, *Comunità urbane in azione: quando la città è un bene comune*, in M.C. MARCHETTI e A. MILLEFIORINI (a cura di), *Partecipazione civica, beni comuni e cura della città*, ivi, 2017, 67 s. Ampia trattazione dei profili processuali, in relazione alle concezioni dell'«ambiente», in R. DONZELLI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, 2008, 675 ss. Sulla specifica distinzione tra azioni di classe «olistiche», «discrete» e «miste», in seguito alla novella, S. BRAZZINI e P.P. MUIÀ, *La nuova class action*, Torino, 2019, 125 s.; nonché, per un utile compendio, a margine del c.d. «caso ILVA» (di Taranto), M. RENNA, *Attività di impresa, sostenibilità ambientale e bilanciamento tra diritto alla salute e iniziativa economica privata*, in *Contr. impr.*, 2022, spec. 552 ss., testo e note.

⁸¹ Ne illustra origini e attuali diramazioni, P. PARDOLESI, *Economic analysis of law: ieri, oggi, domani*, in *Ann. Dip. Jon. Univ. Bari*, II (2014), spec. 312 ss.

⁸² V. ampiamente, in strettissima connessione con l'ambito in esame, S. PATTI, *Le*

meno che vi ha da tempo ricompreso la «lesione del credito»⁸³ –, la giurisprudenza (teorica e pratica) ha prospettato una rilettura del c.d. «sistema di tutela dei diritti umani *ad incastro*» alla vita privata e familiare, suscettibile di lesione per effetto di deterioramento ambientale “esterno” al proprio raggio di «spettanza»⁸⁴; facendosi applicazione *ex art.* 311, c. 3, d.lgs. n. 152/2006 del regime di «parzialità» ai soli danni derivanti da *distinti* comportamenti nocivi, in subordine a quello (generale) ivi previsto della «solidarietà» *ex art.* 2055 c.c. qualora *diversi* soggetti prendano parte al *medesimo fatto* produttivo di danno⁸⁵.

Ad ogni modo, si tratterebbe di un modello «sucedaneo», in cui l’«esorbitante» estensione della tecnica *risarcitoria* si giustificerebbe, in sostituzione di quella più consona al *ripristino* di risorse a vocazione «collettiva», ogniquale volta la disciplina di settore resti inoperante, al fine di colmare una lacuna «assiologica» derivante dall’acquisita preminenza del valore «ambiente», in uno all’evoluzione normativa scaturitane⁸⁶.

Sezioni Unite e la parabola del danno esistenziale, in ID. e F.D. BUSNELLI, *Danno e responsabilità civile*, 3^a ed., Torino, 2013, 87 ss.

⁸³ I cui itinerari anche in chiave storica, a partire dal classico contributo di Francesco D. Busnelli, sono ripercorsi da M.F. CURSI, *Per una storia della tutela aquiliana dei diritti assoluti*, in AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 2, Napoli, 2006, 23 ss.

⁸⁴ Si adopera la formulazione di M. MELI, *Il divieto di fecondazione eterologa e il problema delle antinomie tra diritto interno e Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, 14. Osserva giustamente G. ALPA, *Il diritto soggettivo all’ambiente salubre. Nuovo diritto o espediente tecnico?*, in S. GRASSI *et al.*, *Ambiente e diritto*, cit., 43, che costruendo il diritto all’ambiente salubre come prolungamento del diritto alla riservatezza della vita privata e familiare, la giurisprudenza di Strasburgo riesce ad assicurare una protezione più ampia di quella offerta dalle corti nazionali. Per approfondimenti, cfr. V. COLCELLI, *Diritti soggettivi e interessi rilevanti nel sistema interno ed europeo*, Perugia, 2011, 371 ss. In termini, v. ora l’importante Cass., sez. un., 1 febbraio 2017, n. 2611, in *Foro it.*, 2017, I, c. 3044, con nota di C. BONA; in *Resp. civ. prev.*, 2017, 824, con nota di A. DINISI; in *Dir. fam. pers.*, 2018, 806, con nota di M. CIANCIMINO.

⁸⁵ Cfr. M. ORLANDI, *Concorso nel danno ambientale e teoria dell’equivalenza*, in I.A. NICOTRA e U. SALANITRO (a cura di), *Il danno ambientale tra prevenzione e riparazione*, Torino, 2010, 141 s.; più in generale, v. anche A.P. UGAS, *Delle obbligazioni divisibili e indivisibili. Indagine sui contenuti teorici e applicativi dell’immedesimazione soggettiva e della comunione di prestazione*, Napoli, 2018, spec. 432 ss.

⁸⁶ Sulle cui coordinate sistematiche, v. ora C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, 837 ss.; in senso analogo, utile anche A. LAMANUZZI, *Il danno ambientale*, Napoli, 2002, spec. 33.

Ben vero infatti che, sotto quest'ultimo profilo alla stregua della (rinnovata) funzione «deterrente» della responsabilità civile⁸⁷, potrebbe reputarsi che i soggetti «attinti» possano avanzare richieste risarcitorie. E tuttavia, in un sistema che non prevede «cause di prelazione» fra diritti «concorrenti» degli «interessati» ex art. 100 c.p. c. al risarcimento, il «titolare» potrebbe risultare l'unico «legittimato ad agire», in quanto unico a «disporre» del diritto a ripristinare quella risorsa. In questa logica, nulla assicura, oltretutto, che costui vi provvederà e/o sia condannato a provvedervi, a mente del *limite* sancito dall'art. 2058, cpv., c.c.; né i soggetti «atingibili» avrebbero strumenti per impedirgli «a monte» di manipolarla *in peius*.

5.1. (Segue) Alla «meritevolezza» ambientale

L'ulteriore sforzo di concettualizzazione – poc'anzi accennato – suggerirebbe dunque di valorizzare l'(alternativa) impostazione di tipo «esponenziale» (i.e., soggettivistico)⁸⁸, evidenziando come l'ancoraggio alla «materialità», ossia a(l)la mediazione di) una situazione giuridica di «appropriazione» rispetto ad un'utilità, segna il limite (tendenziale) della risarcibilità nel *solo* campo dei diritti «patrimoniali». Ciò preclude l'accesso al rimedio per tutte quelle poste sintomatiche di pura privazione di «aspettative» (i.e., «esternalità posi-

⁸⁷ All'unisono con l'analoga funzione insita nella richiamata novella processuale, relativa alle c.d. «azioni di classe», in virtù del sistema di: a) pubblicità; b) adesione successiva alla decisione sull'*an debeatur*, c) compenso premiale per i difensori del ricorrente e del rappresentante comune degli aderenti (così, M. MALAVASI, *La nuova class action: analisi delle principali disposizioni*, in *dirittobancario.it*, dal 10.9.2019, 1). V., però, le sensate cautele di ordine sostanziale – non ultima, circa le affini «assonanze» limitative ex art. 23 Cost. (v. *supra*, nt. 5, al testo) – espresse da C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei «danni punitivi»*, Padova, 2019, spec. 332 s., utili altresì ad orientare nell'alternativa di cui *infra*, nt. 96, anche al testo.

⁸⁸ Facente leva sulle nuove prospettive ermeneutiche della «meritevolezza» ripensata alla luce dell'interesse ambientale, secondo l'incisiva riflessione di M. PENNASILICO, *Dal «controllo» alla «conformazione» dei contratti*, cit., 3121 ss. Sul c.d. «ordinamento delle pretese giudizialmente perseguibili», v. ampiamente A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, in *Tr. dir. priv.*, dir. G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2013, 303 ss. Dimensione oggi rafforzata dal riconoscimento di autonoma legittimazione processuale ex art. 840-bis, cpv., c.p. c., per gli enti rappresentativi di interessi «diffusi» non solo «consumeristici»: su cui, v. A.G. DIANA, *Class action e inibitoria collettiva. Nuova disciplina*, Padova, 2020, 259 ss. Se ne trae rilevante conferma dalla recente Cons. St., Ad. plen., 20 febbraio 2020, n. 6, spec. §§ 5.2.1-2 motiv., in *Dir. proc. amm.*, 2020, 1029, con nota di F. SIMONE.

tive»), il cui tentativo di formalizzazione in autonome situazioni soggettive «sconta» il difetto di un'esplicita *attribuzione*, dandosi un «comando circa il godimento» “sganciato” da uno (precedente) di «disposizione»⁸⁹.

E tuttavia, la riflessione più attenta non ha mancato di osservare come il «lucro cessante» *ex art. 1223 c.c.* intersechi «trasversalmente» (i.e., in sede di tutela sia *per risarcimento/liability rules*, sia *per vincolo/property rules*) un valore non corrispondente a beni *stricto sensu* giuridici: «tale valore “emerge” esclusivamente in quanto “mancato”: (...) esso rileva solo in quanto sia mancato insieme, cioè in connessione con valori costituenti beni giuridici in senso stretto»⁹⁰.

In questi casi, l'assenza di ancoraggio «materiale» si risolve (al più) nella *difficoltà di prova*, cui si espongono le situazioni giuridiche *inerenti alla persona*, in cui ricomprendere – come visto – il medesimo bene «ambiente»; rappresentandone plausibilmente il principale (ma fuorviante) ostacolo alla «diffusa» *legittimazione processuale*. Un ostacolo superabile, ove si consideri che: «la mancata o perduta acquisizione delle utilità insite nel bene, oggetto della tutela, non integra la lesione di un interesse diverso da quello che lega il soggetto al bene, ma rappresenta più puntualmente uno specifico profilo del rapporto di appartenenza o di spettanza che collega il soggetto alla cosa in grado di fornirgli utilità»⁹¹. In altri termini, nel «danno alla persona» l'*attributo* (negoziale) diviene inscindibilmente *predicato* (rimediale) della situazione giuridica risarcibile, in quanto il risarcimento del «lucro cessante consegue[n]te alla lesione di una situazione soggettiva del medesimo titolare»⁹².

⁸⁹ Potere «dispositivo» talora – ed a riprova indiretta – del tutto «precluso» (arg. *ex art. 5 c.c.*); per un ordine di ipotesi configurabili, cfr. M. MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003, 19 ss.

⁹⁰ Così, G. FERRI JR., *Danno extracontrattuale e valori di mercato*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, I, 778-779.

⁹¹ Sia pure in altro contesto, M. CAVALLARO, *Il danno da «fermo tecnico»: fondamento e limiti della sua risarcibilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 93 (v. anche *supra*, nt. 26). In merito alla valenza (oggettiva e soggettiva) che il «lucro cessante» può assumere, cfr. C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Milano, 1997, 74 s.

⁹² C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in AA.VV., *Liber amicorum Busnelli*, cit., 356. V. anche *supra*, nt. 24.

Il risvolto di una *legittimazione processuale* così concepita postula, quale suo *presupposto sostanziale*, una «relazione qualificata» che, in difetto di apposita base negoziale, sia convogliata *ex art.* 1173, ult. inciso c.c. nel modello *lato sensu* «gestorio» – in precedenza evocato – ripensabile *sub specie facti* secondo la «pratica discorsiva» alla base della figura nota in *common law* come *constructive trust*: una sorta di gestione *fiduciaria* «inespressa» rilevabile dal piano degli interessi rilevanti (i.e., «diffusi»), in sintonia con le declinazioni «sociali» degli assetti proprietari (*ex art.* 42 Cost.), ove l'(implicito) affidatario assuma l'*utile gestione* in funzione «altruistica» (*ex art.* 2028 c.c.) di un (benché *proprio*) bene a vocazione «collettiva», nella consapevolezza – qualora ne deluda l'impegno – di (dover) «retrocedere» (*ex art.* 948, comma 1, ult. inciso, c.c.) l'eventuale «esigibile» al(l'implicito) disponente e/o ai suoi aventi causa⁹³.

Il descritto dispositivo non appare, più di tanto, indice di una logica «eccentrica» da quella civilistica, sol che si rifletta sulle potenzialità rimediali del principio «chi inquina paga» in materia di *rifiuti*, coinvolgente nella relativa responsabilità chiunque ne entri in contatto, sul presupposto che: *i*) la manipolazione *in peius* di una (benché *propria*) risorsa naturale possa essere *emulativamente* «fatta valere» quale produzione di rifiuti (purché *ex art.* 2697 c.c.) «inquinanti»; *ii*) appannaggio del «titolare» non sia soltanto, per inveterata tradizione, il connesso *jus (utendi fruendi et) abutendi*, ma altresì il divenirne per conseguenza «proprietario» o (se ad opera di terzi)

⁹³ V. *supra*, ntt. 34 e 66. A riguardo, cfr. A. VICARI, *Le situazioni fiduciarie al di fuori dell'area contrattuale: i constructive trusts e l'arricchimento senza causa*, in F. ALCARO e R. TOMMASINI (a cura di), *Mandato, fiducia e trust. Esperienze a confronto*, Milano, 2003, 143-146. Con accenti non dissimili, v. già U. NATOLI, *La proprietà. Appunti delle lezioni*, I, 2^a ed. riv. e ampl., ivi, 1976, spec. 137; nonché L. BIGLIAZZI GERI, *Divagazioni su tutela dell'ambiente ed uso della proprietà*, in L. BARBIERA (a cura di), *Proprietà, danno ambientale e tutela dell'ambiente*, Napoli, 1989, 61 ss. Per un'interpretazione evolutiva (arg. *ex artt.* 838 c.c. e 42, cpv., Cost.) della «funzione sociale» a fondamento delle prerogative di «chiunque» vanti un interesse «conforme» alla «natura del bene», v. acutamente M.R. MARELLA, *La funzione sociale oltre la proprietà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, 566-567. Ne sottolinea la «sanzione» logicamente sottesa alla «(in)commerciabilità» di risorse naturali, a motivo dell'intrinseca «inestimabilità», A. DEROCHÉ, *The Importance of the Social Function of Property*, in P. BABIE e J. VIVEN-WILKSCH (eds.), *Léon Duguit and the Social Obligation Norm of Property. A Translation and Global Exploration*, Singapore, 2019, 65 ss.; nonché, sul versante della riflessione economica, AA.VV., *Economia fondamentale. L'infrastruttura della vita quotidiana*, Torino, 2019, spec. 26.

«detentore» (in tal caso, solidalmente *ex art.* 2051 c.c.), comunque «responsabile al ripristino»⁹⁴. E ciò, a prescindere se tale responsabilità – a fronte di rivalsa da parte dei soggetti «attinti» – sia limitata o meno al(l'aumento di) valore della risorsa «ripristinata» (in seguito all'imposto «disinquinamento»), tramite opportuno rinvio ai criteri di imputazione della disciplina di settore, intesa quale c.d. «bonifica di ritorno»⁹⁵; ovvero sottenda, piuttosto, una logica «indennitaria» per cui si risponderebbe delle spese sostenute secondo i parametri di legge, a titolo di «[ri]messa in sicurezza del sito», in base al mero criterio (dell'apporto) causale⁹⁶.

⁹⁴ U. SALANITRO, *La responsabilità per lo smaltimento dei rifiuti*, in L. CARBONE, G. NAPOLITANO e A. ZOPPINI (a cura di), *La disciplina della gestione dei rifiuti tra ambiente e mercato*, Bologna, 2018, 371 ss. Per un inedito profilo storico, correlato all'originario scetticismo «igienista» circa l'effettiva capacità «inquinante» dei rifiuti c.d. «inorganici», v. ora la documentata indagine di TH. LE ROUX, *Le laboratoire des pollutions industrielles*, Paris, 2011, spec. 205 ss. Di rilievo, le pregnanti premesse metodologiche enunciate da F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto* (1951), 3^a ed., Napoli, rist. 1999, 160, il quale suggeriva di ragionare non tanto: «sulla limitazione, o peggio sull'abolizione della libertà di disporre, ma sulla contropartita di questa libertà, consistente in oneri o in obblighi relativi al suo esercizio»; in linea con la coeva riflessione di Salv. ROMANO, *Sulla nozione di proprietà*, ora in Id., *Scritti minori*, II, Milano, 1980, 935 ss., in merito al distinguo tra «poteri» spettanti ad un soggetto, in forza della capacità giuridica, rispetto ai rapporti implicanti «situazioni soggettive», sicché i primi non risultano inglobati nelle seconde, giustificandone anzi la netta separazione e, quindi, i relativi limiti di «riconoscimento» statutale. Si potrebbe, pertanto, prospettare che quest'ultimi siano lo strumento tramite cui il proprietario possa «percepire» – ovvero «subire», allorché ne trascuri la portata – il significato «solidaristico» connesso all'esercizio del suo diritto. In tal guisa, l'impegno in questione deriverebbe dal connesso obbligo di «ripristinare» la consistenza «quali-quantitativa» della stessa sfera dominicale, ogniqualvolta sia sottoposta a manipolazioni per finalità «socialmente» immeritevoli *ex art.* 42 Cost., sul modello del c.d. «quasi-usufrutto» *ex art.* 995 c.c., notoriamente comprensivo delle *res quae usu minuuntur* (quali le «risorse naturali»: su cui, cfr. S. LONGO, *Alle radici dell'usufrutto di res quae usu consumuntur*, in AA.VV., *Studi per Giovanni Nicosia*, IV, Milano, 2007, 512, ed *ivi* nt. 82), nell'interferenza tra un rapporto «reale» ed uno «obbligatorio», tipica delle situazioni «fiduciarie» invalse nella recente esperienza statunitense (cfr. A. VERCELLONE, *Il Community Land Trust. Autonomia privata, conformazione della proprietà, distribuzione della rendita urbana*, *ivi*, 2020, spec. 173 ss.; v. anche nt. prec.), nonché evidenziata dal *tantundem* esigibile (tra l'altro) per «abuso» *ex art.* 1015 c.c.

⁹⁵ Conclusione cui perviene, in seguito alla novella del 2013, M.F. TOMMASINI, *La fenomenologia del rifiuto tra atti di dismissione e tutela del bene ambiente*, in *Contr. impr.*, 2018, 424 ss., spec. 435.

⁹⁶ In termini, Cass., 22 gennaio 2019, n. 1573, in *Corr. giur.*, 2019, 1242 ss., con nota di U. SALANITRO. Per una prospettiva critica, cfr. A. QUARANTA, *Per imporre le Mise*

In effetti, nelle decisioni sulle azioni esperite ai sensi dell'art. 844 c.c., il giudice civile si mostra incline a prescindere dalla presenza «giustificativa» di provvedimenti autorizzativi «(...) che investono l'ambiente esteso e che, per loro natura e filosofia, non possono essere strutturati per considerare le esigenze precipue del singolo nei rapporti con il proprio vicino»⁹⁷. In tal guisa, il superamento degli *standard* pubblicitistici di esposizione (nel caso) ad inquinamento acustico fonda la scelta per la tutela «inibitoria» (oggi anche *ex art. 840-sexiesdecies* c.p. c.), ma *senza* precludersi l'«intollerabilità» (e/o «illiceità») *anche* di un'immissione pur *entro* le soglie pre-

al proprietario incolpevole è sufficiente che sia consapevole della contaminazione?, in *Amb. svil.*, 2020, 116 ss. In disparte se, in questo come nell'altro caso (in nt. prec.), eventuali tecniche «dissociative» (i.e., esternalizzazioni) tra *spettanza* e *utilizzo manipolativo* si inscrivano nell'orientamento nomofilattico in tema di immissioni (cfr. Cass., sez. un., 27 febbraio 2013, n. 4848, in *Dir. giur. comm.*, 2013, 5, 54-62, con ampio commento di I. ZINGALES), per cui l'azione reale *ex art. 949* c.c. diretta alla cessazione e/o al materiale ripristino delle condizioni di «tollerabilità» vada intrapresa nei confronti del «proprietario», mentre, anche cumulativamente, l'azione risarcitoria *ex art. 2043* c.c. riguarderà il titolare del «mero godimento»; ovvero, risultino irrilevanti ai fini della «solidarietà ripristinatoria» *ex art. 2055* c.c., alla luce dei significativi principi enunciati da Corte cost., 6 dicembre 2017, n. 254, in *Giur. cost.*, 2017, 2704, con nota di L. PRINCIPATO; in *Riv. dir. ind.*, 2018, II, 237, con nota di I. ALVINO, e 611, con nota di M. DEL FRATE; in *Giustciv.com*, dal 26.6.2018, con nota di E. VILLA. Propendendosi peraltro a negare che, in via «collettiva», sia ottenibile la condanna ad eseguire obblighi di (o non) fare, ovvero un risarcimento in forma specifica diverso dalla liquidazione monetaria: *sia* poiché di tali forme di tutela non è fatta menzione nella novella processuale; *sia* in quanto l'intero procedimento risulta strutturato per fronteggiare pretese pecuniarie degli aderenti (in riferimento alla previgente disciplina, *in parte qua* invariata, cfr. S. MENCHINI e A. MOTTO, *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, 1424). Unica eccezione, alla luce del nuovo dettato normativo, sembrerebbe riferibile alla «consegna di beni determinati», atteso che l'art. 840-octies c.p. c. richiama espressamente l'eventuale condanna al «pagamento (...) delle cose dovute a ciascun aderente»; salvo attribuire un (più ampio e contestuale) significato «deterrente» di «condanna (...) alle restituzioni» nell'art. 840-bis, c. 1, c.p. c. (v. *supra*, nt. 23).

⁹⁷ Cass., 31 ottobre 2014, n. 23283, in *Foro it.*, 2015, I, c. 2109, con nota di R. PARDOLESI. Sulla diretta incidenza di tale approccio in ordine alla necessaria «geometria variabile», in chiave rimediale, del principio di c.d. «corrispondenza tra chiesto e pronunciato» *ex art. 112* c.p. c., parametrato con riguardo alla complessiva situazione «ambientale» di riferimento, v. *Id.*, 6 febbraio 2020, n. 2757, in *Dir. giust.*, 2020, f. 28, 3, con nota di M. TARANTINO. Circa la «tollerabilità» quale paradigma della «ragionevolezza» come ponderazione di interessi e valori diversi, da specificare nella concretezza della situazione, cfr. A. MUSIO, *Il principio di tolleranza nel diritto civile*, in *Contr. impr.*, 2017, 403 ss.

viamente autorizzate (secondo un'interpretazione *a contrario* dell'e-vocato limite, così «neutralizzabile», posto dall'art. 2058, cpv., c.c.)⁹⁸.

Si corrobora, così, la feconda intuizione dell'illustre Commemorato a sondare ogni potenzialità insita nel complesso «sovraordinato» di regole, evocate dall'art. 12 Prel., le quali: «in virtù del rapporto di reciproca integrazione che le lega ai principi particolari a ciascuna *species* normativa, si atteggiano in maniera diversa ed assumono una diversa collocazione a seconda della materia nella quale vengono calate»⁹⁹, a partire dalla conformità al dettato costituzionale.

Riformulando allora la metafora «sociologica» di esordio, il lessico gius-ambientale suggerirebbe forse di prediligere la nota immagine del marinaio, chiamato a modificare la struttura del proprio vascello in mare aperto, senza poterlo mai smantellare in bacino e ricostruirlo da capo con materiali migliori¹⁰⁰.

Abstracts

Il lavoro muove da una disamina della nozione di «conflitto ecologico» nel tentativo di delinearne, in termini negoziali, la tipologia di questioni controverse, onde verificare l'eventuale contributo alla relativa risoluzione per via dei principali modelli rimediali codificati e variamente adoperabili.

The paper starts from an examination of the notion of «environmental conflict» with the aim to contextualize the type of controversial issues, in order to verify the possible contribution to the relative resolution due to the several civil code remedies.

⁹⁸ V. anche nt. prec. Sul diverso oggetto della tutela pubblicistica, con finalità igienico-sanitarie della collettività, rispetto ai rimedi civilistici regolanti rapporti di natura patrimoniale fra privati proprietari di fondi limitrofi, cfr. Corte cost., 24 maggio 2011, n. 103, in *Riv. giur. edil.*, 2011, I, 870. Per un'approfondita analisi dei fenomeni caratterizzanti questo nuovo indirizzo concettuale, si rinvia a U. MATTEI, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria. Contributo alla teoria dei diritti sui beni*, Milano, 1987, 22 ss.; sul cui *milieu* propulsivo, v. anche Id., R. COOTER, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI e T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, I, *Fondamenti*, 2^a ed., Bologna, 2006, spec. 9). Sulla tutela anticipatoria nell'ambito della protezione ambientale, cfr. V. RIZZO, *Green new Deal e profili di responsabilità civile per i danni ambientali: una riflessione suscitata da un recente libro di Lorenzetti*, in R. FAVALE e L. RUGGERI (a cura di), *Scritti in onore di Antonio Flamini*, II, Napoli, 2020, spec. 1198.

⁹⁹ Così, R. SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto*, Torino, rist. 2003, 13.

¹⁰⁰ O. NEURATH, *Protokollsätze*, in «Erkenntnis», 3 (1932-1933), 206.

Il “sogno” di una giustizia predittiva tra Seicento e Ottocento

Annalisa Triggiano

SOMMARIO: 1. G.W. von Leibniz e l'arte combinatoria. – 2. Il diritto nello *Specimen Quaestionum philosophicarum ex iure collectarum*: cenni. – 3. La “medicina per tutti i morbi”: il diritto nei “Casi Perpleksi”. – 4. Sulla scia di Raimondo Lullo: la *Dissertatio de Arte Combinatoria*. – 5. La *Nova Methodus* (o dell'ottimo giureconsulto) secondo Leibniz. – 6. Diritto e probabilità in Leibniz: brevi cenni. – 7. Matematica e Diritto tra il Settecento e l'Ottocento. Spunti per un dibattito.

1. *G.W. von Leibniz e l'arte combinatoria*

Nell'ormai cospicua mole di studi che ultimamente alimentano il dibattito scientifico, vivacissimo, sul possibile utilizzo (con limiti più o meno stringenti) di algoritmi predittivi in seno al processo (civile, penale, e anche amministrativo) spesso non si considera adeguatamente il fatto che i punti di contatto tra pensiero matematico e computazionale e cognizione giurisdizionale sono assai risalenti. Le radici profonde di tale convergenza possono, a mio avviso, prevalentemente essere ricondotte ai tentativi – posti in essere a più riprese agli albori dell'Età Moderna da alcuni matematici, ma non solo – di definire strutture semantiche e formalizzare un calcolo logico-proposizionale applicabile anche a questioni di natura giuridica, in modo da risolverle in maniera sempre uniforme e prevedibile. Il “sogno” a cui si allude, dunque, nel titolo appartiene, in senso ampio, alla filosofia moderna tutta, la quale, come opportunamente è stato scritto, nasce “assieme all'interesse per l'“artificiale”¹. Si dimostrerà in queste pagine come la matematica stessa sia stata utilizzata non solo allo scopo di fornire le basi argomentative per la soluzione di problemi di natura giuridica, ma abbia anche assunto un ruolo guida per l'amministrazione, in concreto, della giustizia. Si fa strada – insomma, e la strada a mio avviso è stata tracciata prima da Raimondo Lullo e poi da Pietro Ramo – l'idea che il diritto, assurgendo nel Seicento a scienza tra le scienze, potesse essere regolato anche secondo princi-

¹ Così C. CANULLO, *Chi decide? Intelligenza artificiale e trasformazioni del soggetto nella riflessione filosofica*, in AA.VV., *La decisione nel prisma dell'intelligenza artificiale*, a cura di E. CALZOLAIO, Milano, 2020, 25.

pri geometrici e matematici. La logica combinatoria, che tanto deve proprio agli studi del Frate maiorchino, diviene in altre parole “mezzo di applicazione per risolvere dubbi di un diritto riconducibile ad elementi primi attraverso procedimenti di calcolo”². Di ciò si renderà conto nel presente contributo che tenta di colmare una lacuna nel panorama scientifico attuale, poco attento alle “radici” storiche e meglio ai precedenti – con tutti i limiti che una tale espressione può racchiudere in sé – della giustizia predittiva. Anche dal punto di vista dello storico del diritto, a ben vedere, i risultati dell’indagine possono essere interessanti.

Uno tra gli esempi più noti della tendenza sopra evidenziata è costituito dal contributo del filosofo, logico, teologo, giurista, storico e magistrato Gottfried Wilhelm von Leibniz, spesso citato (e non sempre con piena consapevolezza) negli studi più disparati sulla giustizia predittiva in virtù della sua celebre esclamazione “*calculemus*”, sulla quale indugeremo più innanzi. Egli nasce a Lipsia, in Sassonia, il 1 luglio 1646. Il padre Friedrich, professore di filosofia morale all’università di Lipsia, muore quando Gottfried Wilhelm ha appena sei anni. La madre Catharina Schmuck, terza moglie di Friederich, figlia di un noto giurista dell’epoca, si occupa della sua educazione filosofica, impartendogli quei valori morali e religiosi che avrebbero giocato un ruolo fondamentale nel suo sviluppo intellettuale. Ancora giovanissimo, Leibniz dimostra una spiccata attitudine per le lingue. Studia latino, greco ed ebraico e, durante la sua permanenza a Parigi, impara perfettamente il francese, lingua che utilizza in prevalenza per i suoi scritti matematici e filosofici. Nel 1663 pubblica il suo primo lavoro, *Disputatio metaphysica de principio individui*, nel quale definisce per la prima volta la nozione di monade. Nel 1666 consegue il titolo di *Doctor utriusque iuris* (ma prima ancora nel 1661 entra all’Università di Lipsia dove si iscrive al corso di filosofia, seguendo le lezioni del matematico e filosofo Erardo Weigel a Jena, conseguendo il titolo di Baccelliere in filosofia. Il percorso formativo filosofico vede la sua conclusione nel 1664 con il titolo di *Magister*

² B. PIERI, Lo “*ius commune*” tra ipotesi giusnaturalistiche e tentativi di razionalizzazione. La proposta consolidativa di Leibniz, in G.W. LEIBNIZ, *Saggio di questioni filosofiche estratte dalla giurisprudenza e Dissertazione sui casi perplessi in diritto. Traduzione italiana, con due Saggi introduttivi*, a cura di A. ARTOSI, B. PIERI, G. SARTOR, Torino, 2015, 39.

Philosophiae e la pubblicazione dello *Specimen quaestionum philosophicarum ex jure collectarum*. Si abilita in filosofia con la prima parte di quella che sarebbe diventata la *Dissertatio de Arte Combinatoria*, pubblicata nello stesso anno) alla facoltà giuridica di Altdorf, ove in brevissimo tempo riesce a completare e a presentare la sua dissertazione Dottorale (ottobre 1666) *Disputatio de casibus perplexis in iure*. Dopo aver rifiutato l'offerta di una posizione accademica ad Altdorf, Leibniz si mette in viaggio e sulla via per Francoforte compone, anche per ingraziarsi il Principe Elettore di Magonza, il suo primo trattato giurisprudenziale, *Nova Methodus discendae docendaeque jurisprudentiae*. Ed è quest'ultima opera ad aprirgli le porte dell'Università di Mainz, città dove egli resta dal 1668 al 1672, anno in cui parte per Parigi. A Mainz egli diventa – a dispetto della sua fede protestante – Giudice di Corte d'Appello. Ricopre dunque il primo di numerosi incarichi da giurista³. La breve parentesi biografica, certamente incompleta e sommaria, vale soprattutto a presentare le principali (ma non uniche) opere su cui mi soffermerò, in ordine cronologico, nel tentativo di tracciare alcune linee essenziali del pensiero di Leibniz “giurista”, per come si sono dipanate, naturalmente, in relazione alla tematica che qui andiamo trattando (in relazione, dunque, alle eventuali teorie sulla “calcolabilità” della sentenza)⁴.

³ Cfr. A. ARTOSI, *Diritto e filosofia nel giovane Leibniz*, in AA.VV., *op. cit.*, 9, nt. 17.

⁴ Su Leibniz giurista e, tangenzialmente, sulla tematica che qui si va trattando, i contributi non possono certo dirsi esigui o di agevole comprensione. Ciò che a mio avviso manca è una visione di insieme del pensiero di Leibniz in merito alla prevedibilità degli esiti di un giudizio: cfr. B. LEONI, *Probabilità e diritto nel pensiero di Leibniz*, in *Riv. fil.*, 38, 1947, 74 e bibliografia ivi citata; E. CARRUCCIO, *I fini del “Calculus Ratiocinator” di Leibniz e la logica matematica del nostro tempo*, in *Boll. Unione Matematica Italiana*, 3.2, 1948, 148 ss.; T. ASCARELLI, *Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica*, in ID., *Testi per la storia del pensiero giuridico*. Milano, 1960, 35 (su cui vedi, ora, anche M. GRONDONA, *Storia, Comparazione e Comprensione del Diritto*. Tullio Ascarelli, “Hobbes, Leibniz e la dogmatica giuridica”. Un esercizio di lettura, in AA.VV., *Diritto: storia e comparazione*, a cura di M. BRUTTI, A. SOMMA, Frankfurt, 2018, 219 ss.); C. VASOLI, *Enciclopedia, pansofia, e riforma metodica nella “nova methodus” di Leibniz*, in *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 2, 1973, 37 ss.; A. GIULIANI, voce *Prova*, in *Enc. dir.*, 37, Milano, 1988, 528; M. PARMENTIER, *Concepts Juridiques et probabilistes chez Leibniz*, in *Revue d'Histoire des Sciences*, 46.4, 1993, 439-485; E. SCHEIBE, *Calculus! The Problem of the Application of Logic and Mathematics*, traduzione in inglese, in *Knowl. Org.*, 23.2, 1996, 67 ss.; U. VINCENTI, *Metodologia giuridica*, Padova, 2008, 64-67; C.M. DE IULIIS, *Leibniz e la Scienza Giuridica tra Topica e Dogmatica*, in *Eur. dir. priv.*, 3, 2010, 711 ss.; ID., *I casi perplessi, il metodo geometrico e la topica*, in

A proposito, appunto, di cognizione della matematica una premessa appare forse non superflua: Leibniz non è stato un matematico *ante litteram* e unicamente negli anni del suo soggiorno parigino (1672-1676), sotto la guida di Christian Huygens (autore del *De ratiociniis in Ludo Aleae*, uno dei primi saggi sistematici sulla materia) intraprende studi approfonditi matematica (materia che riesce comunque a padroneggiare ampiamente) e più in particolare sulle teorie della probabilità⁵ alle quali – secondo Ascarelli – egli si dedica in una fase più matura della sua vita, a partire dal *De Legum Interpretatione Rationibus, Applicatione, Systemate*, composto tra gli anni 1677-1680)⁶.

Dall'esperienza parigina – e dalla lettura di alcune opere matematiche di suoi contemporanei, come il giurista e matematico Nicholas Bernoulli, a cui si accennerà dopo – Leibniz matura appieno l'intendimento, quasi un'ossessione, per dirla con il Leoni, di approdare a un mezzo che «ponesse finalmente un termine alle dispute, e riducesse al silenzio i contendenti, sostituendo un calcolo infallibile ai loro inutili clamori»⁷. E su questa «ricorrente preoccupazione» del filosofo tedesco indugeranno i §§ che seguono.

2. *Il diritto nello Specimen Quaestionum philosophicarum ex iure collectarum*⁸: *cenni*

Quando il giovanissimo Gottfried Leibniz si cimenta nella composizione dello *Specimen* – è stato autorevolmente notato – il legame

G.W. von Leibniz, *I casi perplessi in diritto (De casibus perplexis in iure)*, trad. it., a cura di C.M. DE IULIIS, Milano, 2014, IX ss., nonché AA.VV., *The Oxford Handbook of Leibniz*, a cura di M.R. ANTONGAZZA, Oxford, 2013; M. ARMGARDT, *Leibniz as a Legal Scholar*, in *Fundamina*, 20.1, 2014, 27 ss., U.E. MOSCATO, *Calculemus? Da Leibniz all'intelligenza artificiale*, in AA.VV., *Giurisdizione penale, intelligenza artificiale ed etica del giudizio*, a cura di C. BERIA DI ARGENTINE, Milano, 2021, 25 ss.

⁵ In argomento, rilievi approfonditi in E. PASINI, *Segni e algoritmo nell'analisi leibniziana*, in AA.VV., *Geometria, flussioni e differenziali. Osservazioni tra tradizione e innovazione nella matematica del Seicento*, a cura di M. PANZA, C.S. ROERO, Reggio Calabria, 1995, 385 ss.

⁶ T. ASCARELLI, *G.F. Leibniz, De Legum Interpretatione*, trad. it., Paris, 1966, 57 ss.

⁷ B. LEONI, *op. cit.*, 74.

⁸ L'edizione consultata è la seguente: M. GOTTFREDUS GUILIELMUS LEIBNUTIUS LIPSIENSIS, *Specimen Quaestionum Philosophicarum ex Jure Collectarum*, Lipsiae, 1664, nella traduzione italiana a cura di B. PIERI, in G.W. Leibniz, *op. cit.*, 54 ss.

tra diritto e filosofia «fra i giuristi, non godeva di nessun riguardo»⁹. Ecco perché l'opera in questione mostra subito un primo interessante profilo di originalità, segno della precocità intellettuale dell'autore. E, altro importante aspetto dello *Specimen*, in esso sono contenute riflessioni sui rapporti tra leggi civili e diritto naturale, ritenuto centrale da Leibniz nella costruzione del suo pensiero giuridico. Sono, allora, due le direttrici di indagine di questo §.

Iniziando dai rapporti tra diritto e filosofia, è quest'ultima ad avere un ruolo fondamentale nello sviluppo stesso del diritto e nell'ordine che a esso appartiene. Leibniz lo afferma senza mezzi termini: «la considerazione di questo che vado ora costruendo, gioverà a stornare nei dediti al Giure il disprezzo della Filosofia, se vedano che moltissimi luoghi del loro diritto, senza la guida di questa, sarebbero un labirinto inestricabile»¹⁰. Vi è di più, poiché Leibniz – è stato notato – «argued that philosophy ought to be applied to law to find solutions that the law itself could not provide»¹¹. La filosofia, dunque, come “braccio razionale” e chiave di soluzione per problemi insolubili, altrimenti, per il solo diritto. Ed è sulla base di tale perentoria convinzione che lo Studioso si avvia a riesaminare, alla luce della sua idea di filosofia, moltissimi casi controversi presenti nelle fonti romane, incrociando tra di loro la logica, ai fini di una corretta risoluzione delle questioni, la matematica, la fisica e la metafisica. Una delle osservazioni più importanti – dal punto di vista strettamente giuridico – dell'opera è nella *Quaestio II*, ove si affronta la *vexata quaestio* della distribuzione dell'onere della prova, considerata, sorprendentemente, molto attuale ai suoi tempi anche tra i filosofi:

Notus est apud philosophos canon: Affirmanti incumbit probatio, qui non videtur consistere cum altero illo posse, quod opponens teneatur ad probationem. In dubio igitur praevalere posterior debet, ut ita dicam tacito [...]. Quid enim quam facile mutatis vocibus negativa in affirmativam et contra transumari potest? Hic plane tolleretur omnis paene disputatio, et antequam inveniri posset, sitne aliqua propositio ex ipsa rei natura affirmativa, an negativa, infinitis litibus opus esset. Apud Philo-

⁹ B. PIERI, *Lo ius commune*, cit., 40.

¹⁰ Ivi, *Proemio*, 56. Nell'originale latino si fa riferimento a un “*inextricabilem labyrinthum*”.

¹¹ M. ARMGARDT, *Leibniz*, cit., 34.

*sophos igitur pro cathedra disputantes certum est, quod Respondes, qualis, neque probet neque principium petat. Apud partes vero in foro litigantes non est determinatum universaliter, sicut, an reus teneatur ad probationem, quoniam neque tacitus inter partes de eo contractus intercessit, neque etiam, ut apud Philosophos contemplantes, potest a sententia et decisione supersederi sine alterius partis praeiudicio. Sed ita comparatum est, ut si sententia supersedeat iudex, eo ipso tacite causa cadat. Actor, id est, quod petit, non consequatur. Quare necesse est, quomodo-cumque licet, erui ex actis et probatis veritatem, ut decidi res possit rell.*¹²

Del diritto, seguendo lo squarcio qui riportato, Leibniz coglie immediatamente – e tale prospettiva si paleserà anche, come vedremo, nella *Nova Methodus* – l’aspetto pratico, l’uso giudiziario e dunque guarda in primo luogo alle (antiche) regole di giudizio come l’onere probatorio a carico delle parti e in secondo luogo rivolge la sua attenzione alla condotta che il giudice deve tenere laddove la controversia non appaia, sulla base degli “atti di causa”, sufficientemente chiara.

In realtà, la convinzione di Leibniz – rafforzata, come vedremo, nell’opera *De casibus perplexis* – è che in nessun caso il giudice possa esimersi dall’amministrare la giustizia (*supersederi a sententia et decisione*) poiché le regole sulla distribuzione dell’onere probatorio – risalenti, nella loro formulazione elementare, ai Digesti giustiniane, che Leibniz naturalmente conosceva in profondità, ricordando comunque quanto la questione fosse discussa anche tra i filosofi suoi contemporanei – possono e devono sempre condurre ad una soluzione.

Per quanto sia difficile e complesso, in altre parole, ogni caso deve necessariamente avere una sua via di uscita decisoria e il giudice ha anche nelle regole di giudizio gli strumenti per cercare, con ogni mezzo, di *eruire veritatem* (l’espressione richiama un celebre passo dei Digesti attribuito a Ulpiano, riferito alla finalità e all’essenza della *quaestio per tormenta*)¹³. Non vi è, non vi deve essere, discrezionalità, secondo Leibniz, nell’attività giudicante (non nel senso, almeno,

¹² M. GOTTFREDUS GUILIELMUS LEIBNUTIUS LIPSIENSIS, *Specimen*, cit., quaest. II, fol. 7, 8.

¹³ D. 47.10.15.41 (Ulp. 77 *ad ed.*): ...*Quaestionem intellegere debemus tormenta et corporis dolorem ad eruendam veritatem.*

della ammissibilità di un *non liquet* che, storicamente, come divieto per il giudice troverà espressa consacrazione normativa nel Codice di Napoleone all'art. 4, pur affondando le proprie radici in epoche anche precedenti).

E su tale principio egli tornerà, con maggiore efficacia, e rifacendosi all'autorità di Platone e di Aristotele, anche nella *Dissertatio de Arte Combinatoria*. Nel dipanarsi dello *Specimen* emerge poi la fiducia di Leibniz nel diritto naturale e, ancora di più, nella sua certezza e immutabilità, adattabile e plasmabile tuttavia in relazione all'atteggiarsi del caso concreto. L'affermazione merita di essere meglio argomentata. A proposito di definizioni, nello *Specimen* si staglia una distinzione tra Diritto Naturale e Diritto Positivo, discussa nella Questione VIII, dalla quale si apprende che il diritto naturale è, per così dire, primigenio rispetto a quello civile, il quale è sempre posto artificialmente dall'uomo razionale:

Ius autem vel naturale est, vel positivum. Naturale vel negativum quod permittit; vel determinativum quod prohibet vel vetat. Naturale determinativum dicunt vel primaevum esse seu brutis commune; vel secundarium, quia natura interdum opponitur rationi, interdum eam includit. Secundarium hominis est proprium ac Theologis, Casistis, Philosophis” [...]. Positivum aliud est Gentium, aliud Civile¹⁴.

Il diritto è poi significativamente definito nell'opera come una sorta di somma razionalità insita in Dio: *Cum igitur ius sit ratio quaedam summa in Deo existens* rell.¹⁵. Alla luce di questi passaggi brevi, icastici, ma significativi, non ci sorprende affatto l'affermazione per cui il diritto – applicato in sinergia con la conoscenza necessaria delle proporzioni geometriche – possa risolvere agevolmente qualsiasi controversia.

Anzi, per farsene un'idea concreta basta analizzare la Questione III. Qui appare in evidenza il principio, ai fini della presente indagine certamente rilevante, che la *Mathesis* – da intendersi, come opportunamente puntualizzato da Pieri¹⁶, non in senso generale¹⁷ ma

¹⁴ M. GOTTFREDUS GUILIELMUS LEIBNUTIUS LIPSIENSIS, *Specimen*, cit., *Quaest.* VIII, fol. 16.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ G.W. LEIBNIZ, *op. cit.*, 63, nt. 24.

¹⁷ Del resto, quella di *Mathesis Universalis o generalis* è un'idea concretamente sviluppata nel Tardo Rinascimento: cfr. quanto efficacemente posto in luce da E. PASINI,

quale vera e propria “Matematica” – sia una componente essenziale del diritto, il quale pertanto non può esserne mai considerato privo: *Accedamus nunc ad Mathesin quoque, ne huius expert Jurisprudencia videatur*¹⁸. Leibniz propone pertanto un’analisi (anche) da un punto di vista geometrico della regola (risalente a Solone e citata dal giurista romano Gaio in D. 10.1.13) il cui dettato è il seguente: per non danneggiare un fondo confinante, la distanza di una fossa dal confine del fondo non deve essere mai inferiore alla profondità della fossa. Egli quindi prospetta, per argomentare la sua tesi, un esperimento completo e basato su calcoli matematici ed esperienza empirica consistente nell’osservazione della natura stessa¹⁹. L’intuizione che le leggi positive si fondino sul diritto naturale e che il diritto naturale permetta di individuare sempre una soluzione interpretativa valida, o quantomeno, plausibile, viene sviluppata in modo più completo nei “Casi Perplessi”, a cui bisogna ora prestare attenzione.

3. La “medicina per tutti i morbi”: il diritto nei Casi Perplessi

Il *De casibus perplexis in iure*²⁰ si presenta come uno studio casistico, che propone, sotto una nuova luce e con soluzioni argomen-

Segni, cit., 386 e note. Ma a ben vedere, si può aggiungere, l’idea di una *Mathesis universalis*, intesa sinteticamente come un programma di matematizzazione delle scienze e, implicitamente, del reale, può esser fatta risalire – senza pretese di esaustività, giacché il tema necessiterebbe di una trattazione apposita che esula senz’altro dai fini del presente contributo – già ai Pitagorici e a Platone, nonché ad Aristotele: cfr. *Metaph.* E 1, 1026 a 27. In argomento cfr. il saggio di I. CUBEDDU, *Per leggere le Regulae ad Directionem Ingenii*, in *Isonomia*, 2008, 2 ss. Questa speculazione continua nel Secolo XVI dove il concetto si consolida (cfr. G. CRAPULLI, *Mathesis universalis. Genesis di una idea nel XVI secolo*, Roma, 1969 e, ancora, J. MITTELSTRASS, *The Philosopher’s conception of Mathesis Universalis from Descartes to Leibniz*, in *Annals of Science*, 36, 1979, 593 ss.) anche nelle opere di Galileo e di Johannes Kepler. E in effetti anche René Descartes (1596-1650), nelle *Regulae ad directionem ingenii*, ci insegna che «nella ricerca del retto cammino della verità, non possiamo occuparci di nessun oggetto sul quale non possiamo avere una certezza grande come quella delle dimostrazioni della aritmetica e della geometria» (Regula II).

¹⁸ M. GOTTFREDUS GUILIELMUS LEIBNUTIUS LIPSIENSIS, *Specimen*, cit., *Quaest.* III, fol. 8.

¹⁹ Discussione completa in A. ARTOSI, *Diritto*, cit., 13.

²⁰ Si consulerà il testo della seguente edizione: G.W. VON LEIBNIZ, *I casi perplessi in diritto*, con saggio introduttivo, traduzione italiana e note di C.M. DE IULIIS, Milano, 2014.

tate, una rassegna di noti casi “complessi” appartenenti al diritto romano classico e comune. Leibniz, innanzitutto, definisce *perplexus* quel caso che è *intricatus*, *involutus*, *implexus* (par. 4), dal greco ἄπο- pov, il caso cioè “che non ha uscita” [in latino “cieco” (Verg. *Aen.* 5.588; 6.734)], nell’accezione già nota ai giuristi romani²¹. Un caso perplesso è un caso difficile da risolvere perché in esso, secondo Leibniz, si riscontrano *copulationes* (cioè concordanze) di fatti e diritti fra loro incompatibili. Esso, tuttavia, va distinto dal caso dubbio (da “due”) che rileva quando in un’alternativa non si sa quale possibilità si debba scegliere e nessuna delle due trova davvero ragione. Nel caso ritenuto perplesso si possono invece scegliere entrambe le soluzioni con fondate ragioni di fatto e di diritto²². Esempio paradigmatico del “caso perplesso” è, per Leibniz, la famosa controversia tra Protagora contro il suo allievo Evatlo, peraltro già esaminata dal filosofo anche nello *Specimen* (Questione XII). Protagora e Evatlo stipulano un contratto in base al quale Protagora avrebbe accettato come allievo Evatlo, il quale ultimo lo avrebbe pagato soltanto quando avesse vinto la sua prima causa. Evatlo esita a entrare nell’agone forense e dunque Protagora lo cita in giudizio per reclamare il suo credito.

Il caso descritto era tradizionalmente considerato come insolubile²³. Una delle fonti citate nello *Specimen* da Leibniz (Aulo Gellio, NA, V, 10) riferisce che in effetti i giudici, ritenendo la questione poco chiara, adottarono la soluzione del *non liquet* (testualmente, *rem iniudicatam relinquerunt*). La soluzione prospettata, viceversa, in quest’opera dal filosofo tedesco è, in effetti, che se in un primo momento la richiesta di Protagora appare senza dubbio da dichiarare inammissibile, tuttavia, conclusasi la prima causa, Protagora potrà legittimamente avanzare la pretesa di pagamento, essendosi verificata

²¹ Il passo, citato dallo stesso Leibniz, è nei Digesti giustiniane, conservato in D. 35.2.88 pr. (Afr. 5 *quaest.*): *Qui quadringenta habebat, trecenta legavit: deinde fundum tibi dignum centum aureis sub hac condicione legavit, si legi Falcidia in testamento suo locus non esset: quaeritur, quid iuris est. Dixi τὸν ἀτόπων hanc quaestionem esse, qui tractatus apud dialecticos τὸν ψευδομενον dicitur.*

²² G.W. VON LEIBNIZ, *I casi*, cit., 40: «Dubbio, infatti, deriva da due, quante volte nello stesso tempo cerchiamo di sapere e non sappiamo cosa di due debba essere scelto, ma nella perplessità ciascuno dei due partiti trova ragioni fondate; nel Dubbio strettamente inteso nessuno dei due ne trova».

²³ A. ARTOSI, *Diritto*, cit., 11.

la condizione prevista dal patto. Una soluzione del genere – conclude Leibniz – è senz'altro rispettosa tanto dello stretto diritto, quanto dell'equità: *ita iudices et aequitatem naturalem et ius strictum simul observassent*²⁴. E, nel *De Casibus*, Leibniz torna sulla discussa controversia per puntualizzare ancora meglio la sua soluzione, negando, appunto, che tale caso vada annoverato tra i “perplexi”²⁵. Le idee di fondo che a mio avviso caratterizzano quest'opera, dunque, sono, da un lato, il fatto che non esista un caso che non possa essere risolto (come non esiste un morbo che non abbia una qualche reattività positiva a un dato farmaco) e, dall'altro, fatto che il diritto positivo – quando le tesi contrapposte appaiano entrambe ugualmente fondate – vada necessariamente integrato dal diritto di natura. Quest'ultimo, in definitiva, risolve qualsiasi perplessità.

Tanto può desumersi dall'importante squarcio del Caso XI, che qui riporto quasi nella sua integralità:

«Noi speriamo che in base al puro diritto possano essere decisi tutti i casi, [...] cioè non esiste alcuna causa cui non possa venire rimedio dal diritto, come, non c'è alcun morbo che respinga del tutto ogni medicina [...]. Poiché, se appunto l'interpretazione è incerta, ci si deve avvalere delle regole della ragione naturale, e anche se militino uguali regole e presunzioni a favore di entrambe le parti, bisogna giudicare contro colui che si basa contro qualche legge positiva che, pur allegata, non può provare del tutto [le sue pretese]. Così è evidente che, in effetti, ogni controversia è sempre decisa in base al puro diritto naturale e delle genti, con cui nessun caso rimane perplesso»²⁶.

Nella soluzione della controversia, come ben notato da Ascarelli²⁷, «vengono scartati tutti i possibili altri cammini per la soluzione: il *non liquet*, la sorte, una regolata discrezionalità, il punto dell'amico». Non siamo ancora giunti – nella maturazione del pensiero di Leibniz – a un vero e proprio «*calculus ratiocinator* della norma implicita nel sistema, come della soluzione del caso»²⁸. Ma emerge con chiarezza un convincimento che, del resto, ben si attaglia anche al contesto storico-giuridico in cui Leibniz si forma e diffonde la sua

²⁴ M.G. LEIBNUTIUS, *Specimen*, cit., fol. 22.

²⁵ G.W. VON LEIBNIZ, *I casi*, cit., casus XVI, 73.

²⁶ Ivi, Casus XI, 61 s.

²⁷ T. ASCARELLI, *Hobbes*, cit., 36, nt. 4.

²⁸ C.M. DE IULIIS, *Introduzione* a G.W. von Leibniz, cit., XII.

speculazione: quello – espresso anche, come vedremo a breve, nella *Dissertatio de arte combinatoria* – per cui la migliore soluzione di una questione giudiziaria è possibile unicamente limitando l'*animadversio iudicis*. E, certamente – concordo con il Ciurlia – nell'opera in questione appare centrale l'idea «che casi dubbi possano essere risolti mediante calcolo logico degli enunciati giuridici, facendo riferimento ai fondamenti di diritto positivo o, al limite, ai principi del diritto naturale»²⁹.

4. *Sulla scia di Raimondo Lullo: la Dissertatio de Arte Combinatoria*

Come più sopra anticipato, la *Dissertatio De Arte Combinatoria* del 1666³⁰ esplora la cosiddetta arte delle combinazioni, un metodo che secondo Leibniz avrebbe avuto la capacità di generare idee e invenzioni inedite, nonché di analizzare e scomporre idee complesse in elementi più semplici. Descritta come la «madre di tutte le invenzioni» che avrebbe portato alla scoperta di tutte le cose, Leibniz cerca di dimostrare l'applicabilità di questa arte ai fini del progresso dell'umanità in ambiti diversi come il diritto e la logica, la musica e la medicina, la fisica e la politica. Una sorta, insomma, di *porta clavis scientiarum* simile a quella elaborata da Bacone, strumento di accesso alla natura più intima delle cose. Il sistema baconiano di proporzioni e medie era infatti designato per sostenere la comprensione delle realtà platoniche dell'ultima parte del *Timeo* e della *Repubblica*³¹. È da quest'opera che fa capolino quindi l'idea di costruire un linguaggio universale per Leibniz. Ma come mai pensare a un'arte combinatoria? La finalità di fondo dell'arte combinatoria è quella di trovare una logica capace non soltanto di dimostrare la verità di ogni proposizione, ma anche di costruire nuove proposizioni linguistiche con la certezza dei procedimenti matematici. Dunque l'idea di Leibniz, è

²⁹ Così, S. CIURLIA, *Diritto, Giustizia, Stato. Leibniz e la rifondazione etica della politica*, Lecce, 2005, 51.

³⁰ Alla quale in tempi relativamente recenti è stato dedicato un ampio studio da G. TORRESETTI, *L'Impero della ragione. Ars Combinatoria: la concezione ermeneutica del diritto in Leibniz*, Macerata, 2008.

³¹ In argomento, cfr. F. MARCACCI, S. MUZZI, *Ruggero Bacone e Raimondo Lullo, espressione di un medioevo multiculturale. La novità emerge dalla tradizione*, in *Anuario Filosòfico*, 49.1, 2016, 163.

evidente, non è nuova. Appartiene al Medioevo, forse addirittura alla filosofia greca e certamente alla logica lulliana. In primo luogo, doveroso premetterlo, va notato che i rapporti tra Leibniz, il Lullismo e, ancora di più, le opere originali di Lullo sono tematica non agevole da indagare ma, a mio avviso, meritevole di un rinnovato interesse da parte della letteratura anche storico-giuridica, stante, peraltro, una certa vetustà dei contributi in argomento³².

Plausibile è che, in estrema sintesi, il *trait d'union* tra le opere di Lullo e Leibniz sia stato costituito dall'influenza che ha esercitato sul filosofo tedesco il c.d. gruppo degli Enciclopedisti di Herborn³³ (in particolare gli esponenti Johann Heinrich Bisterfeld³⁴ e Johann Heinrich Alsted). Gli Enciclopedisti in questione, le cui opere vengono senz'altro consultate da Leibniz, propugnano, *inter alia* – e qui non è possibile, purtroppo, indugiare – l'ideale della «circolarità del sapere, combinato con il misticismo pansofico del Lullismo»³⁵ (e, soprattutto Alsted, è profondo conoscitore dell'opera lulliana anche grazie, come vedremo, all'Edizione dell'*Opera Omnia* di uno studioso di Lullo, Bernardus Lavinjeta). Questa visione fa presa sul giovane Leibniz il quale, tuttavia, del pensiero lulliano nota subito la debolezza e stigmatizza l'ingenuità, per così dire, matematica con cui l'*Ars Magna* lulliana è stata (secondo Leibniz) composta. Ma occorre spiegarsi meglio. Lullo anticipa senz'altro Leibniz nell'intuizione per cui la combinazione delle lettere poteva dare luogo a molteplici concetti logici ripetibili perché ripetitivi. Ma Leibniz a sua volta – è stato

³² Per un primo approccio, cfr. J.R. WELCH, *Llull, Leibniz and the Logic of Discovery*, in *Catalan Review*, 1.2, 1990, 76 ss.

³³ Cfr. E. LOEMKER, *Leibniz and the Harborn Encyclopedists*, in *Journal of History of Ideas*, 22.3, 1961, 323 e H. Hotson, M.R. Antognazza, *Alsted and Leibniz*, Wiesbaden, 1999, e bibliografia ivi cit.; ancora, più recentemente, C. VASOLI, *L'Enciclopedismo del Seicento*, Napoli, 2005, passim. Più in generale, sull'argomento si rinvia alla Rivista di Filosofia *Lo Sguardo*, n. 32, 2021, i cui contributi tutti sono dedicati a G.W. Leibniz.

³⁴ Heinrich Bisterfeld (1605-1655) esercita, secondo autorevoli studiosi, un'influenza notevole sul pensiero del giovane Leibniz: M. MUGNAI, *Der Begriff der Harmonie als metaphysische Grundlage der Logik und Kombinatorik bei Johann Heinrich Bisterfeld und Leibniz*, in *Studia Leibnitiana*, 5, 1973, 43-73 e, più recentemente, M.R. ANTOGNAZZA, *Bisterfeld and Leibniz's Ontology of Relations*, in *The Leibniz Review*, 11, 2001, 2 ss., nonché H. AMBERGER, *Spatium Entitativum, Leibniz's notes on Johannes Heinrich Bisterfeld*, in *Lexicon Philosophicum*, 6, 2018, 118 ss.

³⁵ Testualmente in S. CIURLIA, *L'idea di Accademia come società universale della conoscenza in Leibniz*, in *Riv. Fil. Neoscolastica*, 96.2-3, 2004, 318.

convincentemente dimostrato – intuisce che le combinazioni delle lettere non solo potevano essere, come in Lullo, binarie o ternarie, ma addirittura giungere fino a una base di nove³⁶. Ciò rende dunque la sua Arte Combinatoria assai meno semplice, pur se naturalmente ascrivibile appieno, appunto, al filone culturale che unisce le tecniche mnemoniche e i procedimenti combinatori con la ricerca di una lingua e soprattutto di una simbologia universali. Leibniz aderisce tuttavia al pensiero di Lullo in due punti: l'idea di elementi concettuali fondamentali e quella di un metodo attraverso il quale combinare e calcolare con essi. Il primo permetterebbe di riformulare idee più complesse in termini più semplici. Il secondo permetterebbe di ragionare con questi elementi in modo preciso e senza errori, oltre a generare nuove intuizioni e idee.

Il concetto della *mathesis* trova spazio nelle prime battute della *Dissertatio* leibniziana, ove si legge che tale disciplina non indica una singola branca del sapere ma, al contrario, indica una disciplina universale capace di raccorderne tra di loro molteplici, altre purché collegate:

Mathesis enim (ut nunc nomen illud accipitur) accurate loquendo non est una disciplina, sed ex variis disciplinis decerptae particulae quantitate subiecti in unaque tractantes, quia in unum propter cognitionem merito coaluerunt rell.³⁷.

Ma vi è di più, sul piano strettamente giuridico, nella trattazione. Leibniz ritiene, non senza una velata vena polemica, che in qualsiasi stato una questione giudiziaria possa essere tanto meglio risolta quanto meno sia lasciato alla discrezionalità del giudice (il che trova una corrispondenza nel pensiero giuridico europeo del tempo, in cui l'*arbitrium iudicis* assume connotazioni negative, che condurranno poi alla svolta illuministica e al consolidamento di un atteggiamento “antigiurisprudenziale”):

Ut taceam, rem iudicariam in qualibet republica hoc constitutam esse melius quo minus est in arbitrio iudicis. Plato lib. 9 de Leg. Arist. I Rhet. Mench. Arbitr. Jud. Lib. I, prooem, n. 1 rell.³⁸.

³⁶ J.R. WELCH, *Llull*, cit., 2.

³⁷ G.W. LEIBNIZ, *Dissertatio de arte combinatoria, in qua ex arithmeticae fundamentis*, Lipsiae. 1666, Prooemium, fol. B.

³⁸ Ivi, *Probl.* II, E 2.

Mi sembra degna di nota la puntuale citazione di Leibniz, attento lettore, evidentemente, della criminalistica del XVI secolo (e di Menochio, espressamente citato). La criminalistica – interessante in questa sede ricordarlo – riesce nell'intento di elaborare una dottrina e una gerarchia dell'*arbitrium* penale. In particolare, una volontà arbitraria, svincolata da qualsiasi limite, può essere espressa in via esclusiva unicamente dal *princeps* (*omnis poena in principe est arbitraria*)³⁹, il quale gode al riguardo di un *celeste arbitrium*, di ispirazione divina, *quia Princeps movetur nutu Dei*⁴⁰. L'arbitrio dei giudici, sempre limitando il discorso alla materia criminale, al contrario, è mutevole a seconda delle facoltà concesse dal Sovrano o dalla legge al singolo organo giudicante ed è limitato se non dall'osservanza della norma scritta, quantomeno dal rispetto delle regole dell'*aequitas* e ancora di più, secondo Menochio, dell'*aequitas naturalis*. Parliamo, insomma, di un arbitrio, di una “coscienza del giudice” temperata (*qui affirmarunt habentem liberum arbitrium procedendi, intelligi servata tamen aequitate, quam aequitatem ego naturalem intelligo*)⁴¹. Non siamo molto lontani, come si può osservare, dall'affermazione, direi forse meglio per alcuni dell'auspicio, di un giudice che agisca nel suo *munus* come *Bouche de la Loi*.

Del resto, a conferire una solida razionalità alla funzione giudicante – nota il filosofo, e il punto mi sembra, ai fini dell'indagine, di sicuro momento – milita il fatto che la *Jurisprudentia* presenta notevoli affinità con le scienze geometriche. Sia il diritto che la geometria, infatti, per Leibniz, contengono, rispettivamente, sia degli *Elementa*, sia dei *Casus*⁴². Gli elementi possiedono un grado di difficoltà, per così dire, elementare: in geometria tra gli elementi Leibniz annovera, ad esempio, figure semplici come il triangolo, il cerchio, e simili. Nel diritto gli elementi possono corrispondere a istituti giuridici come gli atti, le promesse e le *alienationes*. E, ancora più chiara-

³⁹ B. SCHNAPPER, *Les peines arbitraires du XIII^e au XVIII^e siècle*, in TR, 42, 1973-1974, 82 ss.

⁴⁰ ANGELUS STEPHANUS GARONUS, *Commentaria in tit. De poenis, Praeludia, miscell.* 4, Mediolani, 1629, su cui v. A. CAVANNA, *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*, rist. Milano, 1987, 186, nt. 417.

⁴¹ J. MENOCHIVS, *De arbitrariis iudicum quaestionibus et causis*, liber I, Florentiae, 1572, qu. 9, n. 3.

⁴² G.W. LEIBNIZ, *Dissertatio de arte combinatoria*, Probl. II.

mente, Leibniz afferma che *Elementa juris in eius corpore continentur*⁴³.

Si potrebbe pensare che queste affermazioni vadano relegate – per così dire – al novero delle pure speculazioni teoriche. E invece non mancano i risvolti pratici. Non è del resto la prima volta che Leibniz sottolinea la necessità di una geometria giuridica e di una aritmetica giuridica, in merito alle quali egli non manca di proporre al lettore degli esempi concreti. In particolare, si pensi alla (già citata e nota) Questione III dello *Specimen* e alla determinazione dei gradi di consanguineità nel Problema III dell'*Ars Combinatoria* che contiene anche un'utile spiegazione grafica-geometrica di quanto teorizzato⁴⁴.

I “casi” corrispondono a combinazioni tra elementi, con *variables infinitae*. Euclide – secondo Leibniz – compone gli *Elementa Geometriae*, mentre gli *Elementa Juris in ejus corpore continentur, utrobique tament admiscentur Casus insigniores*⁴⁵. Inoltre, Leibniz attribuisce al Monaco francescano Bernardus de Lavinheta⁴⁶ il merito

⁴³ *Ibid.*, Probl. II, 40.

⁴⁴ *Ibid.*, Probl. III, 50 ss.: *Ex hoc ipso problemate origo est numeri eprsonarum in singulis gradibus Arboris Consanguineitatis, eum nos ne nimium a studiorum nostrorum summa diversitate videamur, eruemus. Computationem autem canonica neglecta civilem sequemur. Duplex personarum in singulis gradibus enumeratio est, una generalis altera specialis. In illa sunt tot personae quot diversis flexus cognationis eadem tamen distantia. Flexus autem cognationis voco ipsa velut itinera in arbore consanguineitatis, lineas angulosque dum modo sursum deorsumve modo in latus itur. In hac non solum flexus cognationis varietatem facit, sed et sexus tum intermediarum, tum personae cuius distantia quaeritur a data. In illa enumeratione Patruus, Amita; id est, Patris frater sororve: Avunculuus, Matertera; id est Matris frater sororque, habentur pro eadem persona et convenientissime intelliguntur in voce Patruus, quia masculinus dignior foemininum comprehendit. Sed in enumeratione speciali habentur pro diversis personis. Igitur illic cognationes, hic persona numerantur [...]. Cognatio est forma linea vel linearum a cognata persona ad adatam ductarum, ratione rectitudinis et inflectionis et harum alternationis. Persona n. 1 est persona datae cognationis et dati gradus, sexusque tum sui, tum intermediarum, scilicet inter cognatam et datam. Datum a voco personam, eum eamve, de cujus cognatione quaeritur ut appellant jurisconsulti veteres rell.*

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ In argomento, recentemente, cfr. A. COSTA, *The juridical Combinatorics of Bernardus de Lavinheta*, in *Dix Septième Siècle*, 279.2, 2018, 203 ss. Non va peraltro sotto-ciuato che l'*Opera Omnia* del monaco in questione è frutto di (almeno) un'edizione curata proprio da J.H. Alsted: B. DE LAVINHETA, *Opera Omnia quibus tradidit Raymundi Lullii compendiosam explicationem et eiusdem applicationem*, Edente Johanne Henrico Alstedio, Coloniae, 1612.

di aver interpretato l'*Ars* lulliana in un modo tale da permettere di comprendere che le combinazioni (anche di concetti giuridici) più complesse derivano dalla *mixtio* dei *loci communes* più semplici, da *colligere* con maestria:

*Terminos autem in jure simplices, quorum mixtione caeteri oriuntur, et quasi Locos communes, summaque genera colligere instituit Bernhardus de Lavinheta Monachus ordinis Minorum Com. in Lullii Artem magnam rell.*⁴⁷.

Ciò è perfettamente in linea con l'idea per cui l'arte combinatoria (o caratteristica) può considerarsi un precedente storico della moderna logica simbolica, che procede sinteticamente da elementi semplici a nozioni più complesse. Nel campo del diritto – prosegue Leibniz – i concetti elementari che danno luogo alle diverse combinazioni sono *Personae, Res, Actus et Jura*. Nel novero delle persone *naturalia* o, diremmo oggi, “fisiche” Leibniz ricomprende *Mas, foemina, Hermaphrodites, Monstrum, Surdus, Mutus, Caecus, Aeger, Embryo, Puer, Iuvenis, Adolescens, Vir, Senex, atque aliae differentiae, ex physicis petendae quae in iure effectum habent specialem*⁴⁸. Le *personae artificiales* comprendono, viceversa i *corpora seu collegia et similia*, soggetti giuridici per così dire collettivi e immateriali.

La combinazione e l'interpretazione dei concetti semplici dà luogo a concetti più complessi: emblema giuridico di questo procedimento di composizione è, per Leibniz, la *compensatio*, la quale *componitur ex obligatione Titii Caio et eiusdem Caii Titio in rem dividuam, homogeneam, seu commensurabilem quae utraque dissolvitur in summam concurrentem*⁴⁹. Ed è compito della logica inventiva, dunque dell'*ars inveniendi* – Leibniz cita espressamente Raimondo Lullo – *hoc problema solvere: dato subjecto predicata, 2) dato predicato subjecta invenire utraque tam affirmative, quam negative. Vidit hoc Raym. Lullius Kabbala et Arte Magna*⁵⁰.

Il progetto, quindi, di matematizzazione della logica (o, se si preferisce, della logicizzazione della matematica) ha una valenza universale. Appare chiaro, nell'*Ars Combinatoria*, che qualsiasi concetto

⁴⁷ G.W. LEIBNIZ, *Dissertatio*, cit., Probl. II, 28.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*, Probl. 31.

complesso, anche e soprattutto giuridico, possa essere scomposto nelle idee elementari che lo costituiscono sino ad ottenere un elenco di tutti gli elementi semplici usati nel pensare. A ognuno di questi elementi dovrebbe, come in Lullo, essere attribuito un segno, in modo da comporre un linguaggio o *characteristica universalis* indipendente dalle lingue parlate e dalle convenzioni come quelle matematiche. I tempi erano quasi maturi per esclamare “*calculemus*” e per approcciarsi, da parte di Leibniz, alla matematica anche per progettare un vero e proprio calcolatore funzionante.

In definitiva, nel *De Arte Combinatoria* il ragionamento diviene – secondo Leibniz – una sorta di sinonimo di “calcolo” di concetti distinti, in modo che non vi sia più spazio per fraintendimenti od oscurità verbali. Le tecniche di combinazione dei concetti, dunque, vertono verso la realizzazione del linguaggio universale, ma partendo e promuovendo un programma che formalizzi anche il linguaggio ordinario. Del resto – e Leibniz ha modo di esporre questo suo pensiero già nella *Disputatio de principio individui* del 1663, discussa a Lipsia sotto la tutela del Thomasius – le *essentiae rerum sunt sicut numeri*⁵¹. Nel *De Arte Combinatoria* il pensiero diviene ancora più esplicito: *Est [...] numerus quasi figura quaedam incorporea, orta ex unione Entium quorumcunque*, essendo *quiddam Universalissimum*, che in primo luogo *ad Metaphysicam pertinet* e solo in subordine inerisce al piano aritmológico⁵². E l’obiettivo finale dell’opera appare, chiaramente, quello di mettere a punto un sistema logicamente coerente di riduzione delle definizioni. Leibniz ha fede nella Matematica come modello di conoscenza certa ma anche come paradigma metodologico: l’opera tende proprio a “ridurre” alle definizioni prime, come una sorta di assiomatica euclidea che ripercuote i suoi effetti anche sulla giustizia. Un punto di vista non dissimile caratterizza, si dirà a breve, anche *la Nova Methodus*.

5. *La Nova Methodus (o dell’ottimo giureconsulto) secondo Leibniz*

L’ambizione principale della *Nova Methodus*, altra opera giovanile alla cui redazione Leibniz si dedica a partire dal 1667, tornandoci

⁵¹ G.W. LEIBNIZ, *Disputatio metaphysica de principio individui. Corollaria*: III, in Id., *Die philosophischen Schriften*, IV, 26.

⁵² G.W. LEIBNIZ, *Dissertatio*, cit., 35.

però su per tutto il resto della sua vita, è quella di porsi, cito testualmente uno studio del Vasoli, quale vera e propria guida enciclopedica alla riforma generale «degli studi giuridici, un piano di riordinamento di tutta la loro materia, uno strumento metodico universale la cui applicazione al diritto potrà rinsaldare la certezza dei principi»⁵³.

Un'enciclopedia che per molti versi, e meglio direi sotto molti aspetti, come si noterà, si pone in una logica di continuità tematica rispetto alla *Dissertatio de Arte Combinatoria*. Anche in questo scritto, infatti, persegue l'elaborazione di una scienza universale, di una *ars inveniendi* che sia insieme una *methodus disponendi*. In coerenza con questo disegno globale, anche lo studio del diritto può e deve essere ordinato secondo procedimenti e schemi logici già messi a punto nella *Dissertatio*. Come si osserverà – e sempre in linea generale – centrale, nella formazione del perfetto giurista, è l'abilità nell'uso della memoria: essa si pone in stretta relazione con l'arte di inventare e con l'arte di ragionare.

Nel corso del presente § cercherò di indugiare unicamente sui punti più significativi e utili alla trattazione per verificare se e quanto possano essere suggestivi di spunti sul tema della calcolabilità della sentenza. La parte dell'opera, del resto, più specificamente dedicata alla formazione del perfetto giureconsulto – un'idea che richiama alla mente il “perfetto oratore” ciceroniano – è principalmente la seconda e su essa si sono peraltro concentrati anche gli studi di tipo giuridico⁵⁴. Anche sotto questo aspetto la continuità con l'Arte Combinatoria è evidente. Leibniz insiste sul filone culturale che unisce le tecniche mnemoniche e i procedimenti combinatori con la ricerca di una lingua e di una “simbologia” di carattere universale. L'opera si apre, mi sembra interessante sottolinearlo, con i nomi dei grandi riformatori degli *Studia* umanistici, quali Lorenzo Valla e Pietro Ramo, che vengono accostati a quelli dei fondatori della nuova scienza e della nuova filosofia, Tommaso Campanella e Galileo Galilei, ai quali – ricorda Leibniz – non sono state risparmiate severe critiche⁵⁵.

⁵³ Così C. VASOLI, *Enciclopedismo*, cit., 42.

⁵⁴ Rinvio, anche per la citazione della abbondante letteratura precedente, al contributo di R. PALAIA, *Unità metodologica e molteplicità disciplinare nella Nova Methodus Discendae Docendaeque iurisprudentiae*, in AA.VV., *Unità e molteplicità nel pensiero filosofico e scientifico di Leibniz*, Roma, 2000, 143 ss.

⁵⁵ G.G. LEIBNITZII, *Nova Methodus Docendae Discendaeque Jurisprudentiae*, Pisis, 1771, Praefatio.

La *Jurisprudentia* viene, all'interno dell'opera, inizialmente così definita: *Jurisprudentia est scientia Juris, proposito aliquo casu seu facto*⁵⁶ e chi ambisca a diventare con completezza un vero giureconsulto dovrà occuparsi della giurisprudenza sotto vari aspetti, che Leibniz tenta di compendiare in quattro principali, ottenendo così una suddivisione della *Jurisprudentia* in quattro parti, delle quali due, prevalentemente *pratiche*, sono essenziali alla formazione del giureconsulto, e due, di erudizione, figurano come complemento, tuttavia indispensabile. La divisione è contenuta nel § 2:

*Quicquid ad Jcti perfecti eruditionem pertinet, dividi potest ad instar Theologiae, in partem Didacticam seu Positivam ea continentem quae in libris Authenticis expresse extant et certi juris sunt; Historicam, originem, autores, mutationes abrogationesque Legum enarrantem; Exegeticam, ipsos libros Authenticos interpretantem; et denique Apicem caeterarum: Polemicam seu controversiarum, casus in Legibus indecisos ex ratione et similitudine definientem*⁵⁷.

Si pone accento sulla diversa importanza delle quattro parti specificamente nel § 3:

Ex his Didactica et Polemica proprie sunt partes Jurisprudentiae. Historica vero et Exegetica sunt requisita tantum. Haec Theorica, illa Practica. Jctus enim qua talis satis habet, si sciat quid in proposito casu sit juris, quod potest edam mere pragmaticus assequi, imo qui ne Latina quidem novit, sed difficulter, imo inutiliter; nam si quis negare audeat, non poterit ex historia Legibusque demonstrare: ideo Empirici magis nomen merebitur, quam ejus qui veram in Jure Philosophiam sit assecutus.

La Giurisprudenza Didattica e quella Polemica assumono, come si nota, un rilievo preponderante nella visione del filosofo tedesco circa l'istruzione di un giureconsulto. A questo punto, la continuità con la *Dissertatio*, a cui accennavo in precedenza, si può scorgere anche nel parallelo che Leibniz traccia tra la giurisprudenza e la teologia. Nel § 4 infatti la teologia appare come una sorta di giurisprudenza che tuttavia tratta del diritto e delle leggi vigenti nel *Regnum Dei super homines* e, a sua volta, la giurisprudenza viene ripartita in quest'opera in tal modo prendendo a modello la teologia, *quia mira est utriusque facultatis similitudo. Utraque enim duplex principium ha-*

⁵⁶ Ivi, Pars II, 35.

⁵⁷ Ibid.

bet, partim rationem, hinc Theologia Jurisprudentiaque naturalis, ...partim Scripturam seu librum quendam Authenticum Leges Positivas, illic divinas, hic humanas continentem. Dunque la somiglianza, direi meglio le affinità tra le due discipline sono soprattutto legate al fatto che contengono, necessariamente, principi razionali.

La parte “pratica” più rilevante⁵⁸ della scienza del diritto è costituita, nell’opera, dalla *jurisprudentia didactica*, la quale negli intendimenti dell’autore va concepita come un sistema di “elementi” (ad imitazione degli *Elementa* euclidei, schema molto fortunato dal Tardo Cinquecento in poi)⁵⁹. Nella prima parte (§§ 7-22) si tratta del modo di organizzare ed esporre le *Definitiones seu explicationes terminorum* mentre la seconda (§§ 23-27) riguarda le *Propositiones seu Praecepta*. In risalto, nella trattazione, appare la necessità, per Leibniz, di costruire un sistema organico del sapere giuridico attraverso un’organizzazione razionale, ordinata e metodica, una *Methodus*, basata anche sulla mnemotecnica, che egli così definisce: *Methodus ejus non sit Alphabetica, sed accurata et solida. Mirum enim quam in Methodo solida et naturali res rem explicet, et memoria juvetur*⁶⁰. L’uso del lemma *Methodus*, alla luce di quanto esposto in precedenza, non ci sorprende: Leibniz fa proprie, in questa definizione, non l’unica dell’opera⁶¹ le connotazioni date al termine da Pietro Ramo, per il quale *Méthode est dispositif par laquelle entre plusieurs choses la premier de notice est disposée au premier lieu, la deuziesme au deuziesme, la triziesme au triziesme et ainsi consequentement. Ce*

⁵⁸ Per quello che riguarda la giurisprudenza polemica, di cui alla Pars II; § 69 ss., essa inerisce alla “raccolta dei principii della decisione e la collezione delle decisioni”: C.M. DE IULIIS, *Leibniz e la scienza giuridica. Tra topica e dogmatica*, in *Eur. dir. priv.*, 3, 2010, 714. È in questo contesto che Leibniz si diffonde in una interessante digressione sul fondamento del diritto naturale per gli antichi filosofi e anche per i filosofi moderni, nonché, naturalmente, dal punto di vista dell’autore stesso (Pars II, §§ 77-99).

⁵⁹ C. VASOLI, *Enciclopedismo*, cit., 65. Le testuali parole di Leibniz: § 6, *Jurisprudentia didactica in elementorum nomine non inepte appellabatur ad imitationem Elementorum Euclidis quem in titulis fuorum librorum Th. Hobbes Elementis de Cive & Corpore, ac Job. a Felde y de Sam. Pufendorf Elementis Jurisprudentiae secuti sunt*: G.G. LEIBNITZII, *Nova Methodus*, cit., Pars II, 38.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Ivi*, § 26, 280: *Methodologia seu ars disponendi versatur circa methodum. Methodus autem est vel naturalis, cuius haec est regula, quicquid sine altero cognosci potest, non vero alterum sine ipso, mud alteri praeponi debet; vel occasionaiis, cujus nulla generalis regula tradi potest, sed variat infinitis modis rell.*

*nom signifie toute discipline et dispute, néanmoins communément est pris pour abrégement du chemin*⁶².

Prima di impegnarsi in una personale ricerca della *Methodus*, Leibniz indica e critica quanto era stato tentato precedentemente a lui: *Cum vero docendae Jurisprudentiae Methodus, comprehendat et Methodum disponendae, videamus quas varii vias iniverint*. L'insegnamento del diritto – osserva Leibniz – appare ancorato alla vecchia *Methodus Disponendae Jurisprudentiae* di matrice giustiniana. E qui la critica all'imperatore Giustiniano e a Triboniano si fa quantomai serrata: il metodo con cui sono state composte e ordinate le *Institutiones* giustiniane è diverso rispetto a quello utilizzato per la redazione e l'ordine dei *Digesta*. Ciò comporta, secondo l'Autore, che il giurista che si approcci a questi testi per trarne insegnamenti didattici e pratici, sia costretto ad affrontare una fatica “doppia” (*primum in ipsa Methodo Justiniana labor crescit in duplum*)⁶³.

Alla caotica organizzazione di Triboniano, seguita secondo Leibniz anche nel Medioevo, egli contrappone la propria, spiegandone anche i vantaggi: *Methodus vero nova incredibilia commoda afferet, si accurata erit; ita enim primum mirabile orietur compendium discendorum, dum generalibus regulis infinitae speciales simul discuntur, et praemissis generibus gradatim descendetur ad species, dicenturque ex tantum, quae nuda generalium subsumptione non constant*⁶⁴. L'apprendimento del diritto è reso “incredibilmente comodo” grazie alla fissazione dei concetti prima in *compendia* generali, poi in regole speciali e gradatamente verso principii sempre più particolari. Coglie nel segno, a mio avviso, chi intravede in questo lavoro di ricostruzione della disciplina del *Corpus Juris* in modo da eliminare ogni contraddizione un elementare e primo suo tentativo di “riduzione a sistema del diritto romano”⁶⁵. La *scientia iuris*, dunque, deve possedere soprattutto i requisiti di completezza, brevità e ordine e ciò so-

⁶² P. DE LA RAMÉE, *Dialectique*, Paris, 1555, 144 ss.

⁶³ Ivi, 39: *Tribonianus aliam in Institutis, aliam in Digestis & Codice methodum tenuit; illic enim tria juris, objecta constituit, personas, res et actiones, ut personatum capite explicuit potestatem patriam, dominicam, nuptias, tutelam, curam, omnem nempe potestatem in ipsas immediate personas sine rerum interventu. Alterum caput est quoties res interveniunt: & vel principaliter, ut non certa persona proprie teneatur, (ed certa res, ubicumque inveniri, possit, quod est jus in re; aut inter vivos dominium rell.*

⁶⁴ Ivi, 40.

⁶⁵ Così, testualmente, C.M. DE IULIIS, *Leibniz*, cit., 714.

prattutto al fine precipuo di evitare la riproduzione dei vizi dei *corpora iuris* coevi: ripetizioni, contraddizioni, oscurità.

Dal § 14 in poi Leibniz fa prendere corpo in maniera più precisa all'ideale di sistema organico del sapere giuridico che egli ha in mente: la stessa (seconda) definizione di "giurisprudenza" che propone ha un'essenza pratica, concreta: *Jurisprudentia est scientia actionum quatenus iustae et iniustae dicuntur*⁶⁶. La presenza di due definizioni diverse è stata spiegata – dalla dottrina – in base all'esatto rilievo per cui «mentre nel par. I si guarda allo *jus* in senso oggettivo, quale *dictamen rationis*, tutta la trattazione dal par. 15 al par. 20 è imperniata sulla considerazione dello *Jus* in senso soggettivo, in definitiva come *potentia moralis agendi*»⁶⁷. Interessante, nella trattazione, è la definizione che Leibniz dà della *facultas*, che si sostanzia esclusivamente in uno *jus in rem* a sua volta articolantesi, sulla scia di una notissima e fortunata elaborazione medioevale relativa all'essenza del diritto di proprietà, in dominio diretto e dominio utile: *Jus in rem dicitur Facultas, et habet species: Dominium directum in rei materiam, utile seu Jus utendi fruendi in formanti, Jus servitutis in partes formae seu qualitates, Jus retinendi, usucapiendi, Conditionem, et alia Jura realia*⁶⁸.

Ed è in questo contesto che Leibniz si diffonde quindi nella sua *pars construens*, tesa ad illustrare le caratteristiche dell'insegnamento giuridico 'ideale'. L'apprendimento di parti pratiche della giurisprudenza, tuttavia, non esaurisce la formazione del "perfetto giurista" perché egli non può limitare la propria cultura e la propria attenzione alla mera individuazione della norma da applicare alla controversia. Il giurista deve possedere anche competenze nella giurisprudenza storica e in quella esegetica. Dunque una certa importanza rivesta anche la conoscenza della storia romana, di quella ecclesiastica, di quella medioevale e di quella contemporanea a Leibniz (qui il riferimento è ai §§ 31-41 della *Pars II*), tutte utili a comprendere il diritto civile e quello pubblico del suo tempo.

Ma nella *Nova Methodus* non manca anche un profondo e proficuo interesse per l'Arte Retorica. Leibniz, trattando della *dialectica*

⁶⁶ Ivi, § 14, 45.

⁶⁷ Così, testualmente, G. ACETI, *Sulla "Nova Methodus Discendae Docendaeque Jurisprudentiae" di Goffredo Guglielmo Leibniz*, in *Jus*, 1, 1957, 19.

⁶⁸ G.G. LEBNITZII, *Nova Methodus*, cit.

juridica (in qua *Methodus disponendi, docendi, discendi Juris explicatur*), Leibniz richiama i diversi espedienti mnemonici, le tecniche retoriche e topiche che possono essere utilizzate nell'insegnamento giuridico per rafforzare la memoria⁶⁹.

E un ruolo di altrettanto rilievo, nell'insegnamento del diritto, lo riveste anche la c.d. logica giuridica. Essa – e il punto non mi sembra trascurabile ai fini della presente ricerca – ha anche il compito di realizzare la *concordia antinomiarum*, così da eliminare le contraddizioni vere e quelle apparenti che rendono difficile l'interpretazione dei Digesti giustinianeî (ma delle leggi in genere direi) e, in ultima istanza, la decisione giudiziaria⁷⁰. Secondo Leibniz, l'arte di risolvere le antinomie giuridiche si compendia essenzialmente in ciò, *ut tuemur aliud subjectum vel praedicatum esse in hac aliud in illa lege vel propositione, vel utrumque esse idem*⁷¹. Alla preventiva attività di *conciliatio antinomiarum* segue, nella trattazione, un approfondimento sulla vera e propria *interpretatio legum*. Quest'ultima si suddivide – secondo Leibniz – in *interpretatio simultanea* (*Unius legis cum alia*) e in *interpretatio solitaria* (*cuiuslibet legis pro se*). L'*interpretatio* simultanea si realizza in opere giuridiche come le *Summae* e i *Paratitla*; l'*interpretatio* solitaria prende invece forma nei *Commentarii*, dei quali Leibniz ricorda alcuni esempi celebri (le opere chiamate in questione sono quelle, ad esempio, di Hotman e di Vinnen)⁷².

Nell'ultima parte della *Nova Methodus*, infine, Leibniz si accinge alla trattazione del diritto naturale, utilissimo, direi indispensabile, per la formazione della decisione giudiziaria. Alla formazione della decisione concorrono la ragione, che in Leibniz è il principio fondante il diritto di natura, e la somiglianza, il caso analogo (*similitudo*), che svolge il medesimo ruolo nel diritto civile⁷³. Nella discussione sul diritto naturale Leibniz ci propone un interessante *excursus* sulle sue fonti di studio: tra gli antichi Platone, Aristotele, Epicuro, Cicerone e fra i moderni Grozio⁷⁴, Sforza Pallavicini, Hobbes, Fel-

⁶⁹ Ivi, § 326.

⁷⁰ Ivi, § 328-329.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² *Ibid.*

⁷³ Ivi, § 70, 341: *Principia decidendi sunt Ratio ex Jure Naturae; et Similitudo, ex Jure Civili certo.*

⁷⁴ Una ricognizione degli sviluppi del diritto naturale a partire proprio dalla riforma luterana, in particolare dai lavori di Grozio, si rinviene nella riflessione di

den e Scharrok. Ciascuno di essi, come sappiamo, fornisce una diversa definizione del diritto naturale e Leibniz cerca di far tesoro, aggiungendo originalità, dell'immensa mole di volumi consultata: «*Juris naturae tres sunt gradus: Jus strictum, aequitas, pietas. Quorum sequens antecedente perfectior, eumque confirmat, et in casu pugnantis ei derogat*»⁷⁵. Il primo grado definito dal filosofo tedesco è *lo jus strictum*, cioè *lo jus belli et pacis* il cui fondamento e il cui fine si compendiano nel brocardo sintetico *nemmem laedere*.

Poi, per definire il secondo grado del diritto naturale, cioè *l'aequitas* o *aequalitas*, Leibniz riprende la formula del *suum cuique tribuere*: *Aequitas seu aequalitas, id est, duorum pluriumve ratio vel proportio consistit in harmonia seu congruentia*⁷⁶. Infine, il sommo grado dello *Jus Naturale*, capace di dare armonia, perfezione e coerenza anche ai due precedenti, è sostanziato, in questa costruzione teorica, dalla *pietas*, espressione della volontà di Dio:

*Pietas igitur tertius est gradus Juris Naturae, tribuitque caeteris perfectionem et effectum. Nam Deus, quia omniscius et sapiens est, Jus merum et aequitatem confirmat; quia omnipotens, exequitur. Imo coincidit utilitas generis humani, imo decor et harmonia mundi, cum voluntate divina*⁷⁷.

Ma il diritto – e la legge – in Leibniz sono due entità distinte, lo si è constatato anche nelle pagine precedenti e il primo, come è stato osservato, risulta «irriducibile a comandi, siano essi di Dio o del Sovrano»⁷⁸. Leibniz dimostra anche in quest'opera, in definitiva, la sua convinzione di poter giungere a una conoscenza epistemica della giustizia, in base alla quale – cito testualmente – il diritto «sarebbe conoscibile e calcolabile in quanto pur sempre ispirato al principio di

C. THOMASIIUS, *Paulo Plenior Historia juris naturalis*, Magdeburgo, 1719, 2 ss., 58 ss. Sull'elaborazione del diritto naturale agli inizi dell'età moderna esiste una letteratura immensa: per un quadro sintetico si rinvia a J. SCHRODER, *The Concept of (Natural) Law in the Doctrine of Law and natural Law of Early Modern Era*, in AA.VV., *Natural Law and Laws of Nature in Early Modern Europe: Jurisprudence, Theology, Moral and Natural Philosophy*, Ashgate, 2008, 57 ss.

⁷⁵ G.G. LEIBNITZII, *Nova Methodus*, cit., § 70.

⁷⁶ Ivi, § 74.

⁷⁷ Ivi, § 75.

⁷⁸ Così A. JANNARELLI, *I principii nell'elaborazione del diritto privato moderno*, in RISG, 2014, 54.

ragione»⁷⁹. Di qui l’obiettivo – perseguito con sempre più tenacia – «di ridurre tutto il diritto romano, tanto quello naturale quanto quello civile, ai suoi propri principii, che sono pochi, in modo che, sia pure attraverso un lavoro faticoso, tutte le leggi siano dedotte da questi ultimi una volta che siano stati individuati»⁸⁰. Ed è proprio con Leibniz che, secondo Ascarelli, il «diritto romano passa ad essere considerato non tanto come *ratio scripta*, quanto sistema matematico»⁸¹. E in quest’opera, in particolare, si pongono le basi di una svolta metodologica che, partendo dal linguaggio giuridico e dall’individuazione dei concetti giuridici, prospetta la possibilità di elaborare un nuovo corpo del diritto (parte II § 22) che sia *plene, breviter, ordinatum* (II, § 22). Non siamo lontani, in altre parole, dalla matura formulazione del “*calculemus*”.

6. *Diritto e probabilità in Leibniz: brevi cenni*

La scientificità del diritto è, come si è potuto constatare, una convinzione che anima Leibniz fin dagli scritti giovanili, qui sommariamente commentati, e che trova ancora una compiuta enunciazione anche in saggi di altro tenore come quello, verosimilmente composto poco dopo il 1670, giunto a noi con il titolo *De legum interpretatione, rationibus, applicatione, systemate*⁸². Il filosofo chiarisce innanzitutto le varie tipologie di “interpretazione” della legge, con le loro differenti finalità⁸³: l’*interpretatio dicti* chiarisce il senso delle singole parole all’interno del testo; l’*interpretatio sententiae* è tesa invece alla ricerca della *voluntas* del legislatore, la quale non sempre viene espressa.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ Questo il progetto di cui parla Leibniz già in una sua missiva a Johann Georg Graevius, filologo olandese, del 7 giugno 1671, in G. LEIBNIZ, *Samtliche Schriften und Briefe*, Akademie Verlag Band, II, 1 2006, 193: “*Hunc ergo laborem in nos suscepimus, leges Romanas universas ad sua principia naturalia civiliaque quae pauca sunt, redigendi, vicissimque ex iis jam inventis, quod est taediosissimum, leges omnes deducendi*”.

⁸¹ T. ASCARELLI, *Hobbes*, cit., 40.

⁸² Qui consultato nell’edizione di cui in *Rechtsphilosophisches aus Leibnizens ungedruckten Schriften*, von G. Mollat, Leipzig, 1885. Dell’operetta esiste peraltro una recente traduzione tedesca con commento critico: D. BARCK, *De Legum interpretatione. Gesetzesauslegung bei Gottfried Wilhelm Leibniz* (= Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen [FRA] NF 81B), Berlin, 2020.

⁸³ *Ivi*, 42.

Qui il filosofo ricorda, tra l'altro, come la non contraddizione del diritto come vero e proprio "sistema" debba essere un principio indefettibile: se è vero, infatti, che possono esistere – egli rileva – delle leggi in contraddizione tra di loro, è altrettanto vero che questo, a un livello più generale, non è accettabile:

Respondendum est singulas quidem leges posse habere exceptiones, sed totum systema legum debere exceptionibus carere. Leges enim sese invicem limitant, et ex una lege sumi potest regula, ex alia exceptio, rursus ex alia replicatio et ita porro. Inde nascitur mirificum leges ferendi compendium et apparet, quomodo paucae leges complecti possint casus innumerabiles, quoniam paucarum legum innumerabiles possunt fieri combinationes inter se pro negotiis scilicet oblatiis rell.⁸⁴

Le singole leggi possono essere in qualche modo eccezionalmente carenti, ma, a livello di "sistema", non possono esservi lacune normative. Da una legge si può sussumere una regola, nell'altra può essere prevista un'eccezione e così via. Anche poche leggi possono prevedere e "coprire" una moltitudine di casi, combinandosi tra di loro. Nella visione leibniziana, l'obiettivo della certezza e della chiarezza – *ut ius in artem redigatur*, dice testualmente il filosofo, facendo affiorare alla memoria echi ciceroniani – va perseguito, da parte del Legislatore, ponendo pochi principi generali che non cadano in contraddizione irrazionale tra loro⁸⁵. Questo modo di procedere ha un'essenza scientifica, geometrica, dunque poco fallace. La scientificità del diritto è una consapevolezza che Leibniz ribadisce anche in quest'opera, attribuendo al diritto stesso diversi registri e finalità:

Haec tradendi rationem scientialis est. Priores magis indicum rationem habent, prorsus quemadmodum geometria dupliciter in systematis formam redigi potest, uno modo scientifico, quem tradidit Euclides, per rationes, altero practico pro illis, qui propositiones scire satis habent, etsi rationes non intellegant⁸⁶

Ma l'operetta in questione – lo si è rilevato già in precedenza, richiamando le parole di Tullio Ascarelli, autore, come si è detto, di

⁸⁴ Ivi, 52.

⁸⁵ Ivi, 53: *tractandum est jus per causas dandaque opera est, ut omnia reducantur ad paucas quasdam regulas rationesve, adnotatis tamen placitis, velut exceptionibus. Nam quae contra rationem juris recepta sunt, ad consequentia trahi non debent.*

⁸⁶ Ivi, 55.

una traduzione italiana – segna probabilmente anche un punto di svolta nelle speculazioni di Leibniz, il quale si dedica più coscientemente anche agli studi della matematica e del calcolo probabilistico, superando anche, in qualche modo, la sua fede nella logica applicata al diritto. Del resto, non dobbiamo dimenticare che nel 1672 Leibniz giunge anche a perfezionare – sulla scia di quanto elaborato da Blaise Pascal – una calcolatrice in grado di estendere le operazioni della calcolatrice di Pascal anche a moltiplicazioni e divisioni⁸⁷.

I frutti di questo interesse – lo sviluppo di «a set of logical rules and systems to support legal reasoning»⁸⁸ possono in effetti leggersi, per esempio, nella *Disputatio Juridica de conditionibus*, risalente al 1669 e anche nella *De Incerti Aestimatione*, del 1678, opera nella quale peraltro i concetti di probabilità statistica e di speranza matematica vengono applicati a problemi giuridici, a cominciare dalla definizione della probabilità come *gradus possibilitatis*⁸⁹.

Anche in un'altra opera incompiuta di Leibniz, dal titolo *Ad Stateram juris, de gradibus probationum et probabilitatum* (forse risalente al 1676)⁹⁰ la probabilità rivela la sua utilità, in ambito giuridico, come si può constatare dalla lettura dello squarcio che segue:

Nimirum pro comperto habendum est, ut Mathematicos in necessariis, sic Jurisconsultos in contingentibus Logicam, hoc est rationis artem, prae caeteris mortalibus optime exercuisse.

Nello stesso interessante trattatello, Leibniz definisce il processo giudiziario come una

forma disputandi a scholis translata ad vitam, purgata ab inaniis, et auctoritate publica ita circumscripta, ne divagari impune liceat, aut tergi-

⁸⁷ Per un'accurata analisi del funzionamento della calcolatrice leibniziana rinvio a U.E. MOSCATO, "Calculus?", cit., 25.

⁸⁸ C. VARGAS, *The Relevance of Artificial Intelligence in realizing Leibniz's Dream of Justice*, 2021, preprint in https://www.researchgate.net/publication/352865386_The_Relevance_of_Artificial_Intelligence_in_Realizing_Leibnizs_Dream_of_Justice/citation/download.

⁸⁹ G.W. LEIBNIZ, *De incerti aestimatione*, trad. inglese a cura di W.D. CIRILO DE MELO e J. CUSSENS, presentata in *The Leibniz Review*, 14, 2004, 31 ss.

⁹⁰ E qui citata nell'edizione di L. COUTURAT, *Opusculs et fragments inédits de Leibniz*, Paris, 1903, 211 ss.

*versari, neve omittatur quodcumque ad veritatis indagacionem facere videri possit*⁹¹.

Il processo è, dunque, in sé un tentativo di razionalizzare le controversie che vertano su materie opinabili, disciplinandone ordinatamente lo svolgimento e fissando i criteri attraverso i quali si potesse giungere alla verità. Sembrerebbe, dunque – condivido l'opinione di Leoni – che per Leibniz il diritto come scienza potesse «consistere nella ricerca della verità fra i meandri della contingenza»⁹². La logica giuridica si profila come logica della «probabilità», laddove Leibniz ha piena consapevolezza che la «logica del necessario» appartiene al dominio delle scienze matematiche.

E, ancora, assai chiare sono alcune indicazioni che possiamo trarre da alcuni squarci di una lettera inviata da Leibniz al filosofo tedesco e suo contemporaneo Gabriel Wagner⁹³:

«se la logica è un sacco pieno di buoni ricordi, essa non è certo inutile. Io non mi sento di lodare i nuovi logici che condannano i logici antichi senza migliorarli. Non è sempre in nostro potere trovare la verità, se non disponiamo di dati sufficienti, ma possiamo sempre guardarci dall'errore se abbiamo tempo per considerare la questione; e (se perfezioniamo completamente la logica) possiamo sempre trovare tutto ciò che è possibile in base ai dati. Ad esempio, con il mio calcolo infinitesimale delle differenze e delle somme ho portato le cose a tal punto che si può ora in fisica-matematica padroneggiare molte cose che prima non era nemmeno lecito ardire di ricercare. Anche se mancano i dati, si può sempre osservare quali dati ci manchino».

La logica tradizionale, dunque, sostanzia per Leibniz uno strumento non sempre idoneo alla soluzione di quei casi in cui «non è possibile decidere in modo assoluto una questione»⁹⁴. Ed è in queste ipotesi che, secondo il filosofo, bisogna affidarsi alla “logica del verosimile”, la quale sulla base dei dati disponibili riesce a determinare il grado di verosimiglianza più elevato, giudicando con ragionevole-

⁹¹ *Ibid.*

⁹² B. LEONI, *Probabilità*, cit., 88.

⁹³ G.W. LEIBNIZ, *Lettera a Gabriel Wagner* [1696], in ID., *Scritti di logica*, a cura di F. BARONE, trad. it., Bologna, 1968, 508.

⁹⁴ G.W. LEIBNIZ, *Nuovi Saggi sull'Intelletto Umano*, trad. it., a cura di S. CARIATI, Torino, 2011, IV,2, § 14, 354.

lezza per l'ipotesi più fondata. Del resto, Leibniz giunge a sostenere, nel pieno della sua maturità, che il ragionamento stesso sia un “calcolo”, un *Calculus Ratiocinator seu artificium facile et infallibiliter ratiocinandi*⁹⁵.

E qui si richiama un altro concetto importante nel pensiero di Leibniz, quello della *characteristica universalis*. Leibniz ritiene che la possibilità di un linguaggio perfetto debba basarsi sull'identificazione delle nozioni primitive che formano lo scibile. Ad ogni nozione primitiva si dovrebbe attribuire un numero e i vari numeri dovrebbero combinarsi tra loro, generando tutte le nozioni possibili. Un sistema di traduzione di questi numeri in consonanti e vocali consentirebbe poi di assegnare ad ogni nozione un *carattere* che si riferisca univocamente alla nozione da esso designata:

«Giunsi a questa mirabile osservazione: che si poteva certamente escogitare un alfabeto dei pensieri umani e che dalla combinazione delle lettere di quest'alfabeto e dall'analisi dei vocaboli formati da quelle lettere si potevano scoprire e giudicare tutte le cose»⁹⁶.

L'uso d'un adeguato simbolismo, unico perché universale (*characteristica universalis*) atto ad esprimere le relazioni logiche, avrebbe dovuto, secondo il sogno (ormai possiamo chiamarlo anche “chimera”), costituire la base di un algebra logica (*calculus ratiocinator*) applicabile a tutti gli ordini di conoscenza razionale. Delle controversie umane la *characteristica* avrebbe dovuto divenire giudice, con gli errori umani ridotti ad errori di calcolo, facilmente correggibili con un attento esame⁹⁷. Insomma, una volta identificate le nozioni fondamentali, Leibniz vorrebbe dar luogo a un *calculus ratiocinator* che vanifichi dispute e polemiche, e dal quale risulti che (qui trova luogo, finalmente, la celebre esclamazione leibniziana, il cui tenore

⁹⁵ L. COUTURAT, *La logique de Leibniz d'après ses documents inédits*, Paris, 1901, cap. IV, 96, 97.

⁹⁶ G. W. LEIBNIZ, *Historia et commendatio linguae charactericae universalis quae simul sit ars inveniendi et judicando* (1679-80 ca.), trad. it. in ID., *Scritti di logica*, cit., 210. Per una spiegazione su come costruire i “caratteri”, cfr. G.W. LEIBNIZ, *Elementa characteristicae universalis*, 1679, trad. it. in ID., *Scritti di logica*, 288-296.

⁹⁷ L. COUTURAT, *La logique*, cit., 98. In un progetto di Enciclopedia, Leibniz scrive infatti «*De judice controversiarum humanarum, seu Methodo infallibilitatis, et quomodo effici possit? ut omnes nostri errores sint tantum errores calculi, et per examina quaedam facile possint justificari*».

può essere ora più attentamente compreso, al di là dei facili automatismi e delle superficiali e improprie citazioni): «ogni parallogismo sia nient'altro che un errore di calcolo, e che ogni sofisma, espresso in questo genere di nuova scrittura, nient'altro sia che un solecismo o un barbarismo, da sciogliere facilmente mediante le stesse leggi di questa grammatica filosofica. Una volta fatto ciò, quando sorgeranno delle controversie, non ci sarà maggior bisogno di discussione tra due filosofi di quanto ce ne sia tra due calcolatori. Sarà sufficiente, infatti, che prendano la penna in mano si siedano a tavolino, e si dicano reciprocamente [...] calcoliamo!»⁹⁸.

Tuttavia, al di là degli intendimenti, «gli strumenti cognitivi per fondare questo nuovo capitolo della logica purtroppo non sono stati indicati dal filosofo»⁹⁹. Ma il segno lasciato dalle speculazioni di Leibniz (considerato peraltro anche padre del calcolo infinitesimale, una delle branche matematiche essenziali per il funzionamento dell'Intelligenza Artificiale¹⁰⁰) e dal suo – si perdonerà il gioco di parole – ‘sogno’¹⁰¹ (ci torniamo, con un bagaglio di consapevolezza maggiore, dopo l'accento un po' vago del § iniziale) è, ancora oggi, così profondo da costituire una tappa di indagine imprescindibile, sebbene molto complessa, per chiunque – da una prospettiva storico-giuridica o, anche filosofica – voglia indagare sui precedenti – *lato sensu* – del concetto di Giustizia Predittiva. L'idea, infatti, di proporre un'e-

⁹⁸ G. W. LEIBNIZ, *De scientia universali seu calcolo philosophico* (1684 ca.), trad. it. in ID., *Scritti di logica*, cit., 237.

⁹⁹ C.M. DE IULIIS, *Leibniz*, cit., 735.

¹⁰⁰ Così in A. BASDEVANT, A. JEAN, V. STORICHAN, *Mécanisme d'une justice algorithmisée*, Paris, 2021, Rapport, consultabile all'indirizzo <https://www.jean-jaures.org/wp-content/uploads/2021/07/justice.pdf>.

¹⁰¹ Il “sogno di Leibniz”, come il logico e matematico Giuseppe Peano, vissuto nel primo trentennio del Novecento (G. PEANO, *Formulario mathematico* [1895-1908], introduzione e note di U. CASSINA, Roma, 1960, p. ii, 2 (fac-simile dell'ed. Torino, Bocca, 1908); l'espressione viene ripresa da B. RUSSELL, *Mathematicians and the Metaphysicians* (1901), trad. it., in ID., *Misticismo e logica e altri saggi*, Milano, 2010, 76; Cfr. anche M. MONDADORI, *Il sogno di Leibniz* [1986], in *Logica e politica. Per Marco Mondadori*, a cura di M. D'AGOSTINO, G. GIORELLO, S. VECA, Milano, 2001, 15-25) chiamerà questo grandioso programma del filosofo tedesco, ovvero rendere il linguaggio prevedibile e universalmente matematico, è stato ripreso tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento, intrecciandosi con i progetti di rifondazione della logica. Espliciti riferimenti al programma di Leibniz si ritrovano in Boole e, ancora più forti, in Frege che all'inizio della sua Ideografia (*Begriffsschrift*, 1879) fa richiami proprio al “*calculus philosophicus o ratiocinator*”.

quazione nella quale racchiudere tutte le possibili interazioni sociali, per rendere prevedibili gli effetti delle azioni viene perseguita da Leibniz con costanza, sebbene invano, fino alla fine della sua vita¹⁰².

7. *Matematica e Diritto tra il Settecento e l'Ottocento. Spunti per un dibattito*

Anche dopo Leibniz – volendo accennare alla “fortuna” del suo metodo e delle sue intuizioni – i tentativi di applicare alla scienza giuridica criteri, meccanismi e ragionamenti di tipo matematico e probabilistico in grado di assicurare una certa “prevedibilità” della decisione giudiziaria non sono mancati.

In alcuni casi, i primi che verranno considerati in questa parte della trattazione – mi sembra interessante sottolinearlo perché si tratta di un aspetto poco considerato dalla letteratura giuridica tradizionale – il contributo non sempre è venuto da giuristi *ante litteram*. Giova anche ricordare che dal fertile solco dell'Illuminismo traggono origine contributi di tenore meno filosofico e più pragmatico, spesso riconducibili alla tradizione – vedremo – dei probabilisti Francesi. Del resto – e non è un caso, credo, che ad affermarlo sia Voltaire, sebbene si sia anche supposto, non senza fondamento, che si trattasse di una «ironia semiseria che irrideva la possibilità di misura matematica della probabilità che fabbricava una pseudo-cerchezza alimentando i dubbi»¹⁰³ – «Quasi l'intera vita si basa sulle probabilità.[...] E lo studio delle probabilità è la scienza dei giudici; una scienza da rispettare tanto quanto la loro autorità, poiché essa è il fondamento delle loro decisioni»¹⁰⁴.

¹⁰² Un ulteriore esempio è dato dall'interessante trattatello *Monita quaedam ad Samuelis Puffendorffii principia*, del 1706, ove si legge, a proposito della giustizia, che *Neque enim justitia essentialis Dei attributum erit, si ipse jus & justitiam arbitrio suo condidit. Et vero justitia fervat quasdam æqualitatis proportionalitatisque leges, non minus in natura rerum immutabili divinisque fundatas ideis, quam sunt principia Arithmeticae & Geometriae*: G.G. LEIBNITZII, *Monita quaedam ad Samuelis Puffendorffii Principia*, in *Opera Omnia*, IV, Genevae, 1778, 280.

¹⁰³ Così, recentemente, M. SERPICO, “*Vitium et Crimen valde differunt*”. Secolarizzazione e giustizia penale nel *De Origine Processus Inquisitorii* di Christian Thomasius, in *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 51, 2022, 158.

¹⁰⁴ M. VOLTAIRE, *Essai sur les probabilités en fait de Justice*, Genève, 1702, 4: «*cette étude des probabilités est la Science des Juges: Science aussi respectable que leur autorité*

Alludo, in particolare, ad esempio allo svizzero Nicholas Bernoulli, il quale mette a frutto le conoscenze matematiche e logiche di suo zio, il matematico (amico di Leibniz, con cui intrattiene una fitta corrispondenza epistolare, recuperata dal Couturat) Jacob Bernoulli (autore di una nota *Ars Conjectandi*)¹⁰⁵ per giungere alla composizione, nel 1709, del suo *De Usu Artis Conjectandi in Jure*, che gli vale il Dottorato *in Utroque Jure* all'Università di Basilea. Egli, speculando su alcuni passi dei Digesti giustinianeî propone alcune applicazioni giuridiche della nozione di “probabile”, particolarmente interessandosi, tra le altre, alla *Lex Falcidia*, alla dichiarazione di morte presunta, al calcolo delle rendite, alle aspettative di eredità, ad alcuni problemi legati all'istituto della fidejussione, o ancora a questioni di probabilità legate alla attendibilità delle testimonianze in un processo o alla dichiarazione di innocenza di un imputato¹⁰⁶, allo scopo precipuo di fissare anche «una serie di parametri matematico-quantitativi per calcolare il grado di attendibilità del ragionamento probatorio»¹⁰⁷.

L'idea teorica di Bernoulli ispira anche il celebre matematico e filosofo francese Nicolas de Condorcet, autore, nel 1785, di un *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix*. In tale opera Condorcet, che molto si è speso, tra l'altro, per l'affermazione dei diritti delle donne e non solo¹⁰⁸, delinea la sua teoria delle scelte sociali e dunque formula. Nel 1785, nel suo Trattato sull'Applicazione dell'Analisi alla Probabilità delle Decisioni a Maggioranza, formula il c.d. “teorema della giuria di Condor-

même, puisqu'elle est le fondement de leurs décisions. Un Juge passe sa vie à peser des probabilités les unes contre les autres, à les calculer, à évaluer leur force» (trad. nostra nel testo).

¹⁰⁵ Sulla quale rinvio a C.M. ADAME, *Breve historia del Ars Conjectandi*, in *Miscellanea Mathematica*, 60, 2015, 1 ss.

¹⁰⁶ N. BERNOULLI, *Dissertatio de Usu Artis Conjectandi in Jure*, Basileae, 1709, trad. fr. a cura di N. MEUSNIER, Paris, 1992, Cap. V, 84 ss. In argomento, cfr. il contributo di R. CARVAIS, *Anticipation et réception d'une thèse de droit. «De Usu Artis Conjectandi in jure» de Nicolas Bernoulli (Bâle, 1709)*, in *Electronic Journal for History of Probability and Statistics*, 2.1, 2006, 1 ss.

¹⁰⁷ M. SERPICO, “*Vitium*”, cit., 155.

¹⁰⁸ Rinvio al Volume AA.VV., *Condorcet. Dichiarare i diritti, Costituire i poteri. Un inedito sulla Dichiarazione dei diritti dell'uomo*, a cura di G. MAGRIN, M. CANDELA, *Quaderni Per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, Milano, 2011.

cet”¹⁰⁹, che definisce il comportamento di un insieme di persone nella scelta di un giudizio su un determinato argomento. Il teorema parte da una situazione molto semplice: un gruppo di persone vuole raggiungere una determinata decisione attraverso un voto a maggioranza, decisione presa tra due alternative possibili, di cui una è corretta, l'altra incorretta. Ognuno dei singoli decisori ha una probabilità pari a p di scegliere l'alternativa corretta, probabilità che è indipendente rispetto alle altre probabilità di tutti gli altri soggetti: il teorema si interroga su quale sia il numero ideale di votanti che dovrebbero partecipare al gruppo di decisione.

Condorcet dimostra che, focalizzandosi su p , il valore di riferimento è $1/2$:

– Se p è maggiore di $1/2$, e dunque ciascuno dei votanti ha più probabilità di scegliere l'alternativa corretta, aumentare il numero di persone che decidono aumenterà la probabilità di optare per la giusta scelta, con la probabilità p che tenderà a 1 mano a mano che il numero di componenti del gruppo aumenterà;

– Se p è invece minore di $1/2$, aumentare il numero di votanti porterebbe il valore di p prossimo allo 0, diminuendo drasticamente la probabilità di scegliere nel modo corretto. In questo caso, il numero ideale di decisori è uno. Del teorema si possono considerare i seguenti aspetti:

1. *In primis*, prevede che i voti siano ognuno totalmente indipendente rispetto agli altri. Questa, nella realtà dei fatti, è una situazione molto poco realistica, poiché i votanti tendono a influenzarsi l'uno con l'altro.

2. Risulta poi inverosimile l'assunto secondo cui tutti i votanti hanno la stessa probabilità di scegliere l'alternativa corretta. Fisiologicamente, ci saranno persone più informate di altre, che quindi avranno una probabilità più alta di prendere una decisione corretta.

3. È inoltre difficile, talvolta, definire un'alternativa “giusta” o “migliore” di un'altra: questo esercizio può essere immediato se si valuta una questione oggettiva, meno se ciò che si sta valutando è, ad esempio, l'applicazione di una legge per la comunità.

4. Da ultimo, il teorema non si applica (direttamente) in casi in cui le alternative al vaglio sono più di due. Il teorema di Condorcet

¹⁰⁹ P. MARTELLI, *Il teorema della giuria di Condorcet e la concezione epistamica della democrazia*, in *Quaderni di Scienza Politica*, 14.3, 2007, 493 ss.

può essere espresso in questo modo: (a) se i votanti sono messi di fronte a due alternative, (b) se essi formulano il loro giudizio in merito alle due opzioni in modo indipendente, allora (c) la media delle risposte corrette espresse dalla votazione aumenta in funzione del numero dei votanti. Ma non è possibile indugiare su questo teorema che, a buona ragione, è anche uno dei temi più dibattuti in democrazia.

Condorcet, nella sua opera, per quanto a noi di più diretto interesse, ha in primo il merito di ribadire l'importanza delle probabilità in un processo: «Dobbiamo avere per ogni giudizio sempre una probabilità sufficiente che il condannato sia, effettivamente, colpevole. E ciò potrebbe risultare soltanto considerando un gran numero di processi»¹¹⁰. Considerazioni, queste, di sorprendente attualità. Inoltre, una delle sue preoccupazioni più stringenti è che una società che sia davvero “giusta” i cittadini non devono correre un rischio di essere condannati che sia superiore alla probabilità che un uomo sano di 37-47 anni possa morire in una settimana (un rischio, questo, calcolato da Condorcet rifacendosi ai tassi di mortalità settimanale del suo tempo in Francia).

Per Condorcet, il calcolo della probabilità di correttezza di una decisione dipendeva fondamentalmente da tre parametri: il numero n dei giudici, la maggioranza richiesta di p contro q per una valida decisione, e la probabilità v che ciascun giudice, singolarmente, assuma una decisione corretta. La variabile v diventa la più importante e stima il grado di “decisività” dei Giudici. Condorcet raccomandava 30 giudici, una maggioranza di 23 a favore per una probabilità v uguale a 9/10. Uno dei risultati notevoli dell'opera è anche la condanna, ferma, della pena capitale: secondo Condorcet, la condanna a morte richiedeva una certezza assoluta della colpevolezza del reo, o, quantomeno, la dimostrazione che con il calcolo della probabilità non si potesse ottenere la certezza della sua innocenza.

Sempre al filone “probabilistico” va ascritto il contributo del matematico e fisico francese Pierre Simon Laplace, scienziato assai

¹¹⁰ J.A.N. DE CARITAT MARQUIS DE CONDORCET, *Auteur du texte. Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix*, Paris, 1785, 28 (trad. nostra). In argomento, cfr. B. BRU, *A propos de l'histoire des statistiques au début du 19^{me} siècle: probabilités et statistiques des jugements*, in *Publications Mathématiques et informatique de Rennes*, 2, 1981, 1 ss.; nonché ID., *Condorcet, mathématique sociale et vérité*, in *Mathématique et Sciences humaines*, 128, 1994, 5 ss.

influyente nel suo tempo e autore, nel 1795, tra l'altro, di un *Essai Philosophique sur les probabilités*¹¹¹. A Laplace si deve anche la formalizzazione del procedimento matematico del ragionamento per induzione basato sulla probabilità, noi oggi noto come quello di Thomas Bayes. Per quanto qui di più diretto interesse, all'interno dell'opera va considerato quanto si prospetta nella parte dedicata alla Probabilità applicata nelle liti giudiziarie¹¹², sulla quale è pertanto importante indugiare.

Le considerazioni di politica criminale sono interessanti: in primo luogo, Laplace ricorda che la bontà di un giudizio di primo grado si misura dal numero dei giudici, nonché dalla loro fama. Per quello che, poi, riguarda i giudizi d'appello, è qui necessario che essi siano più preparati di quelli di primo grado. Ed è ragionevole aspettarsi, da questi ultimi, un *jugement équitable*. Laplace ritiene conforme alle leggi della probabilità esigere che almeno due su tre tra i giudici del collegio d'appello giudicante siano favorevoli ad annullare la sentenza di primo grado. Nella materia criminale, poi, per condannare un imputato – prosegue Laplace – è necessario avere *les plus fortes preuves de son délit*. Ma – ammonisce – una prova morale *n'est jamais qu'une probabilité*, dunque non una certezza. Ecco perché gli errori giudiziari sono dietro l'angolo e sarebbe opportuno – conclude Laplace – giudicare unicamente affidandosi all'*evidence mathématique*, una prova matematica inconfutabile assai difficile da raggiungere.

E talvolta la necessità di riportare l'ordine sociale turbato dai delitti è talmente impellente che i giudici «rinunciano alle sagge garanzie previste per dimostrare la certezza dell'innocenza». Qui si può cogliere un punto di vista diverso rispetto a quello espresso da Condorcet: Laplace è molto più preoccupato rispetto a Condorcet anche delle ricadute sociali della delinquenza, capace di turbare l'ordine tra i cittadini.

E ciò che – ammette Laplace – rende alquanto difficile il compito di giudicare è *l'impossibilité d'apprécier exactement la probabilité du délit et de fixer celle qui est nécessaire pour la condamnation de l'accusé*. E la questione della certezza della prova si rende tanto più

¹¹¹ Che qui si citerà nella seguente edizione: P.S. LE MARQUIS DE LAPLACE, *Essai philosophique sur les probabilités*⁵, Paris, 1825.

¹¹² Ivi, da p. 166 ss. (traduzioni italiane mie).

necessaria quanto più grave sia la sanzione da infliggere: in questo senso, nell'*Essai*, Laplace propone una soluzione, un principio di umanità, che ci rimanda immediatamente all'Illuminismo, temperie storica che del resto vede nascere queste sue pagine¹¹³: *proportionner la peine au délit*, da intendersi come «facoltà dei giudici di moderare la pena tramite la legge in caso di accertamento di circostanze attenuanti».

E, del resto, l'art. 15 della Costituzione francese del 1793 prevedeva che la legge dovesse decretare solo pene strettamente ed evidentemente necessarie e che le pene dovevano essere proporzionate al delitto e utili alla società. E nella Costituzione (sempre francese) del 1795, all'art. 12 si sanciva che la legge dovesse decretare solo

¹¹³ Pochi anni prima C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), dedicava un paragrafo (§ 6) alla proporzione tra i delitti e le pene (edizione a cura di A. BURGIO, Milano, 1991, 44). Con una chiara ispirazione utilitaristica, ed applicando il principio della "pena minima necessaria" di cui al § 2 della sua opera, introduceva il principio della proporzione tra delitti e pene in ragione della necessità che il legislatore imponesse degli ostacoli più forti, quindi sanzioni più severe, contro quegli atti che mostravano una maggiore contrarietà al «ben pubblico». Secondo il criminalista milanese, «se la geometria fosse adattabile alle infinite ed oscure combinazioni delle azioni umane», alla «scala dei disordini» sarebbe dovuta corrispondere una scala delle pene. In argomento, e senza pretese di esaustività, cfr. AA.VV., *Un uomo, un libro. Pena di morte e processo penale nel Dei delitti e delle pene di Cesare Beccaria*, a cura di L. GARLATI, G. CHIODI, Milano 2014; M. RUOTOLO, *Rileggendo Beccaria, oggi. Brevi riflessioni sui limiti del potere punitivo*, in *Dir. pubblico*, 2014, fasc. 2, 670 ss.; AA.VV., *Dialogando con Beccaria. Le stagioni del processo penale italiano*, a cura di G. CHIODI, L. GARLATI, Torino, 2015; L. FERRAIOLI, *L'attualità del pensiero di Cesare Beccaria*, in *Materiali per la Storia di una Cultura Giuridica*, 1, 2015, 137 ss.; L. GARLATI, *Echi del passato e istanze riformiste: Beccaria ed il processo penale*, in *DPC*, 2016. Il tema della proporzionalità della pena viene esaminato anche, recentemente, in V. MAIELLO, *Legge e interpretazione nel 'sistema' Dei delitti e delle pene*, in AA.VV., *Studi in onore di L. Monaco*, Urbino, 2020, 760 ss. Ma il principio di proporzione tra delitto e pena viene affermato anche da G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione* (1783), Parigi, 1853, ristampa anastatica, Napoli, 2003, Libro III, Parte II, Capo XXV, 189, n. 19: «Se ogni delitto deve avere la sua pena proporzionata all'influenza che ha sull'ordine sociale il patto, che si viola, ed al grado di malvagità che si mostra, nel violarlo; le leggi debbono dunque ben distinguere i delitti, per ben distinguere le pene» e da F.M. PAGANO, *Principj del codice penale e logica dé probabili*, pubblicazione postuma, Napoli, 1828, Capo XIV, 34 ss. Egli sosteneva che, non potendo la libertà del cittadino essere strumentalizzata per finalità utilitaristiche, i sistemi di pura intimidazione dovessero essere rifiutati e la proporzione tra reato e pena dovesse concezione strettamente retributiva della pena. Su tali aspetti si veda E. PALOMBI, *Mario Pagano e la scienza penalistica del secolo XIX*, Napoli, 1989, 32 ss.

pene strettamente necessarie e proporzionate al delitto. Si tratta di date molto vicine a quella di composizione dell'opera di Laplace.

Un interrogativo, tuttavia, proseguendo nella lettura dell'opera, sembra balenare nella mente Laplace: qual è il grado di probabilità di giustizia di una decisione data da un tribunale che giudichi secondo una maggioranza data?

Secondo il matematico, unicamente una sentenza di condanna (o una di assoluzione) pronunciate all'unanimità dai giudici avrebbe una grande probabilità di essere “giusta”. E non mancano esempi pratici di tale calcolo: «la probabilità che l'opinione di ciascun giudice sia giusta diviene elemento principale di questo calcolo. Questa probabilità dipende dalla materia trattata. Se in un tribunale da milleuno giudici cinquecento sono di una opinione e cinquecento sono di opinione contraria, si può notare che la probabilità che l'opinione dei giudici sia corretta è poco superiore a $1/2$. Ma [...] se i giudici sono unanimi, anche con riferimento alla valutazione delle prove, la probabilità di correttezza della decisione è vicina alla certezza». Su scala inferiore, il ragionamento di Laplace prosegue facendo riferimento al caso di un tribunale ove ci siano otto giudici. In questo caso, la sentenza di condanna sarebbe validamente resa in caso di cinque voti a favore di essa. Ma «la probabilité de l'erreur à craindre sur la justesse de la décision, surpasserait $1/4$ ». E vi è, infine, da operare – secondo Laplace – una distinzione sulla probabilità di errori nelle sentenze criminali, che ha le caratteristiche di una vera e propria regola matematica applicata al diritto: «il rapporto aritmetico è sfavorevole all'accusato, quando il numero dei giudici aumenta. Al contrario, ove si ragioni in termini di rapporto geometrico, la probabilità di un errore nella decisione diminuisce, quando il numero dei giudici aumenta». Seguono, nella trattazione, alcuni esempi pratici, sui quali non è possibile in questa sede indugiare, ma che a mio modo di vedere avvalorano l'idea che la consultazione di opere non prettamente giuridiche e storicamente poco considerate dai giuristi abbia costituito un terreno fertile di indicazioni sul tema di ricerca qui indagato.

Infine, uno sguardo all'opera, più tarda, del matematico, astronomo e statistico Siméon Poisson¹¹⁴ (1781-1840) *Recherches sur la*

¹¹⁴ Cfr. E. BARBIN, Y. MAREC, *Les recherches sur la probabilité des jugements de Simon-Denis Poisson*, in *Histoire & Mesure*, 1987, 2 - n° 2, 39-58; Y. KOSSMANN-SCHWARZ-

*probabilité des jugements en matière criminelle et en matière civile*¹¹⁵, del 1837, che rappresenta dunque il terzo tentativo, dopo quello di Condorcet e di Laplace, di applicare le probabilità alle questioni giuridiche (e specificamente processuali). Egli, sin dalle prime battute dell'opera in questione, si pone espressamente nel solco del filone di ricerca inaugurato da Condorcet e Laplace e si schiera a favore dell'uso delle probabilità in ambito giuridico: «Parmi les applications de ce calcul, une des plus importantes est celle qui se rapporte à la probabilité des jugements, ou, en général, des décisions rendues à la pluralité des voix»¹¹⁶. Segnatamente nel capitolo V, molto ricco di interessanti spunti di ricerca (*Applications des règles générales des probabilité saux décisions des jurys et aux jugements des tribunaux*), Poisson sviluppa – tra gli altri – temi di notevole rilievo per il suo tempo (e non solo) come l'analisi della probabilità di condanna o assoluzione, a maggioranza determinata, dai giurati, condizionata alla colpevolezza; la probabilità che l'imputato, condannato o assolto, sia colpevole o innocente; l'indipendenza (dipendenza) della probabilità di un giudizio corretto dal numero dei giurati se la probabilità di non essere ingannati è data apriori (a posteriori), l'analisi delle probabilità al crescere del numero di giurati.

Non mancano riflessioni sulle critiche alle teorie probabilistiche elaborate da Laplace che, a detta di Poisson, sarebbero state fraintese: «Les résultats relatifs aux chances d'erreur des jugements criminels, aux quels Laplace est parvenu, ont paru exorbitants, et en désaccord avec les idées générales; ce qui serait contraire aux paroles de l'auteur, que la théorie des probabilités n'est, au fond, que le bon sens réduit au calcul. Ils ont été mal interprétés; et l'on s'est trop hâté d'en conclure que l'analyse mathématique n'est point applicable à ce genre de questions, ni généralement aux choses qu'on appelle morales. C'est un préjugé que j'ai vu à regret partagé par de bons esprits (...)»¹¹⁷. Alla *pars destruens* fa seguito una *pars construens*, nella quale Poisson spiega quale sia, a suo modo di vedere, l'utilità di

BACH, *Siméon Denis Poisson. Les mathématiques au service de la Science*, Paris, 2013. Il tema non ha suscitato molto interesse tra i cultori della storia del diritto.

¹¹⁵ Che qui si citerà dalla seguente edizione: S.D. POISSON, *Recherches sur la probabilité des jugements en matière criminelle et en matière civile*, Paris, 1837.

¹¹⁶ Ivi, Introduzione.

¹¹⁷ Ivi, 7.

una teoria probabilistica applicata ai processi (criminali, soprattutto), con tutti i limiti del caso circa la eventualità che la teoria presenti degli errori. Gli errori per Poisson sono inevitabili, a meno di non voler fondare il calcolo su supposizioni precarie, volatili, che potrebbero condurre a risultati molto disomogenei: «l'objet précis de la théorie est de calculer, pour des jurys composés d'un nombre déterminé de personnes, jugeant à une majorité aussi déterminée et pour un très grand nombre d'affaires, la proportion des acquittements et des condamnations qui aura lieu très probablement, et la chance d'erreur d'un jugement pris au hasard parmi ceux qui ont été ou qui seront rendus par ces jurys. Déterminer la chance d'erreur d'un jugement de condamnation ou d'acquiescement prononcé dans un procès connu et isolé, serait impossible selon moi; à moins de fonder le calcul sur des suppositions tout à fait précaires, qui conduiraient à des résultats très différents, et, à peu près, à ceux que l'on voudrait, suivant ces hypothèses que l'on aurait adoptées»¹¹⁸.

I calcoli probabilistici applicati ai processi hanno poi, nella visione di Poisson, un'utilità sociale e morale non trascurabile e a tal proposito egli presenta anche la c.d. “Legge dei Grandi Numeri”, la quale gli permette di applicare le leggi della probabilità al dominio morale¹¹⁹, nella quale si enuncia, a grandi linee, teorema fondamentale della teoria della probabilità che indica che se ripetiamo molte

¹¹⁸ Ivi, 17 s.

¹¹⁹ Ivi, 7-8: «Les choses de toutes natures sont soumises à une loi universelle qu'on peut appeler la loi des grands nombres. Elle consiste en ce que, si l'on observe des nombres très considérables d'événements d'une même nature, dépendants de causes constantes et de causes qui varient irrégulièrement, tantôt dans un sens, tantôt dans l'autre, c'est-à-dire sans que leur variation soit progressive dans aucun sens déterminé, on trouvera, entre ces nombres, des rapports à très peu près constants. Pour chaque nature de choses, ces rapports auront une valeur spéciale dont ils s'écarteront de moins en moins, à mesure que la série des événements observés augmentera davantage et qu'ils atteindraient rigoureusement s'il était possible de prolonger cette série à l'infini. Selon que les amplitudes de variations de causes irrégulières seront plus ou moins grandes, il faudra des nombres aussi plus ou moins grands d'événements pour que leurs rapports parviennent sensiblement à la permanence, l'observation même fera connaître, dans chaque question, si la série des expériences a été suffisamment prolongée; et d'après les nombres des faits constatés, et la grandeur des écarts qui resteront encore entre leurs rapports, le calcul fournira des règles certaines pour déterminer la probabilité que la valeur spéciale vers laquelle ces rapports convergent est comprise entre des limites aussi resserrées qu'on voudra».

volte (tendendo all'infinito) lo stesso esperimento, la frequenza di un certo evento tende ad essere costante. Le implicazioni giuridiche di questa legge sono, per Poisson, le seguenti: essa permette, nel caso in cui una probabilità a priori sia impossibile, di trovare una probabilità accettabile a posteriori che parta dall'osservazione di numerosi risultati.

Così, allorché sia impossibile calcolare una probabilità a priori di una condanna erroneamente comminata, in un dato processo, è possibile ottenere questa probabilità a posteriori per l'insieme dei processi sui quali sia stata fatta un'osservazione. Essa permette, in secondo luogo, di fare previsioni di ordine sociale – e criminale – sul comportamento futuro dei consociati. Essa infine consente di osservare le “variazioni”, osservando i mutamenti sociali conseguenti, ad esempio, ad alcune scelte di politica criminale. Non mancano, nella trattazione, calcoli anche molto complessi in grado di dimostrare con una certa accuratezza il grado di probabilità della condanna di un accusato. Tutti i contributi, quindi, fin qui menzionati sono – come si è potuto vedere – frutto del Secolo dei Lumi, nel quale a pieno titolo possono essere inseriti anche, e soprattutto, perché il calcolo matematico in qualche modo è strumentale rispetto all'attenzione alle garanzie previste per gli imputati.

Non si può, in questa trattazione, non far menzione, nella medesima temperie storica dei probabilisti francesi, ma con altro retaggio culturale, del pensiero di Cesare Beccaria. Ma, prima di passare all'analisi dei passaggi significativi della sua opera più celebre, è importante anche richiamare alla mente qualche aspetto saliente del contesto storico-giuridico che fa da sfondo alle riflessioni in tema di interpretazione della legge sulle quali indugeremo.

La cultura illuminista, nella sua declinazione giuridica, aveva tra le sue ambizioni – per qualche autore “pretese” – anche quella «di razionalizzare il processo decisionale del giudice attraverso formule logiche presuntivamente adeguate a rendere oggettivamente valida la decisione stessa»¹²⁰. I giuristi escono ridimensionati da questo cambio di ideologia e di assetto politico, poiché si passa da una dimensione giurisprudenziale del diritto ad una legale. Ma occorre qualche

¹²⁰ A. LOGIUDICE, *Giudicare in ipotesi e rinunciare al giudizio non sono la stessa cosa. A partire dal caso limite del reato estinto*, in *Leg. pen.*, 4, 2021.

ulteriore considerazione sul consolidamento, durante la svolta illuministica, di un atteggiamento che qualche studioso ha classificato, come si vedrà, come “antigiurisprudenziale”. Il prestigio delle regole raccolte nel *Corpus Iuris Civilis* si avvia, nel Secolo dei Lumi, a un crollo definitivo e contestualmente si afferma il pieno rifiuto di un sistema – quello rappresentato dal diritto romano e dalla tradizione romanistica – che aveva preferito, appunto, il giurista al legislatore. Il diritto doveva stare tutto nella legge, perché la legge garantiva finalmente certezza¹²¹. Ma la certezza – al contempo – doveva declinarsi in “completezza”: essa era un requisito funzionale alla soppressione di qualsiasi diritto vecchio e concorrente e alla sottrazione del sistema giuridico alla disponibilità di giudici e avvocati, nei confronti dei quali non si riponeva più la stessa fiducia che invece, vigente il vecchio sistema del diritto comune, aveva fruttato ai giuristi spazi di manovra ora giudicati troppo ampi. È durante la svolta illuministica del resto, che si prepara il terreno per la futura codificazione.

Non senza qualche spunto polemico: alludo, ad esempio, a Lodovico Antonio Muratori (1672-1750)¹²², storico e giurista dotto formatosi al *mos italicus*, laureatosi a Modena *in utroque iure*, avvocato e oratore di successo. Non è, naturalmente, questa la sede opportuna per discutere sull’annoso e risalente problema della definizione, dell’inquadramento, di Muratori come “precursore” o meno dell’Illuminismo italiano¹²³. Qui preme riflettere su altro. Muratori, nel 1726, invia a Carlo VI una lettera (denominata *De codice carolino sive de novo legum codice instituendo*, rimasta inedita fino al 1935)¹²⁴, con cui chiede all’Imperatore di intervenire d’autorità in modo da disporre una semplificazione del diritto, realizzabile attraverso una

¹²¹ P. CARONI, *Saggi sulla storia delle codificazioni*, Milano, 1998, *passim*.

¹²² Si veda in argomento il recente e accurato lavoro di M. BRAGAGNOLO, *Lodovico Antonio Muratori e l'eredità del Cinquecento nell'Europa del XVIII secolo*, Roma, Olshki, 2017.

¹²³ E. PATTARO, *I difetti della giurisprudenza di Muratori*, in *Riv. int. fil. dir.*, serie IV, L, 1973, 88-144; ID., *Il pensiero giuridico di L.A. Muratori tra metodologia e politica*, Milano, 1974; ID., *Il buon legislatore e il buon interprete nella prospettiva del riformismo metodologico di L.A. Muratori*, in *L'Educazione Giuridica. V. Modelli di legislatore e scienza della legislazione*, I, Napoli, 1988, 157-178.

¹²⁴ B. DONATI, *Lodovico Antonio Muratori e la giurisprudenza del suo tempo. Contributi storico-critici seguiti dal testo della inedita dissertazione di L.A. Muratori “De Codice Carolino sive de Novo Legum Codice instituendo”*, Modena, 1936, 216.

concentrazione delle leggi in vigore (da selezionare e sintetizzare) in un volumetto ('codice') con valore ufficiale. Il disordine normativo e la scarsa preparazione dei giuristi vengono nuovamente denunciati – questa volta in modo assai più analitico – anche in altra opera di Muratori, di grande «stupefacente»¹²⁵ successo, *“Dei difetti della giurisprudenza”*, pubblicata nel 1742. I mali che affliggono la Giustizia del suo tempo sono, per Muratori, molteplici. Ma, principalmente, egli ritiene che il primo difetto intrinseco sia da rinvenire nelle «leggi stesse. Dovrebbero queste essere chiare, con termini ben esprimenti la mente del legislatore. Ma né pur tutte quelle, che abbiamo nel

¹²⁵ Per dirla con G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, I, *Assolutismo e Codificazione*, Bologna, 1976, 216 ss. Il Muratori immaginato da Tarello lascia intendere quale sia il suo sistema ideale, a cui accenniamo nel testo, composto da «leggi chiare, che disciplinino tutti i possibili comportamenti, operatori giuridici che sappiano cosa vogliono e che si esprimano sempre in modo inambiguo, giudici tutti con teste uguali»: *Ivi*, 115. Il pensiero di Muratori appare, quindi, nella lettura di Tarello, «una delle tante affermazioni settecentesche dell'esigenza di certezza del diritto, una delle tante constatazioni dell'incertezza che si verificava nel sistema di diritto comune» (*Ivi*, 220 ss.). Nelle sue pagine, Muratori non è ancora il promotore di istanze nuove ma aderisce alle tendenze dominanti e rivolge al sovrano l'invito a redigere un piccolo codice non volto a una riforma del sistema giuridico, bensì all'eliminazione dei dubbi, delle antinomie e del potere di manipolazione del diritto da parte dei giuristi. Insomma, nella *Storia della cultura giuridica moderna*, Muratori è annoverato tra quanti riescono soltanto ad anticipare quelle tematiche che raggiungeranno la loro piena espressione solo con i «veri» illuministi. La storiografia più recente, mi limito a pochi altri cenni alla tematica, sembra prendere le distanze da questa interpretazione consolidata. In particolare, le pagine che Italo Birocchi dedica al pensiero muratoriano, nel suo volume *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, 2002, ben emblemizzano il tentativo di recuperare la complessità. Nelle pagine dello studioso, Muratori appare fortemente critico verso la realtà giuridica del tempo e partecipa, nelle sue polemiche più aspre, di atteggiamenti e di esigenze già largamente conosciuti. Birocchi mette in evidenza come a una prima lettura, lo scritto si caratterizza eminentemente per un «netto atteggiamento anti-giurisprudenziale» e sembra riproporre «qualcosa di “già visto”, cucinato in quella salsa succulenta che deriva da uno stile letterario incisivo e in particolare dall'aver riportato al grottesco le figure e le opere della giurisprudenza» (*Ivi*, 352), con la presunzione di presentare come nuove, problematiche già ampiamente sollevate. *Dei difetti della giurisprudenza* si presenta, quindi, anche secondo Birocchi, nei suoi aspetti immediati, come l'espressione del senso di disagio dell'«uomo comune» di fronte al tecnicismo apparentemente arbitrario dei giuristi. La consapevolezza dell'impossibilità di porre rimedio ai difetti «intrinseci» della giurisprudenza, rivela, secondo Birocchi, un Muratori «scettico» rispetto alla possibilità di un rimedio definitivo ai mali della scienza giuridica, al quale è «evidentemente estranea [...] l'idea di una ricetta codificatoria risolutiva» (*Ivi*, 364).

corpo del Gius di Giustiniano, o ne gli Statuti di varie Città, portano in sé questo pregio; e però si rendono soggette a varie interpretazioni e massimamente perché il linguaggio latino dei testi civili senza l'aiuto dell'erudizione ben sovente comparisce scuro e di sentimenti dubbiosi»¹²⁶.

Non di meno, un altro difetto “interno” della Giurisprudenza¹²⁷ si annida – secondo Muratori – nel fatto che le leggi non sono “onnicomprensive” e dunque non riescono a coprire tutta la casistica delle azioni umane. Il quarto difetto intrinseco viene, infine, a livello concreto, secondo Muratori dalla mancanza di uniformità – verrebbe da richiamare l'adagio *tot capita, tot sententiae* – nell'interpretazione dei giudici i quali, in fattispecie magari simili, giungono a interpretazioni del tutto opposte: «Il quarto difetto vien dalle teste, cioè da gl'intendimenti de' Giudici. Non si può dire a quante debolezze, a quanti capricci, a quanta varietà fieno sottoposti gli uomini. Chi in una, chi in un'altra maniera la stessa cosa intende. Noi miriam tutto di sentenziato nella medesima causa pro e contra da diversi tribunali, parendo debili agli uni quelle ragioni, che paiono sì forti agli altri»¹²⁸.

Ai difetti “interni” della giurisprudenza non esistono, per Muratori, rimedi. Ai difetti “esterni” viene dedicato, nell'opera, il Capitolo V. Qui l'autore riconduce tutti i mali che affliggono la giustizia alla inosservanza dell'antico divieto, risalente a Giustiniano, di tradurre e commentare il contenuto della sua Compilazione. Le molteplici interpretazioni dottrinali e giudiziali del monumento giustiniano avevano finito, in altre parole, per soffocarne, amaramente, lo spirito originario:

«Anche i Dottori da gran tempo son divenuti Legislatori, e il mondo d'oggi più bada alle loro opinioni, che alle oramai quasi rancide antiche Leggi; giacché tante di quelle vecchie Leggi si sono stacciate con varie interpretazioni, eccezioni, ed estensioni, e a queste più che al testo si fa mente ora ne i Giudizi. Per questa via i Dottori son'essi divenuti i maestri e padroni del Foro. E pur non ho detto tutto. Non solamente essi han convertito in Leggi le loro opinioni, ma

¹²⁶ L.A. MURATORI, *Dei difetti della Giurisprudenza, Trattato*, Napoli, 1743, 12.

¹²⁷ Su Muratori giurista cfr. gli studi di C. PECORELLA, *Studi sul settecento giuridico. L.A. Muratori e i difetti della giurisprudenza*, Milano, 1964; ID., *Studi e ricerche di storia del diritto*, Torino, 1995.

¹²⁸ L.A. MURATORI, *Dei difetti*, cit., 14.

hanno anche usurpata l'autorità di mutar quelle private Leggi, e di fabbricarne delle nuove, e surrogarne dell'altre a loro arbitrio. Forse, non mi si crederà»¹²⁹.

I difetti “esterni” della giurisprudenza sono, viceversa, suscettibili di rimedio. Come? Non attraverso l'uso di complicati calcoli matematici in grado di rendere la giustizia prevedibile e dunque prevedibile lo stesso orientamento dei giudici. Muratori, nell'opera, al contrario ammette quanto sia «difficile il prescrivere un metodo sicuro ed adattabile ad ogni caso per abbreviare le liti»¹³⁰. E prosegue:

«giacché le liti civili non mancheranno giammai, utile sarà il procurare che ce ne sia il meno che si potrà. Non ho io saputo suggerir migliore partito, che quello di ricorrere all'autorità dei principi, acciocché decidano, se non tutte, in buona parte almeno, le tante quistioni ed opinioni, onde resta offuscata e confusa la facoltà legale. Tanta farragine di libri di leggi, tante discordie fra i giuriconsulti, hanno rendute nei tempi addietro arbitrarie, in infiniti casi, le sentenze dei giudici. Quanto meno si lascerà loro d'arbitrio nel giudicare, tanto più sarà da sperare, che giuste riescano le lor decisioni»¹³¹.

Ma, nel contempo – e le conclusioni sono meno pessimistiche di quanto ci aspetteremmo – Muratori valuta positivamente la proibizione di chiosare le determinazioni del Concilio di Trento, imposta da Pio V, come anche il divieto, di Vittorio Amedeo di Savoia, rivolto a giudici e avvocati, di citare le opinioni dei *doctores*.

Assai più concrete e ai fini dell'indagine interessanti sono, viceversa, le indicazioni che emergono – in tema di *interpretazione* della legge – dal *Dei delitti e delle pene* di Cesare Beccaria, l'«opera giusta pubblicata al momento giusto e per queste ragioni, non è retorico dirlo, ha cambiato il mondo»¹³². Ho accennato all'interpretazione della legge in Beccaria e il corsivo non è casuale. Cosa significa per Beccaria e, per gli Illuministi, interpretare la legge? A chiarirlo, almeno in via di prima approssimazione, mi sembrano emblematiche

¹²⁹ Ivi, 25.

¹³⁰ Ivi, 134.

¹³¹ *Ibid.*

¹³² Secondo la felice definizione di S. VINCIGUERRA, “*Dei delitti e delle pene*” di Cesare Beccaria. *Attualità a 250 anni dalla pubblicazione*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2016, 192.

le parole di Pietro Verri, che di Beccaria è stato amico, comune frequentatore dell'Accademia dei Pugni e revisore e della sua opera:

«Interpretare vuol dire sostituire se stesso al luogo di chi ha scritto la legge, e indagare cosa il legislatore avrebbe verisimilmente deciso nel tale o talaltro caso, su cui non parla chiaramente la legge. Interpretare significa far dire al legislatore più di quello che ha detto, e quel più è la misura della facoltà legislatrice che si arroga il giudice»¹³³.

Il giudice, quando “interpreta”, dunque, si sostituisce al legislatore e quel di più che egli compie rappresenta un'ingerenza, indebita nella visione del tempo, del giudice nelle prerogative del legislatore. Non è di poco conto, allora, l'affermazione – di Cattaneo – per cui Verri è «l'unico autore il quale dà un'esplicita definizione del concetto di interpretazione della legge nel senso inteso dall'Illuminismo»¹³⁴. La condanna, esplicita, di qualsiasi tipo di “interpretazione” si può leggere nelle righe seguenti, in cui Verri sostiene che

«l'interpretar la legge fa diventare legislatore il giudice, e confonde le due persone del legislatore e del giudice, dalla assoluta separazione delle quali dipende essenzialmente la libertà politica d'una nazione. Dunque una nazione che cerchi la libertà politica, deve proibire ad ogni giudice ogni qualunque libertà d'interpretare le leggi»¹³⁵.

È evidente che la teoria interpretativa di Verri è fondata sulla rigida separazione tra i poteri e, ancora di più, sulla distinzione tra “normazione” e applicazione del diritto, che va considerata scevra da qualsiasi attività interpretativa. Ebbene, nell'opera di Beccaria il rilievo assunto dalle questioni di interpretazione è tutt'altro trascurabile – egli vi dedica il capitolo IV della sua celebre opera – e si tratta di una tematica, peraltro, su cui molto è stato scritto in letteratura¹³⁶.

¹³³ P. VERRI, *Sulla interpretazione delle leggi*, in *Il Caffè*, II, 1765, in Id., *Scritti vari di Pietro Verri ordinati da Giulio Carcano*, II, 1854, Firenze, 167.

¹³⁴ M.A. CATTANEO, *Illuminismo e Legislazione*, Milano, 1966, 52.

¹³⁵ P. VERRI, *Sulla interpretazione*, cit., 168.

¹³⁶ Mi limito a segnalare, *ex plurimis*, e più di recente, V. MAIELLO, *Legge e interpretazione*, cit., 769; Inoltre, cfr. P. ALVAZZI DEL FRATE, *Interpretazione giudiziale e Illuminismo da Beccaria al code civil*, in AA.VV., *Attualità e storicità del «Dei delitti e delle pene» a 250 anni dalla pubblicazione*, a cura di F. ZANUSO, G. ROSSI, Napoli, 2015, 76 ss., con ampia bibliografia; M. BARBERIS, *Cosa resta del sillogismo giudiziale? Riflessioni a partire da Beccaria*, in *Materiali per una storia di una cultura giuridica*, 54, 1, 2015, 163.

Beccaria ha una visione rigorosa della divisione dei poteri. Il che, a ben vedere, non sorprende: essa promana, come osserva giustamente Tarello, dalla «concezione rigida della distinzione tra produzione e interpretazione-applicazione della legge, che caratterizza tutto l'illuminismo lombardo; concezione che si lega all'insegnamento generale della vulgata illuministica, e dietro a questa di tutta la cultura settecentesca non rigidamente volta alla difesa del diritto comune romano-canonico»¹³⁷. Beccaria si domanda, pertanto «chi sarà dunque il legittimo interprete della legge? Il sovrano, cioè il depositario delle attuali volontà di tutti, o il giudice, il di cui ufficio è solo l'esaminare se il tal uomo abbia fatto o no un'azione contraria alle leggi?»¹³⁸. Alla domanda viene data risposta, un anno dopo, ancora una volta da Pietro Verri: «altra cosa è il legislatore, altra cosa è il giudice. Il legislatore è sempre il sovrano (...). Il giudice per lo contrario non può essere il sovrano (...): il legislatore comanda, il giudice fa eseguire il comando»¹³⁹. In questa visione, allora, ben si comprende che, anche secondo Beccaria, l'interpretazione abbia una efficacia "corruttrice" della legge, in grado, in potenza, di incidere negativamente sulla libertà individuale.

Di qui, le considerazioni, notissime, di Beccaria relative alla corretta esecuzione del *munus iudicandi*, principalmente in ambito penale, che vale la pena riportare integralmente:

«in ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta all'incertezza. Non v'è cosa più pericolosa di quell'assioma comune che bisogna consultare lo spirito della legge. Questo è un argine rotto al torrente delle opinioni. Questa verità, che sembra un paradosso alle menti volgari, più percossa da un piccol disordine presente che dalle funeste ma remote conseguenze che nascono da un falso principio radicato in una nazione, mi sembra dimostrata. Le nostre cognizioni e tutte le nostre idee hanno una reciproca connessione; quanto più sono complicate, tanto più numerose sono le strade che ad esse arrivano e partono. Ciascun uomo ha il suo punto di vista, ciascun uomo in dif-

¹³⁷ G. TARELLO, *Storia*, cit., 469-470.

¹³⁸ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, (1764), a cura di F. VENTURI, Torino, 1994², Cap. IV, 15.

¹³⁹ P. VERRI, *Sulla interpretazione*, cit., 162.

ferenti tempi ne ha un diverso. Lo spirito della legge sarebbe dunque il risultato di una buona o cattiva logica di un giudice, di una facile o malsana digestione, dipenderebbe dalla violenza delle sue passioni, dalla debolezza di chi soffre, dalle relazioni del giudice coll'offeso e da tutte quelle minime forze che cangiano le apparenze di ogni oggetto nell'animo fluttuante dell'uomo»¹⁴⁰.

Il riferimento, incisivo, «esplicitamente prescrittivo»¹⁴¹ (anche nei toni) al “sillogismo perfetto” è essenziale ai fini della presente ricerca¹⁴². Secondo Beccaria, unicamente il sillogismo giudiziale con-

¹⁴⁰ C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., 15-16.

¹⁴¹ Parafrasando M. BARBERIS, *Cosa resta del sillogismo*, cit., 168.

¹⁴² In generale – e senza la pretesa di addentrarsi in una *sylva* intricata e complessa, che coinvolge molteplici discipline, dal diritto, alla logica, alle teorie argomentative – il termine “sillogismo” è utilizzato già da Aristotele nel senso più ampio di “deduzione”: cfr. E. BERTI, *Guida ad Aristotele. Logica, fisica, cosmologia, psicologia, biologia, metafisica, etica politica, poetica, retorica*, Roma-Bari, 2007, 70. Sul sillogismo si veda, ancora, ID., *La filosofia del primo Aristotele*, Padova, 1962, 93 ss.; ID., *Nuovi studi aristotelici*, Morcelliana, Brescia, 2004, 129 ss.; ID., *La contraddizione*, Roma, 1977, 10 ss.; S. CARAMELLA, P. MULLER, voce *Sillogismo*, in *Enc. fil.*, 11, Milano, 2006, 1062 ss.; P. DONINI, *La filosofia di Aristotele*, Torino, 1982, 75 ss.; G. RIGAMONTI, *L'origine del sillogismo in Aristotele*, Palermo, 1980. Sulla “teoria” del sillogismo giudiziale illuminanti sono, a mio parere, le parole di Piero Calamandrei (*La genesi logica della sentenza civile*, in *Studi di diritto processuale civile*, I, Padova, 1930, 3 ss.). Egli sostiene che «la sentenza si distingue da tutti gli altri giudizi in quanto il giudizio in cui essa consiste ha contenuto giuridico, cioè afferma l'esistenza o la inesistenza di una volontà di legge (ossia di un diritto soggettivo) a favore del singolo; e se un simile giudizio si considera come la conseguenza di un sillogismo, bisogna per ragione di logica ammettere che uno dei termini di questo sillogismo deve consistere nella nozione di tutti i casi in generale contemplati dalla volontà di legge affermata o negata nella conclusione, e l'altro nella nozione del verificarsi o del non verificarsi nella sfera concreta di un caso che rientri tra quelli previsti da tale norma di legge; ecco dunque lo speciale carattere che distingue il sillogismo da cui sentenza deriva, da tutti gli altri sillogismi, consiste tutto in un particolare requisito della premessa maggiore, la quale ha qui il carattere di una norma di legge. Così nella mente del giudice, coll'affermazione dell'esistenza di una norma di legge generale, *propositio maior*, coll'affermazione che il caso concreto rientra o non rientra tra quelli contemplati dalla norma, *propositio minor*, e colla deduzione del verificarsi in concreto dell'effetto giudico posto in astratto dalla norma – conclusione – è compiuto il cosiddetto “sillogismo giudiziale” al quale viene schematicamente ridotta dai trattatisti l'attività mentale del giudice, e che anzi da alcuno viene considerato come espressione peculiare della funzione giurisdizionale, vincolata sempre dal rigore logico di questo giudizio, in confronto alla funzione amministrativa, che può estrinsecarsi secondo la libera volontà». Il fatto che, poi, l'idea avanzata da Beccaria – e incentrata su un solo sillogismo – potesse essere a suo modo limitata e semplicistica, è stato posto in discussione

sente di raggiungere la certezza del diritto, poiché di fatto limita la discrezionalità del giudice, permettendo uniformità e prevedibilità delle decisioni giudiziarie. Nella sua rappresentazione, la norma giuridica e i fatti accertati vengono posti rispettivamente come la premessa maggiore e la premessa minore di un sillogismo, nel quale la decisione rappresenta una, l'unica, conclusione deduttivamente valida e logicamente necessaria (tanto è vero che – si apprende – l'applicazione di due sillogismi spalanca le porte all'incertezza). Il sillogismo giudiziale qui individua la forma logica delle decisioni giudiziali, uno schema inferenziale che consente di render conto della natura logico-deduttiva dell'applicazione giudiziale del diritto. Schema inferenziale, più precisamente, secondo il quale la norma che pone termine ad una controversia viene presentata come la conclusione che discende logicamente dalla premessa giuridica (dall'enunciato, cioè, che è formulazione del dato normativo da applicare per la risoluzione della controversia), e dalla premessa fattuale (dall'enunciato, cioè, che è formulazione del dato fattuale su cui la controversia verte).

La posta in gioco, messa in pericolo dall'incertezza interpretativa, è «il bene supremo della libertà d'agire»¹⁴³ che Beccaria mira a preservare dall'«errante instabilità delle interpretazioni», quelle che vedono «la sorte di un cittadino cambiarsi spesso volte nel passaggio che fa a diversi tribunali, e le vite de' miserabili essere la vittima dei falsi raziocini o dell'attuale fermento degli umori d'un giudice»¹⁴⁴.

dallo stesso Calamandrei: *Opere giuridiche*, 1, Napoli, 1965, 15: «Il giudice deve fare prima di giungere alla pronuncia della sentenza una serie complicata di deduzioni concatenate, è da notare che quando si raffigura la sentenza come un sillogismo, si ha di mira soltanto il momento finale dell'attività del giudice, in cui, avendo questi preparato ormai dinanzi a sé la norma di legge da applicare e il giudizio sui caratteri giuridici del fatto accertato, più non gli resta che trarre a rigor di logica la conseguenza di queste due premesse». Ed ancora Ivi, 51 s.: «In tutti questi momenti, attraverso i quali passa successivamente il giudice nel formare la sua sentenza, gli strumenti del suo ragionamento consistono esclusivamente in giudizi logici [...] tale lavoro non si esaurisce [...] in un unico sillogismo, ma consta di una catena di sillogismi, che cominciano dall'inizio del procedimento mentale ed accompagnano il giudice fino alla decisione definitiva, ogni qualvolta egli voglia valutare l'attendibilità di una prova, o attrarre un fatto sotto il concetto della legge, o integrare la norma non ben precisata, o interpretare una dichiarazione di volontà».

¹⁴³ Secondo le parole di V. MAIELLO, *Legge*, cit., 780.

¹⁴⁴ C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., 16.

Ma se nelle idee di Beccaria il sillogismo rappresenta una vera e propria dottrina normativa, un modello al quale i giudici avrebbero dovuto tendere, è – lo si constaterà meglio più innanzi – nell’ideologia giuspositivista che tale strumento trova piena realizzazione¹⁴⁵. Nell’Ottocento, a seguito del processo di codificazione, il sillogismo diviene da modello *normativo*, modello *descrittivo* dell’agire giudiziale. In tale contesto, la funzione giurisdizionale assurge al rango di mera attività di deduzione logica all’interno di un ordinamento completo, in cui a certe premesse sono collegate determinate conseguenze. La sentenza del giudice dovrebbe sostanziare il risultato di un processo dichiarativo e meramente conoscitivo e non l’esito di una scelta discrezionale¹⁴⁶, in modo che il sillogismo giudiziale si trasformi in un sillogismo dimostrativo, equiparabile ai modelli di ragionamento appartenenti alle scienze esatte. Ma è un discorso, questo, che ci condurrebbe troppo lontano dai binari guida della presente indagine, alla quale è opportuno allora tornare per verificare quale seguito – tra gli autori coevi – possa aver avuto il pensiero, (l’“utopia”¹⁴⁷, che richiama in qualche modo il sogno di Leibniz) espresso da Beccaria sulla prevedibilità degli esiti di un giudizio che, tramite il sillogismo, possa avere un crisma di razionalità (prevedibilità, dunque, come conseguenza di una deduzione logica).

Anche agli esponenti del versante napoletano era sufficientemente chiaro che l’assenza di una codificazione esaustiva, o almeno embrionale, rendeva ardua la tutela delle posizioni soggettive.

Sulla scia, allora, del nobile Illuminista milanese si pone, ad esempio, il pensiero di Gaetano Filangieri¹⁴⁸. A occasionare le sue

¹⁴⁵ M. BARBERIS, *Cosa resta del sillogismo*, cit., 170.

¹⁴⁶ D. CANALE, *Il ragionamento giuridico* in AA.VV., *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, 2013, 323.

¹⁴⁷ Così L. GARLATI, *Echi*, cit., 9.

¹⁴⁸ Sulla cui figura mi limito a rinviare, stante la copiosissima bibliografia, a V. FERRONE, *La società giusta ed equa*, Roma-Bari, 2003; G. PECORA, *Il pensiero politico di Gaetano Filangieri*, Rubbettino, Lecce, 2007; A. TRAMPUS, *Diritti e Costituzione: l’opera di G. Filangieri e la sua fortuna in Europa*, Bologna, 2005; G. COTTA, *G. Filangieri e il problema della legge*, Torino, 1954; R. AJELLO, *Il problema della riforma giudiziaria e legislativa nel regno di Napoli durante la prima metà del secolo XVIII*, Napoli, 1961; F. BERTI, *La ragione prudente. Profilo di G. Filangieri*, Centro editoriale toscano, 2003; AA.VV., *Atti del convegno di Vico Equense. G. Filangieri e l’illuminismo europeo*, Napoli, 1991; V. FERRONE, *I profeti dell’illuminismo. Le metamorfosi della Ragione nel tardo settecento italiano*, Roma-Bari, 2000; G. RUGGIERO, *G. Filangieri. Un uomo, una famiglia*,

esternazioni – compendiate nell'opera *Riflessioni politiche su l'ultima Legge del Sovrano che riguarda la riforma dell'amministrazione della Giustizia*¹⁴⁹, pubblicata nel 1794 – è l'emanazione del *Dispaccio reale* del 23 settembre 1774 di Ferdinando IV, re di Napoli, che stabilisce limiti rigorosi all'attività interpretativa dei giudici e impone loro la motivazione delle sentenze. L'autore plaude alla riforma del 1774, suggerita dal ministro Bernardo Tanucci, soprattutto perché essa ha il merito di estirpare alla radice qualsiasi arbitrio nell'amministrazione della giustizia:

«nei Governi dispotici gli Uomini comandano, nei governi moderati comandano le leggi [...] Questa semplice verità proferita da un'anima libera, è il solo oggetto dell'ultima legge del nostro Sovrano, che riguarda la riforma nell'amministrazione della giustizia. [...] L'arbitrio giudiziario, è quello che si cerca d'estirpare. Bisogna dunque torre a' Magistrati tutto quello, che li rende superiori alle leggi. Ecco il fine di questa legge; vediamone ora i mezzi»¹⁵⁰.

L'abolizione dell'interpretazione è, secondo Filangieri, un passaggio necessario per eliminare l'arbitrio, di qui l'istituzione di un obbligo stringente di motivare la sentenza, secondo un principio che, invero, pur se destinato a una grande fortuna – ancora oggi l'articolo 118, terzo comma, delle Disposizioni di attuazione del vigente codice italiano di procedura civile ribadisce che “in ogni caso deve essere omessa ogni citazione di autori giuridici” – non costituiva una novità assoluta¹⁵¹:

«il Re vuole, che tutto si decida secondo un testo espresso: che il linguaggio del Magistrato sia il linguaggio delle leggi; che egli parli allorché esse parlano, e si taccia allorché esse non parlano, o almeno non parlano chiaramente; che l'interpretazione sia proscritta; l'autorità dei

un amore nella Napoli del 700, Napoli, 1999; P. ALVAZZI DEL FRATE, *Interpretazione*, cit., 88 ss.

¹⁴⁹ G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche su l'ultima legge del Sovrano che riguarda la riforma dell'amministrazione della Giustizia*, Napoli, 1774.

¹⁵⁰ *Ivi*, 11 ss.

¹⁵¹ Nel 1632 Vittorio Amedeo I di Savoia aveva imposto ai giudici di motivare le sentenze relative a cause di valore superiore a cento scudi d'oro. Nel 1771, il Codice di leggi e costituzioni per gli Stati di Sua Altezza serenissima di Modena aveva previsto un obbligo di motivazione scritta della sentenza, su istanza delle parti, solo quando fosse controversa l'interpretazione della legge o, ancora, l'oggetto della lite avesse valore rilevante.

Dottori bandita dal Foro, e'l Magistrato costretto ad esporre al Pubblico la ragione della sentenza. Questi sono gli argini, che il Sovrano ha innalzati contro il torrente dell'arbitrio»¹⁵².

E a rendere arbitrarie le sentenze dei giudici è – secondo Filangieri – un ricorso sistematico, e troppo ampio, al criterio dell'equità: «i nostri Magistrati hanno sempre in bocca l'equità»¹⁵³, ma «dove ci è tale equità, ci è arbitrio, e dove ci è arbitrio, non ci può esser libertà»¹⁵⁴. E, continua Filangieri, l'«arbitraria delle leggi si oppone ai principii di della libertà sociale»¹⁵⁵. Il solo dovere di un giudice, in definitiva, si sostanzia nella «cognizione del fatto, applicazione letterale della legge: ecco a che si riducono tutti i doveri d'un Giudice»¹⁵⁶. Certo, qui manca un riferimento puntuale ai sillogismi giuridici in grado di assicurare certezza al diritto, ma la posizione di Filangieri è quasi sovrapponibile a quella di Cesare Beccaria.

Una voce discorde rispetto al pensiero di Beccaria è, nella stessa temperie storico-geografica di Filangieri, ma con qualche lustro di differenza, quella di Antonio Genovesi¹⁵⁷, maestro di Filangieri, salernitano di Castiglione (1713-1769) e autore della *Diceosina o sia della filosofia del giusto e dell'onesto*, pubblicata nel 1766¹⁵⁸. Opera dottissima, intrisa di citazioni classiche e di autori maneggiati con maestria (Omero, Eschilo, Euripide, Lucrezio, Orazio, Virgilio), di storici (Erodoto, Polibio, Livio, Sallustio, Tacito, ecc.), di filosofi (Lucrezio, Platone, Aristotele, Seneca, Cicerone, ecc.), di giuristi (Ulpiano e i tanti commentatori successivi del Digesto e delle Pandette). In controtendenza rispetto a Beccaria, Genovesi si pronuncia

¹⁵² G. FILANGIERI, *Riflessioni*, cit., 12 s.

¹⁵³ Ivi, 21.

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ Ivi, 28.

¹⁵⁶ Ivi, 46.

¹⁵⁷ Sul quale, L. DE ROSA, *Economisti meridionali*, Napoli, 1995 e il saggio di G. CACCIATORE, *Antonio Genovesi economista e riformatore*, in *Rassegna Storica Salernitana*, 30, 1998, 103-116. Più recentemente, S. DI LISO, *Libertà e natura dell'uomo in Antonio Genovesi*, in *Riv. Storia della Filosofia*, 67.2, 2012, 293 ss.; F. MERCOGLIANO, *Genovesi, la 'Diceosina' e la legislazione matrimoniale augustea. Brevi note e riflessioni, con una considerazione romanistica*, in *Ann. Camerino*, 6, 2017, 163 ss., a cui rinvio anche per la ampia citazione della letteratura precedente.

¹⁵⁸ E qui citata nella seguente edizione: A. GENOVESI, *Diceosina o sia della filosofia del giusto e dell'onesto*, Milano, 1835.

per la necessità di una interpretazione della legge, da parte del giudice, che valichi nettamente i confini della mera “applicazione” quasi meccanica della stessa:

«Rispondo essere impossibile, che un Giudice non interpreti per niente nessuna legge. Ogni legge è generale, e perciò riguarda una infinità di casi simili. Ora è troppo manifesto che due casi dello stesso genere, ancorché sembrino simili, possono nondimeno esser diversi per la molteplicità delle circostanze»¹⁵⁹.

Un sillogismo, dunque, non permetterebbe una corretta interpretazione della legge, capace di tener conto delle infinite sfumature e variabili che possono connotare il caso concreto sottoposto alla *animadversio iudicis*. Solo con riferimento alla materia criminale, Genovesi ammette che la soluzione migliore è quella di una interpretazione letterale, che veda prevalere – viene alla mente il *De oratore* ciceroniano e la famosa *Causa Curiana* – lo *scriptum* sulla *voluntas legis* (ossia, di una “non interpretazione”):

«so, che si dice da alcuni dotti, a cui è in odio ogni interpretazione, che fa men male una legge eseguita sempre letteralmente, ancorché alcuni ne sieno presi più del dovere, ed altri meno, che non fa quel lasciarla in arbitrio del Giudice. Al che mi uniformo anch’io quanto a certe leggi criminali ed all’effetto. Vi ha di certe leggi criminali, nelle quali giova in alcuni casi più la lettera che lo spirito, per esser la lettera più spedita e più confacente al ben comune. Ma il voler tirare una siffatta regola a tutti i casi ed a tutte le leggi, è appunto quel *summum ius* che diventa iniquità»¹⁶⁰.

Genovesi, insomma, salve limitatissime eccezioni, «non ritiene possibile concepire la funzione giudiziale come un’attività meccanica, e ritiene inevitabile nel giudice l’interpretazione»¹⁶¹, rivelando, così, una sorprendente flessibilità e modernità di pensiero.

Sono, questi degli Illuministi fin qui citati, dei tentativi di contrastare l’arbitrio dei giudici e dei giuristi. Tentativi quantomai necessari, specie in un territorio e un regno difficile come il Napoletano, come denunciato dall’Illuminista Giuseppe Maria Galanti (1703-1767), allievo di Genovesi e profondo conoscitore della giusti-

¹⁵⁹ Ivi, 260.

¹⁶⁰ Ivi, 261.

¹⁶¹ M.A. CATTANEO, *Illuminismo*, cit., 59.

zia napoletana del tempo, il quale, nel suo interessante *Testamento Forense*, in primo luogo denuncia i “mali della giustizia” incapace di essere equa ed equidistante e completamente in balia dei pochi e privilegiati *sacerdotes iuris*:

«Abbiamo le funzioni giurisdizionali malissimo organizzate, molti tribunali e pochi magistrati. Sono costor sacerdoti che servono a diversi altari, onde perdono la testa e mancano d'istituzioni. L'amministrazione della giustizia è la prima funzione nell'ordine civile, onde dovrebbe essere il primo effetto della sovranità, e per la quale si dovrebbe a' popoli manifestare. Nella barbara Europa è stata annessa a' possessi de' feudi quale bene patrimoniale e privato. Quindi i gran signori impongono a' magistrati e fanno tacere le leggi»¹⁶².

Galanti fa riferimento, pur non dicendolo chiaramente, ai tribunali supremi napoletani dai quali ci si aspetta giustizia e rigore e deplora l'esistenza di due tribunali, uno per il povero e l'altro per il ricco. Ma non solo: stigmatizza – le sue parole ben si prestano a concludere questo *excursus* settecentesco – l'egemonia dei giuristi, affermando che «tutto è incertezza, contraddizione, arbitrio. La nostra miseria è tale che non possiamo possedere facoltà, senza dipendere da Tribunali. Una causa civile è, per lo più, un arcano»¹⁶³. L'avvento dei Codici cambierà completamente i giochi, riabilitando la figura del giurista e superando la rigida concezione del giudice “*bouche de la loi*”.

Sorprendentemente, infine, troviamo in Bernard Windscheid (1817-1892) considerazioni molto interessanti ai fini della presente indagine. Windscheid, esponente della tarda Pandettistica, si afferma grazie a una monografia sulle azioni processuali nel diritto romano (*Die “actio” des Römischen Rechts*). La sua fama si riassume, tuttavia, nella sua poderosa opera dedicata alle Pandette. Egli, chiamato a partecipare ai lavori di compilazione del BGB, esercita un notevole condizionamento sulla sua redazione, tanto che la stesura stessa definitiva del BGB ha poi rispecchiato la struttura sistematica, la costruzione degli istituti e le dottrine elaborate da Windscheid. Ebbene, assistiamo, nelle parole di Windscheid, a un ritorno dell'utopia razionalista di Leibniz, del quale si sente quasi l'eco. A proposito, in

¹⁶² G.M. GALANTI, *Testamento Forense*, Venezia, 1806, I, 73.

¹⁶³ Ivi, 213.

particolare, della «decisione finale» (che può essere quella di un giureconsulto, come quella del giudice in un processo), egli afferma che altro non sia che «il risultato di un computo». Un computo, poi, in cui soli «fattori sono i concetti giuridici». Ed è dalla chiarezza di questi ultimi che dipende la certezza, o la correttezza, del risultato finale¹⁶⁴. Un pensiero, questo, che non abbisogna di lunghi commenti, alla luce di quanto sinora si è andato trattando, ma che, incontrovertibilmente trasuda «di quel giuspositivismo del XIX secolo, che rivendicava di essere figlio della scuola dell'esegesi e, insieme, fratello della giurisprudenza dei concetti»¹⁶⁵ e che tenterà, costantemente, di concedere (o erodere) libertà interpretativa al giudice, in vista di una minore (o maggiore) prevedibilità della sua sentenza. Il dibattito sulla «prevedibilità» della sentenza e sulla certezza del diritto prosegue, infatti, lungo tutto l'arco del Novecento, è quantomai vivo ai giorni nostri, con risultati altrettanto interessanti e altalenanti.

Abstracts

Il concetto, oggi attualissimo, della “Giustizia predittiva”, intesa come sistema basato su meccanismi informatici e algoritmici in grado di rendere ampiamente prevedibile il contenuto di una sentenza giudiziale, ha radici, in senso lato, molto antiche e l'Età Moderna offre molti spunti di riflessione al riguardo. Lo scopo del presente contributo è dare una panoramica sul dibattito, antichissimo, sulla certezza del diritto e sugli espedienti individuati dai giuristi, dai filosofi, nel corso del Seicento e dell'Ottocento, per rendere quanto più possibile prevedibile una sentenza. Si tenta di inquadrare organicamente alcune significative opere di G.F. von Leibniz, al quale risale la celebre esclamazione “calculemus”, riferita alla possibilità di prevedere gli esiti di un giudizio attraverso un calcolo di tipo computazionale. Nella trattazione si è accennato anche ad alcuni matematici francesi, come Condorcet, Poisson, Bernoulli, poco considerati nella letteratura storico-giuridica, i quali pure hanno dato un contributo interessante alle teorie della probabilità applicate al processo, specie di tipo criminale.

¹⁶⁴ B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*⁸, 1, Torino, 1908, 75.

¹⁶⁵ Efficacemente, così, C. PELLOSO, *Interpretazione giuridica e argomentazione processuale. Alcune riflessioni à rebours*, in AA.VV., *Argomentazione e lessico nella tradizione giuridica*, a cura di C. LATINI, Torino, 2021, 212.

Chiude, infine, il contributo uno sguardo all'Illuminismo italiano, non solo lombardo ma anche napoletano, nell'ambito del quale – si pensi a Filangieri, Genovesi Galanti – pure non si è mancato di discutere sul secolare problema della discrezionalità del giudice, che viene considerato come l'opposto della medaglia della certezza del diritto.

The Idea, apparently modern, and very much discussed nowadays, of a “Predictive Justice” – if we refer to it as a means of mathematical calculations aiming to make predictable a judge's verdict – has very ancient and deep roots, in a broad sense. The purpose of this paper is tracing a short overview on the principle of the “suretyship” of law, which has ancient origins and it is attracting the attention of Legal Scholars, Philosophers, and Mathematicians since the beginning of the Modern era. How is a legal sentencing predictable? The famous Philosopher G.F. von Leibniz dedicated many efforts in demonstrating that a legal reasoning could be predictable: “Calculemus”! He said, and this goal he wanted to accomplish and he tried to get it made in many different Works, on which I will focus on. But in my short paper I will discuss, furthermore, on some French Mathematicians (Seventeenth Century) quite neglected by traditional Legal Scholars, but surely worth reading, in my opinion, like Poisson, LaPlace, Condorcet, Bernoulli, who strongly helped themselves in pursuing the predictability of a sentence basing on mathematical schemes, especially in criminal trials. At the end of this paper, I will show how the famous Italian Jurists Beccaria, Filangieri, Genovesi and Galanti – following the cultural and legal theory of “Illuminism”, going back to Seventeenth Century – intended to guide the judge in Legal reasoning, in order to control his “Religio iudicantis” and to make his sentence predictable and lacking of abuse and mistakes.

CONSEGUENZE
DELLA GUERRA IN UCRAINA

La legislazione di guerra. Note sulla metamorfosi del diritto privato del primo Novecento

Guido Alpa

SOMMARIO: 1. Il libero mercato e l'intervento dello Stato nell'economia nel periodo antebellico. – 2. La produzione legislativa e la Scuola romana. – 3. La guerra e le modificazioni costituzionali. – 4. La guerra e gli istituti del diritto privato. – 5. I Trattati di pace. – 6. I progetti per il dopoguerra. – 7. Le basi giuridico-economiche della dittatura.

1. *Il libero mercato e l'intervento dello Stato nell'economia nel periodo antebellico*

Esaminando i modelli di organizzazione delle regole del mercato nelle decadi che precedono la redazione del codice civile del 1942 si è portati a pensare che fino alla Prima Guerra mondiale il modello proprio dell'epoca fosse il libero mercato in cui “spontaneamente” – secondo le teorie di Adamo Smith – si formavano la domanda e l'offerta, si producevano beni e servizi, e lo Stato si limitava a difendere i confini nazionali, a mantenere l'ordine interno, e a presidiare le libertà dei cittadini. Il codice civile, operando come una sorta di costituzione dei rapporti privati, propugnava la libertà del volere, sanzionava l'illecito se commesso con colpa o dolo, proteggeva la proprietà privata; gli individui, più che come persone, erano qualificati come soggetti di diritto, formalmente valutati sulla base della loro condizione sociale, del loro patrimonio e della loro istruzione; fino al 1913 solo ai proprietari abbienti ed istruiti era inoltre riconosciuto il diritto di voto. Venivano così a combaciare i due mondi, tra loro rigorosamente separati, del diritto privato e del diritto pubblico. A questo modello liberista sarebbe poi succeduto – per una parentesi circoscritta agli eventi bellici – l'intervento dello Stato nell'economia dettato dalle esigenze della guerra, e, con i trattati di pace, si sarebbe ripristinato il modello liberista. Il prosieguo sarebbe stato determinato dall'isolamento del Paese nello scacchiere europeo, la dittatura avrebbe comportato l'autarchia, e una nuova economia di guerra, con un nuovo intervento massiccio dello Stato nel mercato, agevolato dall'ordinamento corporativo che subordi-

nava il diritto privato al diritto pubblico e assimilava gli interessi privati agli interessi che facevano capo allo Stato.

Questa successione di modelli è vera solo in parte: la storia ci ha restituito l'immagine di una situazione più complessa, in cui le premesse dell'intervento pubblico sono di molto anticipate rispetto agli anni di guerra, e il governo del mercato da parte dello Stato si proietta per anni dopo la chiusura delle ostilità, fino a ricomprendere la prima decade della dittatura e poi, per effetto della Grande Depressione del 1929, si stabilizza fino a diventare l'ossatura dell'ordinamento corporativo. La definizione dei modelli è resa ancor più difficile dalle tensioni che si manifestano alla fine dell'Ottocento all'interno della dottrina del diritto privato, tra i giuristi fautori del libero mercato e i giuristi che, tenendo conto degli aspetti sociali di una comunità afflitta da bisogni atavici, e delle esigenze delle classi meno abbienti, propugnano l'intervento dello Stato per tutelare il lavoro, per migliorare l'istruzione pubblica, per garantire pensioni di invalidità e vecchiaia, per limitare il latifondo e sfruttare al meglio la proprietà agraria. Sono gli esponenti del "socialismo giuridico" i primi giuristi che, al di là delle colorazioni politiche, dei programmi dei sindacati e dei partiti, vedono nelle regole del codice civile, proprio della società borghese, i pilastri di un ordine economico volto a legittimare lo sfruttamento dell'uomo sull'uomo e a tutelare gli interessi che ruotano intorno alla proprietà.

Ma la stagione del socialismo giuridico, come si sa, ebbe breve durata. Il modello liberista che si viene formando in Italia non è il modello classico, che, fondandosi sulla libertà, predica l'autonomia degli operatori economici dallo Stato e l'astensione dello Stato da ogni intervento nell'economia. Al contrario, i privati richiedono l'intervento dello Stato per poter fare fronte ai costi, che vogliono ribaltare sulla collettività, di modernizzazione dell'economia.

Si può delineare questo modello prebellico considerando l'operare delle regole di diritto privato e l'azione dello Stato nell'economia per tutto il periodo che segna l'avvento e il radicamento della rivoluzione industriale nel nostro Paese.

L'esempio più eclatante del sostegno dello Stato nella applicazione delle regole della responsabilità civile è offerta dalle reazioni dell'ordinamento ai danni provocati dalla circolazione dei convogli ferroviari. È un fenomeno che Stefano Rodotà ha studiato nel com-

plesso degli aspetti della disciplina della proprietà, dimostrando che in Italia, a differenza di quanto avveniva in Inghilterra, i danni derivanti ai proprietari per l'incendio delle messi provocato dalla circolazione dei treni a vapore erano addossati agli imprenditori ferroviari, al fine di tutelare la proprietà agraria. E gli imprenditori ferroviari potevano contare sui sussidi dello Stato per poter mantenere in piedi una rete ferroviaria che serviva per la circolazione delle merci, più che non per la circolazione delle persone¹.

L'intervento dello Stato, non come operatore economico, ma come sostegno dell'economia si manifesta nel connubio armamenti-industria, nell'ampliamento della rete ferroviaria lungo le due coste della Penisola, nella stabilità della lira con il ricorso ai prestiti internazionali, nell'incremento del debito pubblico per fare fronte alle spese militari e delle nuove colonie, nella stabilizzazione del sistema creditizio provato dal crack di alcune banche di dimensioni nazionali². L'opera di Giovanni Giolitti è esemplare, riguardata sotto questo angolo visuale: lo Stato non si intromette nelle vertenze tra capitale e lavoro, magari svolge un'opera di mediazione, ma finanzia lo sviluppo della cooperazione, amplia i progetti di lavori pubblici, si cura delle opere marittime e di bonifica, nazionalizza le ferrovie (tranne tratti lasciati ai privati) e le assicurazioni sulla vita, fonda le premesse per la realizzazione della Banca Centrale, attira capitali stranieri, soprattutto tedeschi e svizzeri; la manifattura tessile, la siderurgia e la cantieristica sono protette dallo Stato, che accentua il protezionismo per favorire la nascita di un capitalismo più rigoglioso³. Lo Stato inoltre è sempre pronto a interventi di salvataggio, delle banche e dell'industria siderurgica, e ad interventi di risanamento delle aree più problematiche, come la città di Napoli o per il riscatto del Sud, o per l'espansione edilizia della Capitale.

Il sopraggiungere della Prima Guerra mondiale rafforza l'intervento dello Stato, che non esita a penetrare anche nei rapporti di diritto privato che si ritenevano immuni da ogni contaminazione esterna.

¹ RODOTÀ, *Il terribile diritto*, Bologna, 2013.

² Nell'ampia letteratura v. in particolare CIOCCA e TONIOLO (cur.), *Storia economica d'Italia*, vol. 3, *Industrie, mercati, istituzioni*, Roma-Bari, 2003; CASTRONOVO, *Storia economica d'Italia. Dall'Ottocento al 2020*, Torino, 2021, cap. II.

³ CASTRONOVO, *op. cit.*, 99 ss.

2. *La produzione legislativa e la Scuola romana*⁴

La produzione legislativa è il settore seguito con maggiore attenzione dai giuristi nel corso degli anni di guerra e nel periodo successivo. La giurisprudenza è commentata più raramente, anche perché il numero delle cause, nel periodo bellico, è assai più contratto, come risulta dai repertori.

Si possono individuare quattro comparti prevalenti: i provvedimenti legislativi dettati da esigenze belliche, i provvedimenti concernenti i beni, mobili e immobili, dei cittadini appartenenti alle nazioni nemiche, alle quali l'Italia ha dichiarato guerra, i provvedimenti sui danni di guerra e la fase della ricostruzione, e, per tutti questi risvolti, le informazioni riguardanti i sistemi giuridici dei Paesi coinvolti, sia sul fronte degli Alleati (con particolare riguardo al sistema francese) sia sul fronte austrotedesco. Per quanto riguarda il fronte nemico, occorre precisare che esso si viene formando nel corso di alcuni mesi: il 3 maggio 1915 l'Italia dichiara guerra all'Austria; il 21 agosto 1915 l'Italia dichiara guerra all'Impero Ottomano; 16 ottobre 1915 l'Italia e la Francia dichiarano guerra alla Bulgaria; il 28 agosto 1916 l'Italia dichiara guerra alla Germania.

Alfredo Ascoli segue sulla *Rivista di diritto civile* l'evoluzione della legislazione di guerra e i problemi più complessi posti dalla situazione bellica ai rapporti tra privati. E pone anche molti quesiti concernenti la frammentarietà incoerente degli interventi normativi: ad es., si chiede perché i provvedimenti di sequestro dei beni mobili situati in Italia e appartenenti ai cittadini dell'Impero ottomano non siano stati estesi anche ai cittadini austriaci⁵; e perché la Germania abbia sospeso le azioni giudiziarie concernenti i debiti dei propri cittadini nei confronti dei cittadini degli stati neutrali (l'Italia non aveva ancora dichiarato Guerra alla Germania ed aveva un intenso scambio commerciale con quel Paese)⁶.

⁴ Tra i riferimenti bibliografici mi preme di segnalare l'accuratissimo contributo di LAURA MOSCATI, *La legislazione di guerra e il contributo della Scuola romana*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2016, n. 7, 349 ss.; sui problemi di diritto pubblico v. M. CARVALE, *Una incerta idea. Stato di diritto e diritti di libertà nel pensiero italiano tra età liberale e fascismo*, Bologna, 2016.

⁵ Il primo provvedimento contro i cittadini austriaci (d.luog. 14 giugno 1915, n. 902) riguardava l'inefficacia delle venite immobiliari intervenute tra cittadini italiani e austriaci e le azioni giudiziarie promosse in Italia dai cittadini austriaci; gli altri provvedimenti di sequestro sono emanati alla fine del 1915.

⁶ ASCOLI, *Questioni relative alla guerra*, in *Riv. dir. civ.*, 1916, 87 ss.

La rubrica che cura le notizie sulla legislazione enumera anche i provvedimenti dell'Autorità militare nelle zone di operazione: ne sono esempio le ordinanze che stabiliscono l'inefficacia dei contratti in corso nelle regioni in cui si svolgono le operazioni belliche. Qui si possono riscontrare tutte le disposizioni relative alla limitazione al commercio o allo sfruttamento dei beni in proprietà che possono agevolare l'approvvigionamento delle truppe: ne sono esempio le requisizioni delle pelli crude bovine ed equine, che servono per le calzature e le bardature degli animali, le produzioni delle conterie, il taglio dei castagneti e la produzione di tannio, la requisizione della paglia, la produzione di esplosivi, la requisizione dei quadrupedi, e così via. Sono molteplici i provvedimenti riguardanti gli indennizzi e i danni di guerra, così come i provvedimenti finanziari (ad es. l'emissione di prestiti obbligazionari per fare fronte alle spese di guerra); ed ancora le denunce relative al grano raccolto, e le requisizioni ad esse correlate; l'autorizzazione a produrre pane con farina di seconda qualità; la riduzione delle tariffe dei trasporti; l'agevolazione della realizzazione di opere pubbliche; la proroga dei contratti agrari; la proroga dei contratti di locazione immobiliare.

Già nel 1917 si comincia a discutere dell'indennizzo dei danni di guerra e della ricostruzione; la Commissione ministeriale presieduta da Vittorio Scialoja non ha ancora iniziato ad operare, sicché Ascoli, che si definisce suo "scolaro affezionato e reverente", dalle pagine della Rivista si chiede se il nuovo Ministro competente la farà decollare⁷; si danno molte informazioni sulla Commissione italo-francese, che ha il compito di unificare il diritto delle obbligazioni, e che dovrebbe occuparsi anche dei danni di guerra⁸; e si esaminano alcuni problemi rilevanti come la disciplina dell'assenza, riformulata da Scialoja, la considerazione della guerra come causa di forza maggiore⁹ e come causa di sospensione del riscaldamento degli alloggi. Si tratta di provvedimenti normativi introdotti con il decr. luog. 27 maggio 1915, n. 739 che equipara l'eccessiva onerosità alla impossibilità sopravvenuta, ma solo per ragioni belliche. Il decreto luogotenenziale è una nuova fonte normativa, spettante al Luogotenente del

⁷ *Questioni relative alla guerra*, ivi, 1917, 579.

⁸ ASCOLI, *Per una alleanza legislativa fra nazioni amiche*, ivi, 1917, 134 ss.

⁹ RICCA-BARBERIS, *Sulla guerra come causa di forza maggiore*, ivi, 1917, 249 ss.

Re, figura non prevista dallo Statuto, ma ricorrente nella prassi costituzionale di casa Savoia¹⁰.

Alberto Wahl cura una rubrica sulla legislazione di guerra in Francia.

La fa eco all'attività di Vittorio Scialoja e della sua Scuola, e dei Colleghi della Facoltà giuridica romana: nel 1918 Vittorio Polacco vi pubblica la sua relazione al Presidente del Consiglio sul risarcimento dei danni di guerra, nella sua qualità di vicepresidente della Commissione governativa in materia, il cui segretario era Francesco Carnelutti; Polacco configura le perdite dei proprietari di beni cagionate dalle distruzioni della guerra come un *diritto*, e ne difende il diritto al risarcimento del danno, piuttosto che non come interesse legittimo ad ottenere ristoro, o interesse ad avere un *soccorso* come sosteneva Vittorio Emanuele Orlando¹¹; Vittorio Scialoja anticipa alcune disposizioni dell'*avant-projet* del codice italo-francese delle obbligazioni e notizie sull'intesa giuridica tra Italia e Francia¹²; si discute poi della cittadinanza, in particolare la sorte della cittadinanza della donna, maritata con uomini che abbiano mutato la cittadinanza, o siano divenuti nemici a seguito degli eventi bellici; e Giuseppe Osti vi pubblica i suoi saggi sull'impossibilità della prestazione.

La legislazione di guerra riguarda la tutela degli orfani e degli invalidi, le pensioni e i sussidi, le assicurazioni, i contratti agrari, i titoli finanziari.

Il ritorno alla normalità è riflesso dai contenuti della Rivista dell'anno 1919, in cui tuttavia compaiono ancora rubriche concernenti i danni di guerra e la proroga dei vincoli locatizi dettata da ragioni sociali. Fanno discutere la disciplina dell'assenza e la dichiarazione di morte presunta degli scomparsi, la riforma dell'esercizio della professione di avvocato e procuratore, la condizione delle donna, il diritto industriale (su questi due ultimi argomenti si riportano anche cenni del diritto francese). Si apre anche un interessante dibattito sulla delegazione di poteri, sui nuovi confini del diritto privato e sulle conseguenze della guerra e della pace derivanti dal Trattato di Versailles.

¹⁰ Di qui appunto gli interrogativi degli studiosi di diritto costituzionale, che mettono in luce la singolarità della carica di Luogotenente del *Regno* escogitata a seguito della prosecuzione del Regno d'Italia nel Sud (COLOMBO, *Storia costituzionale della monarchia italiana*, Roma-Bari, 2001, 96 ss.

¹¹ In *Riv. dir. civ.*, 1918, 105 ss.

¹² Ivi, *loc. cit.*, 134 ss.

Come emerge dagli accenni sopra esposti il periodo bellico rappresenta una autentica svolta in tutti i settori del diritto, dal diritto costituzionale, al diritto commerciale, al diritto industriale, al diritto dei trasporti e, ovviamente, al diritto privato. I giuristi dell'epoca temono che il diritto di guerra non costituisca una parentesi tra la fase antebellica e quella postbellica, ma piuttosto una nuova dimensione – non a caso Filippo Vassalli nella sua prolusione genovese del novembre del 1918 parla di “nuovi confini del diritto privato” – che non è destinata a dissolversi una volta chiuso il conflitto, e neppure a lasciare semplicemente un segno nelle istituzioni, ma a cambiare completamente la prospettiva e le funzioni del diritto nel nostro Paese. È interessante notare che proprio la Scuola che promuove la riflessione critica sul diritto privato della fase bellica – la Scuola romana creata da Vittorio Scialoja¹³ – si fa interprete delle novità, e, da un lato, consuma il tentativo di avvicinare il modello italiano a quello francese, con la progettazione del Codice binazionale delle obbligazioni, dall'altro rivendica al diritto privato il compito “costituzionale” della disciplina dei rapporti tra privati e della regolazione del mercato, come se spettasse al diritto privato il ruolo di difensore della libertà economica e dell'autonomia dei rapporti privati rispetto allo Stato: insomma quella “metastatalità” che Filippo Vassalli vorrà predicare nei primi anni di vigenza del codice civile, sottraendo il diritto privato al suo divenire storico e alle connotazioni politiche economiche e sociali – che per sua natura, aggiungo io, non può non avere – e consegnandolo al regno della tecnica – che per sua natura, aggiungo ancora io, non può essere scevra da accenti ideologici¹⁴.

Non è casuale che queste riflessioni si debbano soprattutto alla Scuola romana e in particolare al gruppo di studiosi che faceva capo a Scialoja¹⁵.

¹³ Sulla quale v. le belle pagine di Laura Moscati.

¹⁴ VASSALLI, *Estrastatalità del diritto civile*, in *Studi in onore di Antonio Cicu*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1951, 481; e COLAO, *Estrastatalità del diritto. Note sul pensiero di Filippo Vassalli, giurista «europeo», e di Guido Tedeschi, giurista italiano, a Gerusalemme per le leggi razziali*, in *It. Rev. Leg. History*, n. 3, 2017.

¹⁵ Dalla voce di Stolfi, Vittorio Scialoja, del Dizionario biografico Treccani, risulta che tra gli allievi o i giuristi collegati al Maestro si possono annoverare altrettanti Maestri come Pietro Bonfante (1864-1932), Gino Segrè (1864-1942), Salvatore Riccobono (1864-1958), Carlo Longo (1869-1938), Siro Solazzi (1875-1957) e Vincenzo Arangio-Ruiz (1884-1964); ma anche di diritto civile quali Vincenzo Simoncelli (1860-1917), Al-

La civilistica romana (ma anche gli esponenti delle altre branche dell'ordinamento che avevano trovato nella Facoltà giuridica della Capitale un ruolo di spicco nel panorama delle scienze sociali) si era trovata a contatto diretto con il mondo della politica e delle istituzioni, e ne aveva tratto vantaggi, quanto meno in termini di collaborazione alla redazione dei provvedimenti legislativi che via via adeguavano l'ordinamento alle nuove esigenze; ma aveva potuto anche occupare posizioni di prestigio nel sistema istituzionale. La carriera di Scialoja è esemplare, da questo punto di vista: senatore dal 1904, ministro della Giustizia (1909-10), ministro per la Propaganda (1916-17), ministro degli Affari esteri (1919-20); vicepresidente del Consiglio superiore della Pubblica Istruzione; delegato italiano alla Conferenza di pace e primo rappresentante dell'Italia (1921-32) alla Società delle Nazioni da lui fondata insieme con le altre personalità internazionali; presidente, dal 1924, della sottocommissione per la riforma del codice civile; Ministro di Stato (dal 1926); Accademico dei Lincei dal 1929; presidente del Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Roma (1912) e del Consiglio superiore forense dal 1926 alla morte, che sopravvenne nel 1933. Scialoja aveva chiamato all'Università di Roma molti dei suoi allievi, che a loro volta avevano collaborato con lui o con altri esponenti politici nella elaborazione di codici – come il codice civile per la Colonia Eritrea – e di leggi speciali importanti, come la legge sulla cittadinanza e, per l'appunto, la legislazione speciale.

3. *La guerra e le modificazioni costituzionali*

Si è detto sopra del dibattito sulla delegazione legislativa: un dibattito che non solo si preoccupa dello spazio delle libertà¹⁶ ma anche del rapporto tra diritto pubblico e diritto privato fino ad allora considerati due mondi a sé stanti¹⁷. I compiti sociali del diritto privato, enfatizzati dalla corrente del socialismo giuridico, avevano sol-

fredo Ascoli (1863-1942), Leonardo Coviello (1869-1939), Roberto de Ruggiero (1875-1934) e Filippo Vassalli (1885-1955), così come di diritto processuale civile, campo in cui eccelse Giuseppe Chiovenda (1872-1937), e di diritto amministrativo, come Antonio Longo (1862-1942) e soprattutto Oreste Ranelletti (1868-1956).

¹⁶ Aspetto messo in luce finemente da CARVALE, *Una incerta idea. Stato di diritto e diritti di libertà nel pensiero italiano tra età liberale fascismo*, Bologna, 2016, 105 ss.

¹⁷ SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020, 154 ss.

tanto scalfito il monolite del diritto disegnato come il complesso delle regole volte a tutelare interessi egoistici dei privati, ben poco inclini a cooperare con lo Stato per la realizzazione di finalità sociali, salve le iniziative caritatevoli affidate alla generosità di benefattori e mecenati. Ebbene, proprio la legislazione di guerra comincia a rendere più visibili le radici dello Stato sociale, che fioriranno poi rigogliose nel ventennio fascista, contribuendo, con la politica culturale nazionalista, con la propaganda, e con le riforme agrarie, a catturare il consenso dei cittadini alla dittatura.

La guerra finirà per apprestare le premesse all'impianto giuridico-istituzionale della dittatura: l'urgenza di provvedere alle necessità della macchina della difesa e al contempo alle necessità del Paese, al quale sono sottratte le braccia dei lavoratori impiegati nello sforzo bellico, implica una distribuzione dei poteri che fa pendere la bilancia a favore del Governo, e riduce i poteri politici del Re, impegnato al fronte come capo delle forze armate. Le incertezze che pervadono i rapporti tra i poteri, nell'ambito di una architettura costituzionale retta da una costituzione flessibile come era lo Statuto albertino, fa sì che la legislazione di emergenza superi ogni altra iniziativa parlamentare, e concentri sul Governo e sul Luogotenente del Regno (che ha poteri solo formali) le determinazioni più rilevanti per reggere il Paese¹⁸. La prassi di ricorrere al decreto-legge anche in un regime parlamentare (e non in un regime presidenziale al quale sarebbe più adatta) riprende un'abitudine già collaudata alla fine dell'Ottocento e da molti considerata un abuso di potere.

Tra i molti interventi, che avevano raccolto le critiche di Salvatore Romano, all'epoca convinto assertore delle libertà costituzionali¹⁹, corre l'obbligo di segnalare le coraggiose osservazioni di Gaetano Arangio-Ruiz pubblicate un anno prima delle c.d. leggi fascistiche: «l'urgenza non va confusa né con l'interesse né con l'utilità né con l'opportunità di provvedere»²⁰. Accanto all'abuso del potere legislativo da parte del Governo Arangio-Ruiz segnala l'inerzia della Magistratura (e propriamente della Corte Suprema e della Corte di

¹⁸ Sul punto v. COLOMBO, *Storia costituzionale della monarchia italiana*, Roma-Bari, 2001, 96 ss.

¹⁹ *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1910, 91 ss.

²⁰ ARANGIO-RUIZ (GAETANO), *Leggi ed eventi costituzionali del periodo bellico e post-bellico*, Modena, 1925, 24.

Conti) che, qualificando come “politici” i decreti assunti per via d’urgenza, non aveva svolto il suo compito di controllo.

4. *La guerra e gli istituti del diritto privato*

L’impianto dogmatico del diritto privato viene fortemente infirmato dalla legislazione di guerra. Si tratta, come sottolineavo sopra, di una svolta epocale, che presenta segni diversi rispetto al fenomeno, altrettanto significativo dell’intervento dello Stato nell’economia. Sono infatti due percorsi paralleli, che hanno l’effetto di demolire il tessuto dogmatico costruito nel corso dei secoli, perfezionato con l’affinamento della Pandettistica: il primo, colpendo la disciplina delle obbligazioni, la libertà contrattuale, i principi della responsabilità civile, la capacità giuridica e la personalità, la commercialità dei beni, la proprietà agraria; il secondo il funzionamento dei trasporti, le privative industriali, il sistema bancario e assicurativo. Il primo percorso nasce dal confronto tra la situazione prebellica, in cui il codice civile – corrispondente al, e proprio per questo spesso confuso con, il diritto civile, svolgeva la sua funzione di legge di base per l’ordinamento privato; il nuovo ordine emerge da interventi del Governo-legislatore, che in ragione dell’interesse pubblico limita notevolmente l’interesse privato. Il secondo nasce dalle leggi economiche, dalla crisi del capitalismo liberale, dal pensiero degli economisti che a causa delle “conseguenze della pace”, propendono per forme di governo autoritario, volte a limitare il debito pubblico, rafforzare il sistema bancario, controllare l’inflazione, supportare il colonialismo, piuttosto che non a sostenere il lavoro per tutti, ad estendere i programmi di opere pubbliche, e a creare presidi di Welfare State.

Spetta a Pietro Cogliolo, professore di Diritto civile dell’Università di Genova, il merito di aver descritto, con paziente e minuziosa precisione, l’intervento legislativo del periodo bellico, nell’intento di coordinare la legislazione di guerra con il diritto preesistente. Cogliolo esamina più di trecento provvedimenti, tra leggi, decreti, bandi militari, istruzioni ministeriali, circolari, ordinanze del Comando Supremo. Il suo libro su *La legislazione di guerra*²¹ reca in apertura una ricca bibliografia che documenta l’attenta analisi dei

²¹ Pubblicato a Torino nel 1917.

giuristi di ogni branca del diritto nella disamina del corpus normativo. Nel fare il raffronto tra passato e presente, Cogliolo non si esime dal rappresentare al lettore la sua concezione del diritto civile e dei suoi istituti. E qualche aspetto di questo lavoro mostra tratti interessanti.

Ad es, a proposito della colpa, che Cogliolo intende come concetto unitario, sia essa contrattuale o extracontrattuale; o a proposito dell'adempimento delle obbligazioni, in cui egli vede l'attuazione del paradigma della diligenza, anche quando l'adempimento sia reso impossibile dal caso fortuito e dalla forza maggiore, nell'area nella quale si collocano gli eventi bellici. Considera cioè la diligenza non come metro della corretta esecuzione ma come metro dell'impegno profuso dal debitore nell'adempiere l'obbligazione, sì da unificare, anziché distinguere, l'impossibilità sopravvenuta dalla eccessiva onerosità sopravvenuta; dà ingresso alla responsabilità oggettiva, collocandola in un'area collaterale a quella governata dalla colpa, che continua ad essere il criterio principale di imputazione della responsabilità, e basa la responsabilità oggettiva sul principio *cuius commoda eius et incommoda*, criticando i tentativi di ricondurre al dogma della colpa anche i casi di responsabilità del padrone per gli illeciti del commesso, e i casi di responsabilità del proprietario di cose e di animali²². Pur condividendo con la dottrina il convincimento che i patti di esonero da responsabilità per dolo del debitore siano nulli, ritiene che l'esclusione della responsabilità per colpa sia legittima, specie quando essa sia inserita nei contratti per adesione, perché si tratta di un vantaggio per il predisponente compensato dalla riduzione delle tariffe che commisurano il prezzo della prestazione; e giustifica il principio che fa gravare sul creditore la sopravvenienza del fortuito. Si diffonde poi sulla natura della legislazione di guerra come diritto singolare, escludendo che tutti i provvedimenti possano essere così qualificati e dovendosi invece distinguere caso per caso. Minuzioso è l'elenco delle disposizioni che limitano il commercio, in tempo di guerra, nelle zone occupate, o per ragioni soggettive dettate dalla cittadinanza delle parti.

Tutti i provvedimenti che abbiano dato luogo a contenzioso sono corredati di riferimenti giurisprudenziali: ne viene sottolineato

²² COGLIOLO, *La legislazione di guerra*, cit., 62.

il risvolto pratico dell'opera, che, a differenza della letteratura maggioritaria, non ignora l'attività della magistratura.

5. *I Trattati di pace*

È sempre Ascoli che si occupa di commentare i Trattati di Versailles e St. Germain²³. L'ottica privilegiata è il diritto civile. I Trattati si aprono con la istituzione della Società delle Nazioni, che dovrebbe salvaguardare la pace nel mondo, e con un regolamento internazionale del lavoro. La pace tra le Nazioni non può essere raggiunta senza che sia assicurata la giustizia sociale: di qui la connessione tra regole pattizie e regole per migliorare le condizioni dei lavoratori. Ciò che i Trattati si ripromettono è dunque di attuare la giustizia.

Il Trattato di St. Germain si occupa anche della tutela delle minoranze, per nazionalità, razza e religione (in allora la razza era ancora considerata un carattere identitario della persona, da cui non dovevano emergere discriminazioni). Le regole civilistiche più rilevanti riguardano la cittadinanza. Qui si rinviene un principio diverso da quello usualmente previsto nei trattati di pace che si sono succeduti nel corso dei secoli; un tempo si prevedeva l'acquisizione della cittadinanza automatica con il cambio di sovranità sui luoghi (come se i sudditi cambiassero "padrone" come cambiavano padrone i territori nei quali essi vivevano), salvo il diritto del suddito di cambiare territorio, venduti i suoi beni; qui invece gli Stati conservano il diritto di scegliere i propri cittadini, nel caso in cui essi non fossero nativi dei territori annessi. Per quanto riguarda i diritti patrimoniali, i Trattati conservano per quanto possibile i diritti nascenti dai contratti bancari, di assicurazione e di borsa. Più complessa la disciplina della proprietà dei beni, che, con il deflagrare del conflitto, si consideravano perduti ove ne fossero titolari i nemici; tutti i provvedimenti (di sequestro, confisca, etc.) assunti durante il periodo bellico sono confermati, tranne che per quelli assunti da Germania e Austria, salvi gli effetti prodotti nel frattempo. Nei Trattati si stabiliscono anche le regole della riparazione, con lo sfruttamento delle miniere in Renania e l'espropriazione dei natanti della flotta tedesca e della flotta austriaca fino al limite del tonnellaggio perduto da parte

²³ È la prolusione al corso di Istituzioni di diritto civile letta nell'Università di Roma il 2 febbraio 1920, in *Riv. dir. civ.*, 1920, 209 ss.

delle potenze vincitrici, l'acquisizione di beni di cittadini appartenenti alle potenze sconfitte e degli stranieri che si trovino nei territori dei vincitori, sempre a titolo di riparazioni.

Ascoli si pone il problema se sia giusto che i singoli cittadini rispondano in solido con lo Stato per le riparazioni. Per converso lo Stato è responsabile nei confronti dei propri cittadini per i danni risentiti per effetto di azioni dell'esercito nemico o dell'esercito patrio. I reciproci debiti e crediti tra cittadini potranno essere regolati direttamente tra gli Stati. Secondo Ascoli questo sistema inaugura l'applicazione del principio di solidarietà sociale, ben diverso da quello applicato fino a quel momento, perché si confonde il patrimonio dello Stato con il patrimonio dei cittadini. Trova però una giustificazione nel fatto che i cittadini debbono correre la stessa sorte del Paese al quale appartengono, e la chiusa appare dettata da una vena retorica che prelude ad un futuro minaccioso: «la patria non vuole cittadini indifferenti e inattivi, vuole l'azione di tutti per tutti; essa è madre ugualmente amorosa per tutti i suoi figli, ma i figli non possono non essere uniti a lei nella buona e nell'avversa fortuna».

Sappiamo come sono andate le cose: le richieste di riparazioni furono esose, non si ascoltarono le richieste di riduzione delle pretese e si condannarono Germania ed Austria alla bancarotta finanziaria.

Le vicende politiche trascinano con sé problemi di natura giuridica. Sì che il Governo vara la riforma dei codici in occasione della unificazione delle province austriache acquisite con la vittoria della guerra: il Ministro Guardasigilli Oviglio presenta alla Camera dei Deputati il disegno di legge del 10 febbraio 1923 destinato a modificare il codice civile, e i codici di procedura civile, di commercio e per la marina mercantile.

Questa volta è Filippo Vassalli a commentare, sempre sulla Rivista di diritto civile, il provvedimento istitutivo, che sarà attuato dalla Commissione presieduta da Vittorio Scialoja²⁴. Vassalli si occupa innanzitutto di capire se le materie che sarebbero estese dalle nuove province acquisite dall'ex Impero asburgico coprano tutti gli argomenti di cui si occupano i codici austriaci, e auspica comunque che l'estensione sia simultanea per tutti i codici, atteso che essi en-

²⁴ *Problemi della unificazione legislativa*, Riv. dir. civ., 1923, 42 ss.

trarono in vigore simultaneamente [invero il codice di commercio del 1865 fu sostituito dal codice di commercio del 1883]. Poi si pone il problema della conservazione delle discipline autoctone. In particolare la questione riguarda i libri fondiari. Vassalli propone – e sarà questa la scelta del legislatore italiano – di mantenere in vita il sistema tavolare nelle nuove province, anche se le differenze di regime creano ulteriori questioni. La distinzione del *modus* e del *titulus* *adquirendi* del diritto austriaco, e della funzione costitutiva della registrazione tavolare confligge con il regime di trasferimento della proprietà che il codice del 1865 aveva ereditato dal Code Napoléon. Rimane in vita il progetto italiano di modificazione della disciplina della trascrizione.

Più complessi i problemi relativi alla famiglia, in particolare al divorzio, ammesso in Austria e non in Italia. Vassalli è contrario alla dissolubilità del matrimonio, e pure all'aumento dei casi di nullità invocato da Enrico Ferri²⁵. Si discute anche della riforma della disciplina dell'accertamento della paternità, delle tutele, e della protezione dell'infanzia dagli abusi della patria potestà. Si riprendono poi i brevi termini di prescrizione del codice civile austriaco per farne un modello da seguire anche in Italia.

Altrettanto interessante è la discussione delle finalità ulteriori a cui dovrebbe provvedere la riforma del codice civile: due in particolare assillano Vassalli: la inclusione delle regole legislative che nel tempo si sono affastellate derogando al codice e la redazione più accurata delle regole che hanno dato luogo a controversi orientamenti giurisprudenziali. Vassalli è per conservare il codice così com'è, perché introdurre nel testo regole di diritto pubblico finirebbe per snaturarne il contenuto e per esporlo a continui mutamenti; tutt'al più, propone di includere nel codice civile le regole nuove introdotte nel codice di commercio riguardanti i contratti (il procedimento di conclusione, l'offerta al pubblico, il contratto a favore di terzo, la rappresentanza e così via). Questi suggerimenti saranno accolti nella redazione definitiva del codice civile del 1942. Anche sotto questo profilo dunque abbiamo una continuità tra la cultura giuridica e le proposte innovative emerse a causa della guerra e le regole che ancora oggi sono vigenti nel nostro ordinamento.

²⁵ *Op. cit.*, 52-53 n. 2.

7. *Le basi giuridico-economiche della dittatura*

Vittorio Scialoja, per parte sua, si occupa de *I problemi dello Stato italiano dopo la Guerra*²⁶. Da segnalare che l'opera viene pubblicata quando la guerra è ancora in corso, ma Scialoja intravede tutti i problemi più rilevanti che gli eventi bellici hanno aperto. Innanzitutto il risarcimento dei danni di guerra, intesi come l'effetto della violazione del diritto delle genti, quando si siano concretati nella violazione della integrità fisica delle persone e nella distruzione dei beni di proprietà dello Stato, delle Amministrazioni pubbliche e dei privati.

Tra i provvedimenti economici da prendere in considerazione occorre a suo avviso valutare il danno derivante dalle limitazioni al commercio, e dai provvedimenti assunti dai governi nemici contro i beni e le attività dei cittadini italiani nei Paesi d'oltre confine. Scialoja dedica attenzione ai contratti di durata, alle operazioni di borsa, al mercato dei valori, alle assicurazioni sulla vita, alle assicurazioni marittime, e al regolamento di debiti e crediti dei sudditi italiani verso i nemici. Particolarmente rilevante è il problema della mora del debitore, calcolata in numerario, di cui occorre fissare l'ammontare degli interessi e il valore di cambio, e, cosa ancor più importante, valutare se affidare ai privati la libera negoziazione di questo rapporto oppure affidarlo a società di *clearing*. È significativa la sua attenzione per il sistema economico che il Paese si troverà a gestire dopo la fine del conflitto: auspica perciò la conclusione di accordi ancor prima della fine della guerra per poter assicurare al Paese materie prime e sussidi per la ricostruzione. Scialoja intravede alcuni pericoli, se non si dovessero raggiungere accordi tra i Paesi vincitori per governare le conseguenze nefaste della guerra: l'indebitamento dell'Italia anche nei confronti dei Paesi nemici, il tentativo di questi ultimi di recuperare e rafforzare la loro presenza in Italia, che giocherebbe esclusivamente a loro vantaggio, l'ingombrante regime delle imposte doganali, che dovrebbe essere alleggerito per l'importazione delle merci di prima necessità e delle materie prime di cui il Paese è sprovvisto; per non parlare della successione nei rapporti tra vecchi Stati e nuovi Stati emersi durante il conflitto o che si costituiranno dopo il conflitto, e dei rapporti con i nuovi cittadini dei Paesi vincitori. La smobilitazione e la ripresa della vita nazionale aprono problemi di altra natura: il reimpiego della

²⁶ Bologna, 1918.

manodopera, che dovrebbe sostituire il lavoro di donne e minori, impiegati nell'industria bellica e nei servizi essenziali durante il conflitto; la definizione di un piano della smobilitazione dovrebbe tener conto delle esigenze delle industrie e dell'agricoltura, per fare in modo che gli uffici di collocamento prevengano le richieste di lavoro e smistino la manodopera in eccesso che si creerà con il ritorno dei militari nelle loro famiglie; di qui la proposta di rafforzamento dei fondi di disoccupazione e della Cassa nazionale di previdenza per l'invalidità e la vecchiaia (istituita con il Decr. Luog. del 29 aprile 1917 n. 670); si prevedono anche un piano di emigrazione, per favorire l'esportazione dell'eccesso di manodopera all'estero e misure per il reimpiego dei materiali utilizzati nel conflitto.

Particolare attenzione Scialoja riserva al sistema produttivo nazionale: ciò al fine di evitare che il Paese sia nuovamente asservito alla Germania, dalla quale dipendeva per le materie prime e per le condizioni limitative della concorrenza a cui era stato assoggettato; di qui il necessario intervento dello Stato per evitare monopoli²⁷. Scialoja professa idee liberali, ma realisticamente si rende conto che senza la collaborazione degli operai non si può andar lontano. Occorre dunque prevenire il conflitto tra capitale e lavoro²⁸, si rende conto che le mutate condizioni economiche faranno salire il costo della vita e scendere il livello dei salari, sarà occasione di contrasti, i quali potranno essere risolti pacificamente, per mezzo di arbitrati e risoluzioni equitative delle divergenze; occorrerà elevare l'istruzione e le competenze tecniche degli operai e farli partecipi dell'amministrazione delle aziende; occorrerà agevolare gli operai anche al di fuori dell'azienda, e nella loro vita quotidiana, con la costruzione di alloggi, con la costituzione di cooperative alimentari, con l'assistenza sanitaria e scolastica, fino alla *cointeressenza degli operai agli utili dell'impresa*²⁹. Scialoja qui riprende modelli di cooperazione introdotti negli Stati Uniti e in Francia, al fine di prevenire o ridurre i conflitti con le maestranze e dimostra una particolare intelligenza dei problemi sociali.

Quanto al mercato, in ossequio al suo credo liberale, precisa che «l'azione che lo Stato è chiamato a svolgere nel campo industriale

²⁷ *Op. cit.*, 117 ss.

²⁸ *Op. cit.*, 118.

²⁹ *Op. cit.*, 120.

non dovrà intralciare in alcun modo l'esplicamento delle attività private». Fiscalismo e burocrazia sono impedimenti da evitare, e le energie private debbono essere «sorrette ed integrate dallo Stato»³⁰. Problema non di poco conto sarà la riconversione dell'apparato industriale utilizzato per far fronte allo sforzo bellico, in cui lo Stato compratore, e talvolta anche somministratore delle materie prime, cesserà di svolgere le sue funzioni di sostegno: occorrerà dunque individuare i bisogni del mercato per stabilire i prodotti da fabbricare, prefigurare gli sbocchi del commercio interno, e quelli del commercio estero. Il commercio estero richiama le esigenze del sistema dei trasporti, occorrerà far fronte alla carenza di carbon fossile e sfruttare al meglio le risorse idriche; anche qui l'intervento dello Stato appare provvidenziale³¹, nel promuovere la marina mercantile, ma anche nel disciplinare l'agricoltura, soprattutto le terre incolte³². Per agevolare l'agricoltura Scialoja immagina anche l'introduzione di prezzi minimi che sviluppino l'interesse dei proprietari agricoli all'intensificazione della produzione e l'introduzione delle macchine nell'agricoltura. Anche il settore minerario richiede l'intervento dello Stato e pure l'emigrazione.

Una forte politica di riforme, amministrative, legislative, coloniali, sociali e politiche: Scialoja si occupa anche di banche, credito, politica monetaria e finanze. Il cambio indebolisce gravemente la moneta italiana, l'eccesso di circolazione cartacea e il deficit della bilancia commerciale diminuiscono il potere di acquisto della moneta. L'intervento dello Stato è di nuovo richiesto, per organizzare gli acquisti delle merci essenziali, per facilitarne il trasporto e la distribuzione³³.

Il vasto programma di interventi che Scialoja ha congegnato si colloca in continuità con la concezione di Stato liberale che era emersa già alla fine dell'Ottocento in Italia: uno Stato non indifferente allo sviluppo del mercato e non mero spettatore dell'iniziativa economica privata, ma piuttosto sovventore e partecipe di quella iniziativa, al fine di predisporre gli investimenti più rilevanti, tali da migliorare la produzione e quindi aumentare i profitti; Scialoja vi mette accanto uno Stato riformatore, nel quale la classe di operai e braccianti doveva trovare il

³⁰ *Op. cit.*, 121.

³¹ *Op. cit.*, 133.

³² *Op. cit.*, 158 ss.

³³ *Op. cit.*, 224 ss.

modo di sopperire largamente ai bisogni elementari della sopravvivenza. Non dunque mera socializzazione delle perdite e privatizzazione dei guadagni, ma ragionevole ed equa solidarietà e pacificazione tra le classi. È un programma di marca liberale ma non liberista, molto vicino a quello dei radicali di stampo francese.

La “civiltà” liberale si trova però ad un bivio: o concedere maggiori diritti alle classi meno abbienti e attuare riforme consistenti di natura sociale, oppure sopprimere la democrazia a vantaggio dei poteri economici e delle frange politiche illibertarie³⁴.

7. *Le basi giuridico-economiche della dittatura*

La scelta cade, tragicamente, per la seconda alternativa.

E sia che si ritenga che le basi economiche del fascismo costituirono la ragione fondante del successo della dittatura³⁵, attraverso l'ideologia corporativa, sia che si ritenga che il sistema funzionò perché fondato sull'austerità³⁶, l'apparato economico si è basato sulla continuità delle leggi interventiste, cioè su un sistema di intervento dello Stato nell'economia che ha proseguito il trend avviato con le leggi prebelliche e con la legislazione di emergenza del periodo bellico. Parsimonia, lavoro, disciplina sono le parole che dipingono il regime dell'austerità in Italia: l'austerità fiscale, con quella industriale e quella monetaria, corroborate dalla sconfitta della classe lavoratrice, alla quale si tagliano i salari e si soffocano le libertà sindacali, sono la molla per l'incremento di profitti e ricavi³⁷. L'austerità ha comportato l'intervento attivo dello Stato per rafforzare l'accumulazione capitalistica attraverso le privatizzazioni, il salvataggio dei complessi finanziari e industriali, la deflazione monetaria e il controllo coercitivo del lavoro. Il paravento dello Stato, al quale vengono convogliati gli interessi di padroni e lavoratori, capitalisti e risparmiatori, diviene il vessillo del corporativismo. L'intervento dello Stato nell'economia viene proclamato con la Carta del Lavoro, con la Dichiarazione IX, ove si parla di controllo, incoraggiamento e gestione diretta del mer-

³⁴ COSTA, *Civitas*, vol. 3, Roma-Bari, 2001, 245 ss.

³⁵ In questo senso EINZIG, *Le basi economiche del fascismo*, (1934), trad. it. a cura di MARCO SABA, s.l.d.

³⁶ MATTEI (CLARA), *Operazione austerità*, Torino, 2022.

³⁷ MATTEI, *op. cit.*, 203 ss.

cato³⁸. E Pergolesi potrà sostenere che la fase della libera concorrenza «operante nella pienezza della sua concezione privatistica, ...non [è]più rispondente alla naturale evoluzione dei rapporti economici»³⁹. Si delinea così il nuovo ordine economico che porta alla unificazione dei codici, «un ordine non più affidato all'automatismo degli interessi particolari, ma alla autodisciplina delle categorie, secondo le direttive politiche unitarie dello Stato» (Rel. Ministro Guardasigilli, n. 806).

L'intervento dello Stato nell'economia sarà poi ulteriormente rafforzato nella Repubblica sociale, con il Manifesto di Verona (Dichiarazione XII), con la distinzione di imprese private socializzate in mano allo Stato e imprese partecipate dai lavoratori, e con il decr. leg. del Duce del 12 febbraio 1944, n. 375⁴⁰. Gli ultimi rigurgiti della politica economica fascista vedono una maggior tutela degli interessi dei lavoratori e una particolare attenzione alle cooperative, nell'ambito di un programma di riforma dell'ordinamento corporativo. Ma si è ormai alla fine della guerra, alla fine della dittatura, e alla rinascita del libero mercato.

Il codice civile contiene ancora segni di questa economia statalista, dalla disciplina degli ammassi alle requisizioni, alla minima unità culturale, oltre che ai principi diffusi qua e là della solidarietà corporativa. E non è un caso che la stessa Costituzione non preveda, al di là della disciplina della libertà dell'iniziativa economica, accenni al libero mercato, che era estraneo alla cultura dell'epoca⁴¹. Occorrerà attendere i provvedimenti dell'Unione europea e la introduzione della legge sulla concorrenza (del 1990 n. 287) per creare anche nel nostro Paese una disciplina organica del libero mercato; ed ancora altri decenni per lo smantellamento del sistema bancario fondato sulle leggi del 1936 e del 1938.

³⁸ V. SPIRITO, *Capitalismo e Corporativismo*, Firenze, 1933, 57 ss.; PERGOLESI, *Diritto corporativo*, Torino, 1935, 31.

³⁹ PERGOLESI, *op. cit.*, 31.

⁴⁰ BONINI, *La Repubblica sociale italiana e la socializzazione delle imprese. Dopo il codice civile del 1942*, Torino, 1993, 225 ss.

⁴¹ L. GIANNITI, *Note sul dibattito alla Costituente sulla "costituzione economica"*, in *Diritto pubblico*, 2000, 1; I. MUSU, *Gli aspetti economici della Costituzione italiana: è superato l'art. 41?*, in *Note di lavoro* n. 3, Università Ca' Foscari, Venezia, 2008; P. CIOCCA, *Un nuovo diritto per l'economia italiana*, in *ApertaContrada*, 5 dicembre 2008 ...; I. IRTI, *L'ORDINE GIURIDICO DEL MERCATO*, Roma-Bari, 1999; CAPRIGLIONE, *Misure anticrisi tra regole di mercato e sviluppo sostenibile*, Torino, 2010; Id., *Mercato, regole e democrazia. L'UEM tra euroscetticismo e identità nazionali*, Torino, 2013.

Abstracts

La legislazione di guerra ha rappresentato una vera e propria rivoluzione nell'ambito del diritto privato, in cui si sono per la prima volta affacciati provvedimenti riguardanti la contrattazione di beni e servizi fino ad allora affidati alla libera contrattazione delle parti. Accanto agli interessi dei privati, alla cui disciplina erano destinate le regole del codice civile, la legislazione speciale ha collocato l'interesse pubblico e l'interesse sociale, ampliando quindi gli orizzonti del diritto privato. L'intervento dello Stato nel settore delle locazioni delle case di abitazione e degli affitti agrari, per tutelare il contraente debole, nella proprietà immobiliare e mobiliari per sanzionare gli stranieri appartenenti agli Stati nemici, e ancora nelle confische e negli ammassi, per agevolare l'economia di guerra, ha avviato la presenza dello Stato nell'economia. Vi è una continuità tra questo tipo di interventi, originariamente destinati a cessare con la cessazione delle ostilità, e il governo del mercato, in cui lo Stato, nel primo dopoguerra, ha continuato a svolgere una doppia funzione, di regolatore e di operatore in concorrenza con i privati. La situazione non si è modificata, anzi, si è maggiormente rafforzata con l'avvento del Fascismo e con la crisi del 1929.

The legislation of war represented a real revolution in the field of private law, in which provisions concerning the contracting of goods and services, hitherto left to the free negotiation of the parties, appeared for the first time. Alongside the interests of private individuals, for which the rules of the civil code were intended, special legislation placed the public interest and the social interest, thus broadening the horizons of private law. The intervention of the state in the area of house leases and agrarian rents, to protect the weaker party, in real estate and movable property to sanction foreigners belonging to enemy states, and again in confiscations and hoardings, to facilitate the war economy, initiated the presence of the state in the economy. There is a continuity between this type of intervention, originally intended to cease with the cessation of hostilities, and the government of the market, in which the state, in the early post-war period, continued to play a dual role, as regulator and operator in competition with private individuals. The situation did not change, on the contrary, it became even stronger with the advent of Fascism and the crisis of 1929.

Per una rilettura del *Silete theologi in munere alieno*
(*De iure belli libri tres*, I.XII) di Alberico Gentili

Giovanni Minnucci

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le prime opere di Alberico Gentili: spunti di riflessione dalla lettura dei *Dialogi* (1582) e del *De legationibus* (1585). – 3. La polemica col teologo puritano John Rainolds (1593-1594). – 4. *Silete theologi in munere alieno*: diritto teologia e religione nel *De iure belli* (1598); il *Sileant theologi* del *De nuptiis* (1601). – 5. Una elaborazione teorica conclusiva nel I Libro del *De nuptiis* (1601): le competenze del teologo e del giurista alle prese con la *secunda tabula* del *Decalogo*.

1. *Premessa*

È stato affermato che alla scienza dello *ius publicum europaeum* deve essere rivendicato¹ il *silete theologi in munere alieno* vergato da Alberico Gentili al termine del capitolo XII del I Libro del *De iure belli*². Si sarebbe così ottenuta la separazione della scienza del diritto dalla teologia, e la creazione dello Stato moderno come luogo di neutralizzazione del conflitto religioso che aveva sconvolto l'Europa: sconvolgimenti che, per lungo tempo, avrebbero continuato a caratterizzarne la storia. L'apostrofe del giurista italiano riformato, più volte riutilizzata e commentata da parte di studiosi delle più diverse vocazioni³, ha spesso indotto la storiografia ad approfondire il pen-

¹ C. SCHMITT, *Der nomos der Erde in Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Köln 1950 (trad. it. di E. CASTRUCCI, *Il Nomos della terra nel diritto internazionale dello jus publicum europaeum*, cur. F. VOLPI, Milano, 1991). Sul punto cfr., ad es., G. ITZCOVICH, *Il nomos della terra e la polemica con il positivismo giuridico*, in *Jura Gentium*, 2007, consultabile in: <https://www.juragentium.org/topics/thil/it/itzcovic.htm>; S. PIETROPAOLI, *Mitologie del diritto internazionale moderno. Riflessioni sull'interpretazione schmittiana della genesi dello jus publicum europaeum*, in *Quaderni Fiorentini*, 2008, 480, 490.

² A. GENTILIS *De iure belli libri III*, Hanoviae, excudebat Guilielmus Antonius, 1598, 92.

³ La letteratura risulta amplissima. L'espressione gentiliana è stata utilizzata come titolo anche per gli Atti di un Convegno internazionale all'interno dei quali si leggono numerosi contributi sul tema: *Silete theologi in munere alieno. Alberico Gentili e la seconda Scolastica. Atti del Convegno Internazionale*, (Padova, 20-22 novembre 2008), a cura di M. FERRONATO e L. BIANCHIN, Padova, 2011 ("Biblioteca di Lex Naturalis").

siero gentiliano sul rapporto tra diritto, teologia e religione⁴ e a studiare le opinioni di quei giuristi e teologi suoi predecessori e contemporanei, ai quali il Gentili fa spesso riferimento, anche per ampliare l'oggetto della sua indagine ai rapporti tra foro della coscienza e foro esterno⁵: temi e problemi affrontati in più opere precedenti il *De iure belli* o, ad esso, di poco successive.

Quella notissima espressione è posta a conclusione di una serie di capitoli dedicati, più o meno direttamente, ai rapporti fra diritto e religione, nei quali l'argomento risulta circoscritto al tema della guerra⁶, ed è stata oggetto, non molti anni or sono, di nuove interpretazioni circa gli effettivi destinatari⁷. Edita nel 1598⁸, quest'opera

⁴ Cfr., ad esempio, D. PANIZZA, *Alberico Gentili, giurista ideologo nell'Inghilterra elisabettiana*, Padova 1981, 55-87 e, da ultimo, ID., *Alberico Gentili e la Scuola di Salamanca. Un contrasto di paradigma*, in *Silete theologi*, cit., 163-183, dove ulteriori indicazioni bibliografiche relative ai contributi dello stesso autore sul tema; cfr., inoltre, G. MINNUCCI, «*Silete theologi in munere alieno*». *Alberico Gentili tra diritto, teologia e religione*, Milano, 2016 e, da ultimo, R. DOMINGO and G. MINNUCCI, *Alberico Gentili and the Secularization of the Law of Nations*, in *Christianity and Global Law*, ed. by R. DOMINGO and J. WITTE Jr., Abingdon-New York, 2020, 98-111, tutti con ampie indicazioni bibliografiche.

⁵ Cfr., ad esempio, G. MINNUCCI, *Foro della coscienza e foro esterno nel pensiero giuridico della prima Età moderna*, in *Gli inizi del diritto pubblico europeo*, 3. *Verso la costruzione della modernità. Die Anfänge des öffentlichen Rechts*, 3. *Auf dem Wege zur Etablierung des öffentlichen Rechts zwischen Mittelalter und Moderne*, (Trento 15-19 settembre 2009), (Annali dell'istituto storico italo-germanico in Trento, Contributi 25), a cura di/hrsg. von G. DILCHER, D. QUAGLIONI, Bologna/Berlin, 2011, 55-86; ID., *Alberico Gentili tra diritto e teologia*, in *Diritto e religione tra passato e futuro, Atti del Convegno Internazionale (Villa Mondragone - Monte Porzio Catone, Università di Roma "Tor Vergata", 27-29 novembre 2008)*, a cura di A.C. AMATO MANGIAMELI, M.R. DI SIMONE, Roma, 2010, 95-126.

⁶ A. GENTILIS *De iure belli*, cit., 59-92: I. IX: "An bellum iustum sit pro religione"; I. X: "Si Princeps religionem bello apud suos iuste tuetur"; I. XI: "An subditi bellent contra principem ex causa religionis"; I. XII: "Vtrum sint causae naturales belli faciendi". Sul pensiero gentiliano in relazione alla guerra di religione si veda, da ultimo, M. ROSA DI SIMONE, *La guerra di religione nel pensiero di Alberico Gentili*, in *Silete theologi*, cit., 94-111 e l'ampia bibliografia ivi indicata.

⁷ "...La frase in questione è formulata nel *De iure belli*, a conclusione di un argomento a supporto della guerra preventiva contro i Turchi, avendo in mente quei teologi i cui criteri di giusta guerra erano molto più restrittivi dei suoi. Ora, in questo contesto di discorso, l'intenzione dell'autore non era certamente quella di attaccare i teologi puritani, bensì i teologi della Scuola di Salamanca...". (D. PANIZZA, *Alberico Gentili e la Scuola di Salamanca. Un contrasto di paradigma*, in *Silete theologi*, cit., 166).

⁸ Sulle opere a stampa di Alberico Gentili si veda I. MACLEAN, *Alberico Gentili. His Publishers and the Vagaries of the Book Trade between England and Germany*, in

monumentale, destinata a diventare la più nota del giurista di San Ginesio, era stata preceduta da altri testi nei quali il rapporto fra diritto, teologia e religione era stato talvolta semplicemente accennato, talaltra più o meno ampiamente trattato. A tal fine bisognerà almeno rammentare, fra le opere che videro la luce, i *De legationibus libri tres* del 1585⁹, la *De iure belli Commentatio prima* del 1588¹⁰, la *Commentatio ad legem III. Codicis de professoribus et medicis* del 1593¹¹. Nel 1601, con la pubblicazione dei *Disputationum de nuptiis libri VII*, attraverso la stesura del I Libro intitolato *Qui est de interprete*, Alberico Gentili dirà una parola definitiva sul tema¹².

Quest'ultima fatica era stata preceduta, nel biennio 1593-1594, da un serrato e talvolta aspro confronto epistolare con John Rainolds¹³, il teologo puritano che fu, a lungo, suo acerrimo avversario e, nel 1598, dalla pubblicazione del *De iure belli*, al cui contenuto sul tema si è già fatto cenno¹⁴. Un confronto epistolare quello del 1593-1594 che, se da un lato faceva seguito alle prime posizioni assunte dal giurista di San Ginesio (1582-1593), dall'altro anticipava quelli che saranno i suoi definitivi convincimenti sul tema (1598-1601): un

Learning and the Market Place. Essays in the History of the Early Modern Book, Leiden, 2009, 291-337.

⁹ A. GENTILIS *De legationibus libri tres*, Londini, excudebat Thomas Vautrollerius, 1585.

¹⁰ Cfr. A. GENTILIS *De iure belli Commentationes duae*, Lugduni Batavorum, apud Iohannem de la Croy [ma London, John Wolfe], 1589.

¹¹ A. GENTILIS I. C. Professoris Regii *Ad tit. C. de maleficis et Math. et ceter. similibus Commentarius. Item argumenti eiusdem Commentatio ad l. III C. de professorib. et medic.*, Hanoviae, apud Guilielmum Antonium. Si veda, inoltre, J.W. BINNS, *Alberico Gentili in Defense of Poetry and Acting*, in *Studies in the Renaissance*, 1972, 247, che pubblica l'edizione annotata della *Commentatio ad l. III C. de professoribus et medicis* (229-250), e la corrispondente traduzione in lingua inglese (250-272).

¹² Segnalo i seguenti capitoli: "VIII. Distinguuntur ius diuinum et humanum; IX. De theologia et religione; X. Peritiores in secunda tabula Iurisconsulti; XI. Absurde tolli secundam tabulam Iurisperitis; XII. De lege ultima secundae tabulae; XV. De theologicis quaestionibus; XVI. De auctoritate theologorum" (cfr. A. GENTILIS *Disputationum de nuptiis libri VII*, Hanoviae, Apud Guilielmum Antonium, 1601, *ad ind.*; d'ora in poi *De nuptiis*, cit.). Sul rapporto fra diritto e teologia nel *De nuptiis* cfr., da ultimo, G. MINNUCCI, *Alberico Gentili iuris interpret della prima Età Moderna*, Bologna 2011 (Archivio per la Storia del diritto medioevale e moderno; Studi e Testi 16), 19-60, 173-182.

¹³ G. MINNUCCI, *Diritto e teologia nell'Inghilterra elisabettiana. L'epistolario Gentili-Rainolds (1593-1594)*, [Studi "Pietro Rossi", 5], Napoli, ESI, 2021).

¹⁴ Cfr. *supra*, n. 6.

dibattito privato, destinato di lì a poco a diventare pubblico, nel quale i due contendenti avevano avuto modo di esprimere, progressivamente affinandole, le rispettive idee. La recente integrale pubblicazione, in testo critico, dell'epistolario fra il giurista italiano e il teologo puritano consente, pertanto, integrando quanto si era già accertato, di tornare a riflettere sul percorso teorico compiuto da Alberico Gentili nel progressivo tentativo di individuare il discrimine fra diritto e teologia, e sulla reale portata di quella apostrofe (*Silete theologi in munere alieno*); un'espressione che ancora oggi viene talvolta utilizzata senza cogliere, in profondità, le grandi questioni che vi erano sottese e il lungo cammino compiuto dal giurista italiano: un percorso che, nelle sue linee fondamentali, si cercherà di illustrare in questo scritto.

2. *Le prime opere di Alberico Gentili: spunti di riflessione dalla lettura dei Dialogi (1582) e del De legationibus (1585)*

Giunto in Inghilterra, appena ventottenne, nel 1580, Alberico Gentili, che si era abbeverato alla scienza giuridica di tradizione italiana (*mos italicus*) elaborava un testo – i *De iuris interpretibus dialogi sex* (1582)¹⁵ – che, se da un lato avrebbe potuto accreditarlo come giurista di valore negli ambienti oxoniensi, nella speranza di poter ricoprire la prestigiosa cattedra di *regius professor* di *civil law* – il che avverrà nel 1587 – dall'altro generava non pochi dissensi negli ambienti umanistici d'Oltremania¹⁶. Circa il nostro tema va qui sottolineato il fatto che il Gentili suddivideva, nettamente, il diritto civile dal diritto canonico, affermando, contestualmente, che “*Iurisconsultum et iuris interpretem solis debere libris prudentiae civilis vacare*”¹⁷: affermazione anteposta a mo' di epigrafe al primo dei sei *Dialogi* nei quali, com'è noto, egli aveva sinteticamente espresso al-

¹⁵ Per l'edizione moderna cfr. A. GENTILIS *De iuris interpretibus dialogi sex. Ad exemplar prioris editionis edidit prolegomenis notisque instruxit* G. ASTUTI, praefatus est S. RICCOBONO, Torino, 1937. Su quest'opera si veda G. ASTUTI, *Mos italicus e mos gallicus nei dialoghi “De iuris interpretibus” di Alberico Gentili*, Bologna, 1937 (Biblioteca della “Rivista di storia del diritto italiano”, 16) = in *Riv. stor. dir. it.*, 1937, 149-207, 229-347.

¹⁶ Per queste avversità, soprattutto da parte di Jean Hotman, cfr. MINNUCCI, «*Silete theologi in munere alieno*», cit., 25-82.

¹⁷ A. GENTILIS *De iuris interpretibus dialogi sex*, cit., 3.

cuni dei suoi convincimenti circa il metodo del giurista. Una profonda conoscenza del *Corpus iuris civilis* e di quei grandi giuristi del passato come Accursio e Bartolo, che alla sua interpretazione avevano dedicato ogni loro energia (“quia toti erant in iure dies ac noctes”)¹⁸, erano dunque i requisiti necessari e sufficienti per l’esercizio della sua professione; al contempo, una non troppo raffinata conoscenza del latino e una contestuale e sostanziale ignoranza del greco, della storia, della dialettica e delle altre discipline alle quali gli umanisti si stavano alacremenente dedicando, non avrebbe inficiato la sua funzione di interprete del diritto¹⁹. In quest’ottica non v’era dunque, almeno apparentemente, nessuno spazio per le altre scienze, nemmeno per la teologia e per i libri sacri. Fonti, queste ultime, che il giurista di San Ginesio sembrava aver completamente escluso dall’orizzonte del giurista, ma che invece ampiamente utilizzava, nello stesso torno d’anni, nella stesura del *De papatu Romano Antichristo* (1580-1585/1591), opera per secoli inedita e solo recentemente data alle stampe²⁰, molto probabilmente concepita per dimostrare, in un ambiente che iniziava a manifestare alcune ostilità, la sua indiscutibile avversità al papato romano e la sua adesione alle dottrine riformate. Ostilità che si erano iniziate a palesare sin dall’inizio della sua vicenda inglese, e che si erano concretizzate alla metà degli anni Ottanta, subito dopo la stesura della dedicatoria della *Legalium Comitiorum Oxoniensium Actio* (1585) – che aveva generato le rimozioni del Rainolds per l’*italica levitas* che l’avrebbe caratterizzata²¹ – e la pubblicazione del *De legationibus*: testo che si caratterizzava anche per l’apprezzamento dell’opera di Niccolò Machiavelli²² – au-

¹⁸ Ivi, 4.

¹⁹ Sommarariamente riassumendolo era questo il contenuto degli ulteriori 5 titoli dei *Dialogi* (cfr. A. GENTILIS *De iuris interpretibus dialogi sex*, cit., 45, 85, 115, 149, 189).

²⁰ ALBERICI GENTILIS *De Papatu Romano Antichristo recognovit e codice autographo bodleiano D’Orville 607* GIOVANNI MINNUCCI (Archivio per la Storia del diritto medievale e moderno; Studi e Testi, 17), Milano, 2018. Per l’illustrazione dell’opera, e per i probabili motivi della sua mancata pubblicazione da parte dell’A., sia consentito rinviare ai *Prolegomena*, I-CLXII.

²¹ Lo si deduce dalla lettura di due epistole del 25 gennaio (di Rainolds a Gentili) e dell’8 febbraio 1594 (di Gentili a Rainolds). Cfr. MINNUCCI, *Diritto e teologia*, cit., XVIII-XIX, 106, 211.

²² L’accusa di *macchiaelicus* che verrà a rivolta dal Rainolds a Gentili (cfr. MINNUCCI, «*Silete theologi in munere alieno*» cit., 164), ha origine quasi certamente dalla let-

tore assolutamente invisibile al Rainolds – e per i convincimenti di Gentili in relazione ai rapporti fra diritto, teologia e religione. Un tema, quello delle ambascerie, che non poteva essere illustrato alla luce della sola dottrina giuridica preesistente, ma anche grazie all'acquisizione, da parte di Gentili, del convincimento che il giurista, per svolgere pienamente il suo compito, aveva una ineludibile necessità di aprirsi umanisticamente alle altre scienze e discipline: un metodo che caratterizzerà la sua successiva produzione scientifica²³.

Non v'è dubbio che il *De legationibus* abbia avuto minore fortuna rispetto al *De iure belli*: testo pubblicato, com'è noto, ben tredici anni dopo la stesura del contributo gentiliano sugli ambasciatori; nondimeno alcuni passaggi relativi al nostro tema meritano di essere sottolineati perché dimostrano l'esistenza di un filo logico, e di una unità di pensiero che caratterizzerà a lungo la produzione scientifica di Gentili sul rapporto fra diritto, teologia e religione.

Sotto il titolo *De legationibus criminis* (II.XI) il giurista italiano in esilio si domanda, infatti, se coloro i quali risultano rei di crimini contro la religione possano legittimamente svolgere la funzione di ambasciatori, giungendo alla conclusione che la *causa religionis* non può condizionare in alcun modo i loro diritti²⁴; non debbono esserci quindi barriere diplomatiche dettate dalle differenze religiose. Non v'è dubbio – come lo stesso Gentili ricorda – che la prassi, ormai instauratasi, di ambascerie fra Sovrani di religioni diverse sia un

tura del *De legationibus*, III. IX (ma una citazione, in margine, anche in III.VIII), dove il giurista di San Ginesio loda i *Discorsi* del pensatore fiorentino che costituiscono il modello per trattare le questioni etiche e politiche sotto il profilo metodologico (cfr. ivi, 84, 88-89, con rinvii alle posizioni assunte dal Rainolds; A. GENTILIS, *De legationibus libri tres*, cit., 107-111).

²³ Per un quadro d'insieme cfr., da ultimo, G. MINNUCCI, *Alberico Gentili (1552-1608)*, in *Law and the Christian Tradition in Italy, the legacy of the great jurists*, a cura di O. CONDORELLI, R. DOMINGO, London-New York, 2020 ("Law and Religion"), 281-296; ID., *Alberico Gentili a Oxford. L'esperienza, le controversie, il metodo, di un giurista italiano nell'Inghilterra elisabettiana*, in *Iura communia. Scritti in ricordo di Mario Montorzi*, a cura di D. EDIGATI, M.P. GERI, Pisa, 2022, 419-452, in part., 437-443, entrambi con ampie indicazioni bibliografiche.

²⁴ A. GENTILIS *De legationibus libri tres*, cit., II. XI, 62-63: "...Finis huius tractatus, quo causas explicamus, propter quas legatis iura non tribuuntur legationum, duas dabit mihi residuas quaestiones. Atque una de excommunicatis est: altera de eo homine, qui in principem aliquid ante commisit, quam ad illum legationem suscepit... Et ita sane iudico, ne propter religionis disidia debeant iura legationum conturbari...".

fatto consolidato²⁵, ma vi sono anche ragioni più profonde che sorreggono i suoi convincimenti.

Uno degli argomenti che il Nostro giurista utilizza a sostegno del suo punto di vista, e che esporrà pochi anni dopo anche nella *De iure belli Commentatio prima*, è costituito dalla convinzione che il diritto religioso disciplini esclusivamente i rapporti fra gli uomini e Dio, un diritto che, pertanto, non può interferire nelle relazioni umane²⁶: “...Secundum argumentum, quo ego in istam definitionem inclino, illud est: quia religionis ius hominibus cum hominibus non est, sed cum Deo. Cum Deo enim communio nobis religione intercedit: nam haec est inter homines, et Deum. ratio: quia est religio scientia diuini cultus, et habitus obseruantiae eius, quo habitu nos cum Deo deuincimur et religamur...”.

La religione, infatti, riguarda unicamente il culto divino e l’osservanza di quei precetti che a ciò ineriscono direttamente, talché i rapporti umani all’interno della comunità sotto il profilo religioso vengono disciplinati solo in ragione dei vincoli instaurati dalla stessa con Dio. Né la *communio* fra gli uomini e Dio potrebbe essere regolata dal diritto naturale che, alla luce della definizione che si rinviene

²⁵ *Ibid.*, II, XI, 63: “...Equidem scimus, Venetorum legationes ab aliis Christiani nominis principibus eodem illo tempore admissas, nunc a Pontificiis admitti, quae a Protestantibus proficiscuntur: et contra. Est et cum Maumethistis commercium legationum. Et ita sane iudico, ne propter religionis disiidia debeant iura legationum conturbari. Primum quia et nunc apud omnes sic agitur, et olim quoque actum est semper. Dixi de iis, qui se Christianos profitentur. Res explorata est, quod habent ius legationis apud Turcam Persae, qui haeretici apud Turcam sunt. De Iudaeis, qui alios, et Israelitas legationes admiserint, quid narrem, quod ignorat nemo? ...”.

²⁶ *Ibid.*, II, XI, 63, con rinvio *in marg.*: Pi. gr. 4. c. 35. Mor. Phi. (*Vniversa philosophia de Moribus*. FRANCISCO PICCOLOMINEO *senense*, in *Academia Patavina philosopho primo in Gradus decem redacta*, Venetiis, apud Franciscum de Franciscis Senensem, 1594, 182, lett. A). Gentili esprimerà gli stessi concetti pochi anni dopo scrivendo la *De iure belli Commentatio prima* (A. GENTILI *De iure belli Commentationes duae*, Lugduni Batavorum, apud Iohannem de la Croy [ma London, John Wolfe], 1589, *Commentatio prima*, D3ii, ma E3ii), ove un esplicito rinvio al *De legationibus* e, ancora più avanti, nell’epistola indirizzata al Rainolds il 22 novembre 1593 (MINNUCCI, *Diritto e teologia*, cit., 66, n. 69), nel *De iure belli* (A. GENTILI *De iure belli*, Hanoviae, excudebat Guilielmus Antonius, 1598, I.IX, 64-65) e, infine, nel *De nuptiis* (A. GENTILI *De nuptiis*, cit., 43, “De theologia, et religione, Cap. viiii”). – Per un approccio interpretativo a questo percorso gentiliano cfr., da ultimo, G. MINNUCCI, «*Bella religionis causa mouenda non sunt*». *La libertas religionis nel pensiero di Alberico Gentili*, in *Nuova Rivista Storica*, 2018, 993-1018.

nelle fonti (*Dig.* 1.1.1.3) – fonti che peraltro Gentili esplicitamente non cita²⁷ – è ciò che la natura insegna a tutti gli esseri animati non esclusi, ovviamente, gli animali: fra questi ultimi e gli uomini non vi è, infatti, alcuna *communio*. Il diritto religioso, in conclusione, se regola i rapporti umani, non contempera le relazioni fra gli uomini, ma quelle fra loro (intesi come singoli o come comunità) e Dio²⁸. Ne consegue che risultano del tutto illecite le guerre mosse per causa di religione (*Bella religionis causa mouenda non sunt*)²⁹: concetti appena accennati, che Alberico avrà modo di approfondire nel decennio successivo³⁰, sui quali pertanto si potrà tornare nuovamente a riflettere.

²⁷ Vi farà ancora riferimento nel 1594 nell'epistolario col Rainolds, nel *De nuptiis*, e le alleggerà nel *De iure belli* (cfr. *infra*, nn. 28, 30). Il testo di *Dig.* 1.1.1.3 così corre: "Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est..."; nonché *Inst.* 1.2.

²⁸ A. GENTILIS *De legationibus libri tres*, cit., II. XI, 63-64: "...At istam communionem, et ius istud inter homines non est: nisi tu communionem, sic accipis ut in iure naturali dicitur, quod non hominum modo est sed et brutorum omnium animalium: ut enim illud non est, quia ipso inter bruta et homines iudicetur, sed quoniam in ipsum tum homines, tum bruta mouentur: ita et ius religionis inter homines sit, non quod homines hominibus ea obstringat, verum quia omnes erga Deum religionem profitentur. Quid haesitamus? Patet rem ita esse: nam religio ex hominibus non est: neque nisi ad Deos Ethnici retulerunt. Itaque non est iuris gentium communio. Haec enim naturali ratione est. Et si haec ita sunt, qui ex religionis dissidio iura gentium violantur? Qui pereunt legationes? ...". Si veda, per l'esposizione di analoghi concetti, il I Libro di *De nuptiis*, cit., I. VII, 38: "... Quia ius non sit, ubi communio non est. Et nobis cum brutis nulla communio est. Et erit igitur ius humanum, quod inter homines est. Ius autem diuinum, quod est, non dico inter Deos, ut olim ex parte aliqua dixissent ethnici... Sed quod est inter personas Trinitatis sanctissime, et quod inter Deum, et hominem est...".

²⁹ A. GENTILIS *De legationibus libri tres*, cit., II. XI, 64.

³⁰ Cfr., ad esempio, l'epistola di Gentili al Rainolds, dell'8 febbraio 1594: "...et sic ingeniosissimus Hotomanus, dum non uidet, brutis et hominibus, inter bruta et homines ius esse, aut legem ullam, disputat contra illam definitionem iuris naturalis, *ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit* (*Dig.* 1.1.1.3, *Inst.* 1.2): quia ius non sit, ubi communio non est: et nobis cum brutis nulla communio est: nullum igitur nobis cum brutis ius: nullum igitur ius naturale..." (MINNUCCI, *Diritto e teologia*, cit., 226); nonché A. GENTILIS *De iure belli*, cit., I. XXV, 202: "Sic est non modo ciuile ius sponso, et vinculum inter ciues, et ius gentium inter gentes, sed et naturale hominum inter homines. Et nostri legum conditores non fuerunt reprehendendi: qui ius definierint naturale, quod natura omnia animalia docuit. Etsi non sit tamen ius, id est communio, homines inter et animalia...". *in marg.*: "l. i. de legi. (*Dig.* 1.3.1); l. i. de iust. (*Dig.* 1.1.1); *Inst.* de iu. na. (*Inst.* 1.2); ubi Hot. (F. HOTMANNI *Commentarius renovatus in Institutiones Iustiniani*, I, 2, in *Opera*, II, coll. 19ab, 22b, 24a)".

3. *La polemica col teologo puritano John Rainolds (1593-1594)*

I dissensi del Gentili con gli ambienti teologici risalenti alla metà degli anni Ottanta, ovviamente sopiti allorché il giurista si era trasferito in Germania al seguito di Orazio Pallavicino, erano destinati di lì a poco a riemergere in tutta la loro complessità subito dopo il suo rientro in Inghilterra, al momento in cui gli veniva conferita la titolarità della cattedra di regio professore di *civil law* a Oxford (1587). È ormai accertato, infatti, che tra la fine degli anni Ottanta e l'inizio degli anni Novanta, subito dopo la pubblicazione delle *De iure belli commentationes* (1588-1589), si apriva una polemica fra Gentili e Rainolds, in relazione al tema del *mendacium*³¹ cui seguiva, poco dopo, uno scontro ancora più aspro relativo alle rappresentazioni teatrali.

Risale ai primi anni Novanta, infatti, la controversia sugli spettacoli teatrali fra William Gager e John Rainolds relativa alla legittimità, da parte degli attori, di ricoprire ruoli e di indossare vesti femminili (si ricordi che alle donne era proibito calcare le scene), in violazione delle disposizioni del Deuteronomio (*Deut.* 22.5)³². Subito dopo, nel giugno 1593, Alberico Gentili pubblicava la *Commentatio ad legem III. Codicis de professoribus et medicis*³³ nella quale non solo implicitamente difendeva la posizione del Gager, ma metteva in discussione la possibilità che i teologi potessero occuparsi legittimamente della questione oggetto di dibattito, giungendo fino al punto di sostenere che, mentre da un lato riconosceva senza dubbio l'influenza che l'elaborazione teologica avrebbe potuto esercitare sul suo pensiero in materia religiosa, una analoga importanza non avrebbe potuto attribuirgli *in re morali et politica*³⁴: come nelle sue

³¹ Cfr. MINNUCCI, *Diritto e teologia*, cit., XXV, n. 22 ove rinvio all'epistola di Rainolds a Gentili del 12 marzo 1594: "Principio igitur, in capite de mendacio, praecipua et primaria nobis quaestio fuit...".

³² Su tutto il punto, anche per i riferimenti bibliografici, cfr. J. W. BINNS, *Women or Transvestites on the Elizabethan Stage? An Oxford Controversy*, in *Sixteenth Century Journal*, 1974, 95-120.

³³ Edizione critica e traduzione in lingua inglese in BINNS, *Alberico Gentili in Defense*, cit., 224-272.

³⁴ "Nam qui histrioniam omnem sublatam esse volunt, hi auctoritate theologorum magis moventur. Ego vero ut theologorum auctoritate in re religionis valde moveor, ita in re morali, aut politica non valde..." (cfr. A. GENTILI *Commentatio ad l. III Codicis de*

precedenti pubblicazioni (*De legationibus* e *De iure belli Commentatio prima*), egli continuava nettamente a distinguere il *ius religionis* dal *ius humanum* individuando il discrimine fra i due diritti nei soggetti fra i quali si sarebbe instaurato il rapporto. Il *ius religionis*, dal suo punto di vista, avrebbe regolato unicamente le relazioni degli uomini con Dio e non quelle fra gli uomini per le quali occorreva far ricorso al *ius humanum*³⁵.

Il fatto che Gentili esprimesse da lungo tempo il suo punto di vista sui rapporti fra diritto, teologia e religione non era passato inosservato agli occhi attentissimi del Rainolds il quale, peraltro, aveva ben presente la precedente produzione scientifica del giurista di San Ginesio perché anche ad essa, nel corso della polemica, farà più volte riferimento. Il fuoco, che stava covando da tempo sotto la cenere, non aspettava che di essere nuovamente ravvivato, e la polemica fra Gager e Rainolds, cui si aggiungeva subito dopo Alberico Gentili, aveva contribuito, e non poco, a far sviluppare definitivamente l'incendio dando vita ad un vero e proprio scontro, condotto in punta di penna, fra il giurista italiano esule in Inghilterra e il teologo puritano, attraverso una corrispondenza privata che prenderà avvio con un'epistola di Gentili a Rainolds del 7 luglio 1593, e che si chiuderà, almeno sotto il profilo delle relazioni epistolari, con una missiva del 12 marzo 1594 del teologo puritano al giurista italiano³⁶.

Il progressivo e articolato sviluppo della controversia, ancorché verificatosi nello spazio di nove mesi, pur prendendo le mosse dai temi ai quali si è fatto cenno poc'anzi (le rappresentazioni teatrali e il mendacio), si era talmente ampliato da condurli a confrontarsi, attraverso un dibattito sempre più aspro, sul terreno difficile e impervio che costituiva il fondamento delle loro divergenze: quello di determinare cioè, come aveva efficacemente scritto Gentili, l'8 febbraio 1594, nella sua ultima epistola al Rainolds, chi fosse maggiormente competente, come teologo e come giurista, a occuparsi dei precetti divini relativi alle relazioni umane contenuti nelle Tavole della Legge: "Supradictæ quæstiones, ut dixi, traxerunt ad alias, et illam grauissi-

professoribus, cit., in BINNS, *Alberico Gentili in Defense*, cit., 247, e la corrispondente traduzione in lingua inglese, 269).

³⁵ Per il passo tratto dal *De legationibus*, richiamato da Gentili nella *De iure belli Commentatio prima* cfr. *supra*, n. 26.

³⁶ Cfr. MINNUCCI, *Diritto e teologia*, cit., 3-273. Per i rinvii, da parte del Rainolds, alle precedenti opere gentiliane cfr. *ivi*, XXIV, n. 19.

mam, si secunda tabula legum diuinarum ad nos iurisconsultos pertineat magis, quam ad uos theologos”³⁷. Basterà qui ricordare che Alberico Gentili riteneva che i teologi non fossero gli unici interpreti della Sacra Scrittura, e che la stessa – come affermava nella corrispondenza col teologo inglese risalente al luglio 1593 – potesse essere del tutto legittimamente fatta oggetto di studio anche da parte dei giuristi. I testi sacri, pertanto, dovevano essere ritenuti comuni ad entrambe le categorie di studiosi, con la precisazione che ai giuristi doveva essere riconosciuta una maggiore competenza in relazione ai precetti regolatori dei rapporti fra gli uomini³⁸. Un punto di vista che il giurista di San Ginesio confermerà, restando pienamente convinto delle sue ragioni, attraverso nuove argomentazioni che illustrerà nel prosieguo della corrispondenza col Rainolds. Muovendo dalla bipartizione delle Tavole della Legge contenenti, la prima, i precetti divini relativi ai rapporti fra Dio e l’uomo (diritto divino) e, la seconda, quelli relativi ai rapporti fra gli uomini (diritto umano)³⁹, giungerà alla conclusione che ai teologi, sommi interpreti della Sacra Scrittura, deve essere riconosciuta la competenza a studiare ed interpretare i precetti divini regolatori dei rapporti fra l’uomo e Dio, mentre ai giuristi che, *ratione subiecti* (l’uomo e le sue azioni) e *ratione finis* (il diritto umano), sono ritenuti competenti ad interpretare le norme regolatrici delle relazioni umane⁴⁰, resterà il compito, anche alla luce

³⁷ Ivi, 225.

³⁸ “... at moralia, et politica Sacrorum Librorum aut nostra existimavi, aut certe communia nobis, et theologis...; Communes sunt sacri libri; et in his, quae spectant ad secundam tabulam, nostri magis, quam vestri...” (ivi, XXVI, n. 23).

³⁹ Ivi, 225-226: “...Supradictae quæstiones, ut dixi, traxerunt ad alias, et illam grauissimam, si secunda tabula legum diuinarum ad nos iurisconsultos pertineat magis, quam ad uos theologos. Aio ego, Negas tu. et quæstio est non de simplicibus, et catechistica interpretatione, instructione, inculcatione; sed de grauiori, subtiliori, difficiliore, excellentiori. et licet tu meum paradoxon absurdum dicas, meo tamen nondum respondes argumento: quod hoc fuit, Humanum ius tractant sic iurisconsulti, non theologo: Se<d> secunda tabula est ius humanum: ergo secundam tabulam sic tractant iurisconsulti, non theologo. Atque assumptionem ita confirmabam, Quod est ius inter hominem et hominem, humanum est: sed secunda tabula hoc ius est inter hominem, et hominem: ergo secunda tabula ius humanum est...”. Una posizione analoga era stata assunta dai giuristi luterani all’inizio della Riforma; cfr. J. WITTE jr., *Diritto e protestantesimo. La dottrina giuridica della Riforma luterana*, Macerata, Liberilibri, 2012 (Oche del Campidoglio 108), 26-27.

⁴⁰ MINNUCCI, *Diritto e teologia*, cit., 284: “...Si ars, uel scientia theologorum distinguitur ab arte iurisconsultorum, fine distinguitur, subiecto distinguitur. Sed hoc iuri-

dei precetti della Scrittura, di definire quelle stesse problematiche sotto il profilo del diritto.

Una posizione questa che il Rainolds, recisamente, non condivideva. Il teologo puritano, infatti, contestava al giurista italiano la sua incompetenza in relazione all'interpretazione dei libri sacri. E lo faceva alla luce delle affermazioni contenute nei *Dialogi*⁴¹: come avrebbe potuto studiare seriamente la Sacra Scrittura colui che aveva affermato di dedicarsi ai soli libri della *prudentia civilis*, che aveva ritenuto superflua la conoscenza del greco, della dialettica, della storia: competenze che sant'Agostino aveva ritenuto ineludibili per coloro che avessero voluto seriamente studiare la Parola di Dio?

Il Rainolds, inoltre, dopo aver accusato il giurista di San Ginesio di *immodestia* e di *impietas*, affermava che l'interpretazione delle Scritture doveva restare di esclusiva competenza della teologia, l'unica disciplina da considerare *fidei et vitae magistra*⁴². Fra i testi trasmessi dai Libri sacri era ovviamente annoverato il *Decalogo*, per la cui interpretazione il Rainolds continuava a ritenere fondamentale l'elaborazione teologica: per volontà divina i teologi, *praecipui interpretes*, avrebbero avuto il compito di spiegare alla Chiesa e al Po-

sconsultorum est ius humanum, diuinum theologorum: finis iurisconsultorum homini hominem, finis theologorum deo hominem coniungere. ergo extra subiectum, et finem uestrum, et in nostris miscetis uos si in iure humano miscetis...”; analoghi concetti esprimerà nel *De nuptiis*, cit., I.VII, 37 (cfr. *infra*, nel testo, n. 61).

⁴¹ Queste opinioni il Rainolds le aveva formulate nella lettera a Gentili del 5 agosto 1593: “Quin et ipse, quum ‘Baldum, Bartolum, Accursium, commentariis ius uniuersum illustrasse’ perhibes, doces nullam partem sacrorum librorum (quid enim in Scripturas Baldus, cæterique?) vestri iuris esse. Quid? Quum contendis ‘nullam literarum Græcarum peritiā in iurisconsulto requiri’; ex dialectica ‘posse plurimum detrimēti et incommodi’ ad vos venire, ‘nihil boni’; ne historias quidem quicquam conferre: nonne sacros libros relinquis nobis integros, ad quorum ‘cognitionem Hebræa quoque lingua, nonmodo Græca, opus esse’; ac historiam, et dialecticam plurimum adiuuare, declarat Augustinus? Mihi vero videris hoc animo fuisse, quando, solis ‘libris prudentiæ civilis’, iurisconsultos hortatus ut ‘vacarent’; id te de solis Iustinianeis libris, et horum interpretibus, Accursianis et Alciateis, intelligere demonstrasti. Teque existimo, cum ius canonicum Canonistis, ut suam messem, assignaris; ac eos a Legistis, a Theologis autem utrosque distinxeris: omnino, sicut illis totum corpus iuris, alteris civilis, alteris canonici; ita nobis totum corpus Bibliorum attribuendum censuisse” (cfr. MINNUCCI, *Diritto e teologia*, cit., 27-28 ove, alle nn. 53-64, i rinvii ai passaggi dei *Dialogi* ai quali il teologo faceva rinvio; cfr. inoltre *supra*, n. 17).

⁴² Cfr. “Nam theologia, ut fidei, sic vitæ est magistra” (epistola del Rainolds a Gentili del 10 luglio 1593; ivi, 7-8).

polo, attraverso la loro funzione interpretativa, i precetti contenuti non solo nella *prima*, ma anche nella *secunda tabula*⁴³: “...Ac ego theologorum potius sententiæ credendum esse confirmavi, quod hi sint ‘præcipui secundæ tabulæ interpretes’. Præcipui quippe sunt, quos Deus instituit, ut eam ecclesiæ populoque suo ‘publice explicarent’...”.

Due posizioni indiscutibilmente contrastanti e diametralmente opposte, che ben difficilmente sarebbe stato possibile comporre, e che denotavano, com'è evidente, non solo una diversa concezione del rapporto fra diritto e teologia, ma anche una diversissima opinione circa il ruolo, le funzioni e le competenze del teologo e del giurista⁴⁴.

4. Silete theologi in munere alieno: *diritto, teologia e religione nel De iure belli* (1598); *il Sileant theologi del De nuptiis* (1601)

Nel 1598 Gentili, riprendendo e sviluppando i concetti già espressi nelle *Commentationes De iure belli* pubblica i *De iure belli libri tres*: opera nella quale, ampliando le sue riflessioni, conferma il suo punto di vista sui rapporti fra diritto, teologia e religione già espresso nelle opere precedenti (*De legationibus*, *De iure belli Commentatio prima*).

Prima ancora di esaminare il pensiero gentiliano in relazione al tema che qui ci interessa, appare opportuno soffermarsi sull'idea di religione espressa nella sua opera dal giurista di San Ginesio⁴⁵:

⁴³ Epistola di Rainolds a Gentili del 12 marzo 1594 (ivi, 269).

⁴⁴ La corrispondenza fra Gentili e Rainolds, però, non era rimasta racchiusa in un semplice scambio epistolare: gli accademici di Oxford ne erano venuti a conoscenza. Lo si può dedurre dalla conclusione dell'ultima epistola che Gentili aveva indirizzato al Rainolds (8 febbraio 1594) nella quale il giurista aveva contestato al teologo di aver reso parzialmente noto il loro rapporto epistolare, mostrando in pubblico il testo delle lettere che quest'ultimo gli aveva inviato. Ad Alberico, pertanto, per far conoscere le sue idee, non restava che assumere una pubblica presa di posizione in sua difesa, delle buone ragioni della *iurisprudencia* e di coloro che la professavano (MINNUCCI, *Diritto e teologia*, cit., XXVII-XXVIII). La conclusione della polemica verrà affidata da Gentili ad un *Discorso in difesa della iurisprudencia* redatto dopo il 12 marzo del 1594, conservato in Oxford, Bodleian Library, D'Orville 612, ff. 38v-40av+28r. Su tutto il punto cfr. MINNUCCI, «*Silete theologi in munere alieno*», cit., 147-180.

⁴⁵ A. GENTILIS *De iure belli*, cit., I. IX, 61. Su quest'opera la letteratura è amplissima. Mi limito ad indicare due “voci” recenti: G. MINNUCCI, *De Jure Belli Libri Tres*

“...Religio autem ab animo est, et voluntate; quae semper habet libertatem secum, ut est praeclare et a Philosophis et ab aliis, et a Bernardo explanatum in libro De libero arbitrio. Animusque noster, et quicquid est animi a principio, aut principe non mouetur externo. Et neque dominus est animae, nisi unus Deus; qui unus animam potest perdere. Scis?...”. Emerge, con indiscutibile chiarezza, la centralità della *libertas religionis*: una libertà che deriva dalla libera ed autonoma volontà dell’uomo il quale, in questa scelta, non può essere condizionato da alcuna potestà esterna, ad eccezione dell’unico Dio col quale si instaura il rapporto. Una relazione quella fra l’uomo e Dio che poco dopo viene paragonata, proprio sotto il profilo della libera volontà, al “coniugium carnis”. Ed è proprio per questo che alla religione si è debitori della libertà⁴⁶: “...At audi ad hunc unum. Libertas religioni debetur. Coniugium quoddam Dei et hominis est religio. Si igitur coniugio alteri carnis libertas defenditur obstinate, etiam huic coniugio spiritus tribuatur libertas...”.

Ne deriva, in ragione della piena *libertas* che deve caratterizzare la scelta religiosa, e dei tentativi, da parte di chicchessia di limitarne l’esercizio, la illegittimità della guerra per causa di religione ⁴⁷: “...Sed hanc sententiam, de bello propter religionem non mouendo, probatam omnibus, nemine excepto, testatur doctissimus a Victoria. Et caussam istam non iustam fuisse Hispanis suis contra Indos...”.

Nelle pagine seguenti, in aderenza al metodo della *disputatio* che spesso utilizza nelle sue opere, il giurista di San Ginesio si sofferma non solo su qualche opinione contraria, ma anche su episodi attestati dalla storia, nei quali la *causa religionis* è stata ritenuta legit-

(*Three Books on the Law of War*) 1598, Alberico Gentili (Albericus Gentilis) (1552-1608), in *The Formation and Transmission of Western Legal Culture, 150 Books that made the Law in the Age of Printing*, edd. S. DAUCHY, G. MARTYN, A. MUSSON, H. PIHLAJAMÄKI, A. WIJFFELS (Studies in the History of Law and Justice, 7), Cham, Springer, 2016, 149-152, nu. 42; A.A. CASSI, *Alle origini del diritto internazionale: Alberico Gentili*, in *Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero. Ottava Appendice. Diritto*, Roma, Treccani, 2012, 181-188.

⁴⁶ A. GENTILI *De iure belli*, cit., I. IX, 61.

⁴⁷ *Ibid.*, 61, con alleg. “Vict. relect.” (*Relectiones Theologicae partibus per varias sectiones in duos Libros divisae auctore R. P. FRANCISCO A VICTORIA...*, Lugduni, expensis Petri Landry, 1586, De indis, Relectio posterior, 221, 231, nu. 10: “Belli iusti quae possit esse ratio, et causa. Et quod iusti belli caussa non sit diuersitas religionis, probatur”.

tima causa di guerra⁴⁸. Al Gentili, pertanto, non resta che addentrarsi ancora più in profondità nella questione oggetto della sua riflessione, utilizzando quegli strumenti ermeneutici (le differenze fra *ius religionis* e *ius humanum*) ai quali aveva già fatto riferimento nel recente passato. Il convincimento, già espresso⁴⁹, che il *ius religionis/ius divinum* riguardi i rapporti fra l'uomo e Dio e non i rapporti fra gli uomini riemerge, infatti, nel Libro I, capitolo IX del *De iure belli*⁵⁰: “...Nunc illa est, si vno religionis obtentu bellum inferri possit. Et hoc nego. Et addo rationem: quia religionis ius hominibus cum hominibus proprie non est: itaque nec ius lēditur hominum ob diuersam religionem: itaque nec bellum caussa religionis. Religio erga Deum est. Ius est diuinum, id est, inter Deum et hominem: non est ius humanum, id est, inter hominem et hominem. Nihil igitur quaerit homo violatum sibi ob aliam religionem...”.

Ma non sono unicamente le precedenti opere gentiliane che qui vengono riutilizzate. Sembra, infatti, che Alberico faccia tesoro anche della controversia con John Rainolds e dei concetti privatamente espressi nella corrispondenza fra loro intercorsa. Mentre nelle opere precedenti il giurista di San Ginesio, come si è già avuto modo di sottolineare⁵¹, aveva fatto più volte riferimento al *ius religionis* che avrebbe regolato le relazioni fra l'uomo, singolarmente inteso, o la comunità degli uomini e Dio – per le quali riconosceva al teologo una indiscutibile *auctoritas* – distinguendo nettamente da queste le relazioni *inter homines*, nella corrispondenza con il Rainolds, soffermandosi sulle *duae tabulae* del Decalogo, individua una prevalenza dei giuristi nell'interpretazione della seconda Tavola, perché la stessa regolerebbe i rapporti fra gli uomini: il *ius humanum*, che appunto si sostanzia nei precetti in essa contenuti, dovrebbe esser considerato

⁴⁸ Cfr. A. GENTILIS *De iure belli*, cit., I. IX, 61-64.

⁴⁹ Sul punto cfr. *supra*, n. 26.

⁵⁰ A. GENTILIS *De iure belli*, cit., I. IX, 64-65. Vale qui la pena di sottolineare che, molto probabilmente, l'espressione “Religio erga Deum est”, potrebbe derivare dalla lettura del *De civitate Dei* di S. Agostino (PL XLI, X.I.3) e da *Dig.* 1.1.2: “Veluti erga Deum religio: ut parentibus et patriae pareamus”.

⁵¹ “Ego vero ut theologorum auctoritate in re religionis valde moveor, ita in re morali, aut politica non valde. Et loquuntur hi maxime, quum daemonibus ludi exhiberentur...” (il passo è tratto da A. GENTILIS *Commentatio ad l. III C. de professoribus et medicis*, cit., 111; per l'ed. moderna cfr. *supra*, n. 34). Per i passi sul tema estratti dal *De legationibus*, e dalla *De iure belli Commentatio prima*, cfr. *supra*, n. 26.

di esclusiva spettanza e competenza dei giureconsulti⁵². Ne consegue che, proprio in ragione di ciò, le cause di religione non possono essere poste a fondamento di dissensi tali da indurre alla guerra, tant'è che l'uomo che entra in relazione con soggetti di religione diversa, non può lamentare la violazione di un suo qualsivoglia diritto, per il solo fatto che altri professino convincimenti religiosi diversi dai suoi. La materia religiosa, in conclusione, riguarda i rapporti fra l'uomo o la comunità degli uomini e Dio, per illuminare i quali occorre l'intervento del teologo; i rapporti fra gli uomini, al contrario, che sono di competenza del giurista, non hanno nulla a che vedere con la religione. Ciò spiega la conclusione del giurista di San Ginesio apposta al capitolo XII del I Libro del *De iure belli* dove si esaminano le relazioni con i Turchi, un popolo che professa un'altra religione col quale si sono instaurati conflitti secolari⁵³: "...Non est bellum propter religionem, non a natura cum aliis, et neque cum Turcis. Sed est cum Turcis bellum: quia illi ferunt se nobis hostes, et nobis insidiantur. Nobis imminet. Nostra rapiunt per omnem perfidiam, quum possunt, semper. Sic iusta semper causa belli aduersus Turcas. Non eis frangenda fides est: non. Non inferendum bellum quiescentibus, pacem colentibus, in nos nihil molientibus: non. Sed quando sic agunt Turcae? Silete theologi in munere alieno..."

I Turchi, in realtà, come la storia aveva a suo avviso dimostrato, costituivano, secondo Gentili, un popolo che agli occhi degli europei era da considerare alla stregua di un vero e proprio nemico permanente. Essi, infatti, si sarebbero sempre comportati da nemici, avrebbero complottato e derubato ogni volta che ne fosse capitata l'occasione. Ma tutto ciò non aveva nulla a che vedere con le differenze di religione. Non era quindi la *causa religionis*, come pure alcuni pensa-

⁵² Cfr. MINNUCCI, *Diritto e teologia*, cit., 225-226, epistola di Gentili a Rainolds dell'8 febbraio 1594: "...Supradictæ quæstiones, ut dixi, traxerunt ad alias, et illam grauissimam, si secunda tabula legum diuinarum ad nos iurisconsultos pertineat magis, quam ad uos theologos. Aio ego, Negas tu. et quæstio est non de simplicis, et catechistica interpretatione, instructione, inculcatione; sed de grauiori, subtiliori, difficiliore, excellentiori. et licet tu meum paradoxon absurdum dicas, meo tamen nondum respondes argumento: quod hoc fuit, Humanum ius tractant sic iurisconsulti, non theologi: Sed secunda tabula est ius humanum: ergo secundam tabulam sic tractant iurisconsulti, non theologi. Atque assumptionem ita confirmabam, Quod est ius inter hominem et hominem, humanum est: sed secunda tabula hoc ius est inter hominem, et hominem: ergo secunda tabula ius humanum est..."

⁵³ A. GENTILIS *De iure belli*, cit., I. XII, 92.

tori avevano inteso, il fondamento delle avversità fra i Paesi europei e i Turchi, ma il fatto, indiscutibile che – a meno che non si fossero comportati pacificamente – questi ultimi sarebbero stati da considerare nemici in ragione delle proprie azioni, come qualsiasi altro popolo che si fosse comportato alla stessa maniera: il *iustus hostis* col quale la guerra sarebbe stata legittima.

La notissima conclusione del capitolo XII (*Silete theologi in munere alieno*) che, nel Libro I, chiude quasi come un sigillo i quattro capitoli dedicati ai rapporti fra guerra, diritto e religione⁵⁴, pur potendo essere del tutto legittimamente interpretata come rivolta esclusivamente a quei teologi che avevano individuato nella *diversitas religionis* una causa di guerra giusta, alla luce di quanto si è sin qui esposto, credo abbia avuto come destinatari tutti i teologi che avessero voluto immergersi in questioni – come i rapporti fra gli uomini, fra i quali rientravano a pieno titolo anche le legittime cause di guerra – che a parere del Gentili ricadevano nel diritto umano: per la sua interpretazione, la competenza doveva essere esclusivamente attribuita non al teologo ma al giurista o, per usare una sua espressione, all'*interpretes iuris*.

Una conferma sembra derivare dalla lettura dei *Disputationum de nuptiis libri VII*: opera nella quale, come si è già avuto modo di sottolineare in altra sede⁵⁵, rivolgendosi idealmente a San Girolamo, il Gentili esclamerà: “Sileant theologi: nec alienam temnant temere disciplinam”⁵⁶. Un’espressione pressoché identica che, essendo riferita alle sanzioni irrogabili a chi si fosse macchiato del *crimen stupri*, nulla aveva a che vedere con il tema del *bellum*, e che pertanto continuava a manifestare una coerenza di pensiero del giurista italiano, il quale proseguiva nel tentativo di individuare il discrimine fra le competenze del giurista e quelle del teologo: tema che sarà oggetto di altre riflessioni, proprio nel I Libro del *De nuptiis* nel quale, attraverso ulteriori approfondimenti, farà tesoro di quanto aveva più volte so-

⁵⁴ A. GENTILIS *De iure belli*, cit., 59-92; cfr. *supra*, n. 6.

⁵⁵ Cfr. MINNUCCI, *Diritto e teologia*, cit., L-LII, e nn. 112-118.

⁵⁶ A. GENTILIS *De nuptiis*, cit., 25: “Sileant theologi: nec alienam temnant temere disciplinam: *Aliæ sunt leges Cæsaris, aliæ Christi. aliud Papinianus, aliud Paulus noster præcipit apud illos impudicitia frena laxantur: et solo stupro, atque adulterio condemnato, passim per lupanaria, et ancillulas libido permittitur. Non permittitur, Hieronyme: vt audire de ipsoque potuisti Papiniano (Dig. 48.5.6)*”.

stenuto nelle sue opere precedenti ma, soprattutto, nella corrispondenza con John Rainolds: le sue epistole, infatti, costituivano un vero e proprio serbatoio di idee al quale continuamente attingere, per continuare ad investigare le questioni che erano state oggetto del loro dibattito.

5. *Una elaborazione teorica conclusiva nel I Libro del De nuptiis (1601): le competenze del teologo e del giurista alle prese con la secunda tabula del Decalogo*

Ed è proprio nel *De nuptiis* che, interloquendo nuovamente con il Rainolds, senza peraltro mai citarne espressamente il nome⁵⁷, Alberico Gentili giunge ad affermare la competenza del legislatore laico e del giurista circa le fattispecie ricadenti nella *secunda tabula* del Decalogo⁵⁸: testo che, com'è noto, contempla fra i comportamenti riprovati un reato, come quello di adulterio, direttamente connesso all'istituto del matrimonio cui è specificamente dedicata la sua opera⁵⁹. Vi sono però altre ed importanti ragioni che, secondo Albe-

⁵⁷ Indico alcuni passaggi del I Libro del *De nuptiis*, nei quali Alberico fa riferimento a dispute avute con un teologo: "Theologus aliquando nec apte disputabat contra me hic..." (A. GENTILIS *De nuptiis*, cit., I. V, 21); "...Qui mecum aliquando contendebat theologus, is contra me asserebat..." (ivi, I. XVI, 91). Malgrado non lo nomini mai, è indiscutibilmente certo, proprio in ragione dei temi trattati, che alluda a John Rainolds.

⁵⁸ Secondo Alberico, infatti, "Theologia sermo de Deo est, qui sermo in secunda tabula non est, sed in prima. Est quidem theologia sermoque, quem enuntiat Deus. Sed sermo de se Deo ex usu, et proprie magis dictus semper est theologia. Nam et multa loquitur Deus, quae non pertinent ad theologiam. Quod ipsi te theologi docent. Est theologia sapientia (rectissime neque scientiae, neque artis nomine definitur) rerum diuinarum: hoc est de diuinitate sermo, et oratio: et de rebus quae ad Deum ordinatae sunt. Ut cuius proprium, et simpliciter obiectum, materiae sit Deus: qui per theologiam nobis se spectandum, et sapiendum exhibet..." (A. GENTILIS *De nuptiis*, cit., I. IX, 41-42).

⁵⁹ A. GENTILIS *De nuptiis*, cit., I.V, 21: "Theologus aliquando nec apte disputabat contra me hic, quod professor iuris ciuilis non possit recte isthaec exponere, quae sunt secundae tabulae legum Mosaycarum: quia ciuile ius concubinatum permittat, et libidines alias. Sic et contendeat ille mecum, secundam illam tabulam ad studiosos iuris non spectare. Contra quam (*sic!*) ego opinabar, et opinor etiamnum, pertinere tabulam ad nos magis, quam ad theologos...". In questa parte della *Disputatio*, soffermandosi sulle *duae tabulae*, Gentili riprende e sviluppa le argomentazioni già utilizzate nell'epistolario avuto col Rainolds, con particolare riferimento alla lettera dell'8 febbraio 1594 (sulla quale cfr. *supra*, n. 52). Cfr., inoltre, per la rivendicazione all'autorità laica e al ruolo interpretativo del giurista della materia matrimoniale, *De nuptiis*, I. VII. 36-37, "At abso-

rico, contribuiscono a determinare la competenza del giurista sulla *secunda tabula* del Decalogo: lo si desume da una lunga argomentazione dialettica, relativa ai rapporti fra diritto e teologia ed ai rispettivi ambiti di intervento, esposta ancora una volta nel *De nuptiis*, sotto il titolo *Distinguuntur ius diuinum et humanum* (I.VIII). Si tratta di un'esposizione sulla quale occorre spendere qualche considerazione perché riemergono concetti già utilizzati nei primi mesi del 1594, nella corrispondenza col Rainolds, e che qui vengono ripresi ed approfonditi. Le idee di Gentili, infatti, in ragione della pubblicazione parziale della corrispondenza intercorsa con il teologo puritano (si ricordi che, da parte di quest'ultimo, erano state pubblicate nel 1599 solo le prime quattro lettere, dal 7 luglio al 5 agosto 1593)⁶⁰, erano rimaste racchiuse nel segreto: occorre pertanto renderle finalmente pubbliche.

Il giurista muove dal presupposto che diritto e teologia si distinguono *ratione subiecti* e *ratione finis*, indipendentemente dal fatto se debbano essere considerate *scientiae* o *artes*⁶¹: “...Quod si distinguuntur scientie per subiectum, et artes per finem: ut ita distingui docent viri doctissimi: duae utique istae, theologia, et iurisprudentia, siue scientiae, siue artes, per subiectum, aut per finem distinguuntur...”.

Infatti, mentre per la teologia il soggetto è Dio ed il fine è rappresentato dal diritto divino, per la giurisprudenza il soggetto è individuabile nell'uomo e nelle sue azioni ed il fine non può che essere individuato nel diritto umano. Ordunque, poiché il diritto umano è racchiuso nella *secunda tabula*, spetterebbe al giureconsulto occuparsi del soggetto (l'uomo e le sue azioni) e del fine (*ius humanum*) che vi

luam cum caussis nostris nuptiarum ex Cuiacio: *Quum de nuptiis queritur, licitæ sint, necne, eius rei cognitionem, quæ olim erat principum, vel populi, pontifices suam fecerunt, conniuentibus principibus. Sic pontificum maxima euasit iurisdictio, quæ nulla fuit. Sic vero piissimi hodie, et sapientissimi principes recte recipiunt hæc rapta sibi. Et sic ab ingenuis iurisconsultis hæc iurisdictio omnis assertur principibus aduersum ecclesiasticos. Age, et iurisconsultis interpretationem huius iuris vindicemus nos a theologis*". Sul punto cfr. MINNUCCI, *Diritto e teologia*, cit., XLII.

⁶⁰J. RAINOLDS, *Th' overthrow of Stage-Playes, Whereunto are added [...] certaine latine Letters betwixt the saed Maister Rainoldes and Doct. Gentiles [...] concerning the same matter*, Middleburg, 1599 (2^a ed. Oxford 1629), 164-190. Ora si leggono, in testo critico, in MINNUCCI, *Diritto e teologia*, cit., 3-53.

⁶¹ A. GENTILIS *De nuptiis*, cit., I. VIII, 37.

è compreso⁶². La premessa dalla quale Alberico aveva preso le mosse, e che abbiamo cercato qui brevemente di riassumere nei suoi contorni essenziali, potrebbe però risultare non del tutto vera. E proprio questo convincimento, evidentemente dettato da un metodo dialettico ormai acquisito, induce il Gentili ad ampliare le sue argomentazioni individuando le ragioni che potrebbero confutarne la validità. Si potrebbe ipoteticamente affermare, *e contrario*, anche sulla base del ragionamento sin qui svolto, che il giureconsulto ha una competenza esclusiva su ogni materia giuridica: ne conseguirebbe che oggetto delle sue indagini dovrebbe essere, oltre al *ius humanum*, anche il *ius divinum* che, pur essendo emanazione diretta di Dio, contiene comunque regole di condotta⁶³: “...Quoniam ius aliquod iurisconsulto dare oportet: et itaque vel diuinum, vel humanum. Neque enim dicere siue Romanum, siue Anglicanum, siue aliud potest tale...”. *Ex altera parte* il teologo avrebbe potuto contestualmente affermare – e questo era il punto di vista del Rainolds – la sua esclusiva competenza perché i precetti del Decalogo sono tutti di emanazione divina.

La differenza fra diritto e teologia – due discipline che, secondo Alberico, devono continuare, comunque, ad esser tenute distinte – non va ricercata *ratione subiecti* e *ratione finis*, ma avendo riguardo alle *causae efficientes et extrariae*, vale a dire agli elementi produttori ed esterni determinanti ogni fenomeno. La competenza del giurista e del teologo va individuata tenendo presenti i soggetti fra i quali si instaura un rapporto⁶⁴: “...Quoniam non per subiectum, et finem sic distingueretur disciplina iuris a theologica; sed per causas efficientes quasdam, et extrarias. Atque si ius diuinum spectat ad theologum, humanum ad iurisconsultum: habemus etiam, ius esse diuinum in prima tabula, humanum in secunda. Ut ius a iure distinguitur respectu eorum, inter quos est...”.

⁶² *Ibid.*, I. VIII, 37: “Atque quod erit subiectum, aut finis unius, id non erit subiectum, aut finis alterius. Sed theologiae subiectum Deus est: finis ius diuinum. Iurisprudentie subiectum homo, siue actiones humanae: finis ius humanum. Et ius hoc humanum in secunda tabula continetur. Ergo est iurisprudentis secunda tabula. Eius scilicet est secunda tabula, cuius est subiectum, et finis secundae tabulae. Subiectum autem, et finis eius tabulae spectare dicitur ad iurisconsultum”. Si noti la somiglianza fra questo passaggio e il testo dell’epistola di Gentili al Rainolds dell’8 febbraio 1594 (*supra*, n. 40).

⁶³ *Ibid.*, I. VIII, 37.

⁶⁴ *Ivi*, I. VIII, 37-38.

Se ne deduce che mentre per la prima parte del Decalogo, relativa ai rapporti fra Dio e l'uomo, è competente il teologo, la seconda, che inerisce alle relazioni fra gli uomini, non può che essere oggetto di intervento da parte del giurista. La chiusura del capitolo VIII del I Libro del *De nuptiis* è recisa: "Sic itaque in coniunctionem hominis cum homine incumbit iurisconsultus, in coniunctionem hominis cum Deo theologus"⁶⁵.

Le relazioni umane sembrerebbero, dunque, di competenza esclusiva del giureconsulto, escludendo quindi del tutto la possibilità di intervento da parte della teologia. Se, però, ci si sposta su un altro piano, e cioè sulla dicotomia tra fòro della coscienza e fòro esterno – una separazione che, per il Gentili, assume contorni assai netti e marcati – gli ambiti di intervento del teologo e del giurista vengono meglio delimitati e precisati. Lo si evince da una lunga argomentazione elaborata dal Gentili in dialogo col Covarruvias e con Giulio Claro⁶⁶. Il giurista spagnolo, muovendo da una identificazione del fòro esterno con quello della coscienza o, meglio, di un vero e proprio assorbimento del secondo nel primo, aveva individuato nella *lex civilis* l'unico punto di riferimento certo: la previsione legislativa che avesse proibito un determinato comportamento lo avrebbe reso illecito anche sotto il profilo morale, così come l'aver consentito, sempre da parte del legislatore azioni moralmente illecite, avrebbe sollevato colui che le poneva in essere dall'imputazione del peccato. Il secondo, al contrario, pur avendo operato un tentativo di separare i due fòri non lo aveva fatto, a parere del giurista di San Ginesio, in maniera sufficientemente chiara. Occorreva, dunque, approfondire il tema, soffermandosi su alcune fattispecie concrete, per verificare la sostenibilità della sua elaborazione teorica.

Un argomento sul quale si erano lungamente confrontate le speculazioni giuridiche e teologiche era sicuramente rappresentato dal reato di omicidio: come giustificare, dunque, il divieto perentorio

⁶⁵ Ivi, I. VIII, 41. Si legga, inoltre, quanto il Gentili afferma in un altro passaggio del *De nuptiis*: "Hic concludo, secundam tabulam nostram esse: que non ius diuinum, non theologiam, non sanctitatem, non pietatem, non religionem docet, sed ius hominum". (ivi, I. IX, 49).

⁶⁶ La questione è esaminata da Gentili nel *De nuptiis*, cit., 9-10. Sul punto cfr. più ampiamente MINNUCCI, *Foro della coscienza e foro esterno*, cit., 55-86; ID., *Alberico Gentili iuris interpres*, cit., 40-50 ove i riferimenti espliciti alle opere del Covarruvias e del Claro.

contenuto nelle Tavole della Legge con la dichiarata liceità, in alcuni casi, da parte delle fonti normative civilistiche, dell'uccisione del proprio simile⁶⁷? E qui il Gentili elabora una serie di considerazioni facendo particolare riferimento ad alcuni passi del Decreto di Graziano e della patristica sui quali poteva fondarsi la posizione che escludeva, per alcune fattispecie, l'applicabilità del diritto secolare. Papa Niccolò I aveva condannato la *lex mundana* che consentiva l'uccisione dell'adultera da parte del marito (C. XXXIII q. 2 c. 6 del Decreto di Graziano); Agostino e Ambrogio, avevano contraddetto la legislazione laica che consentiva l'uccisione dello stupratore da parte della vittima prima che il reato venisse commesso e quella del *latro* armato, mentre avevano ritenuto lecito l'omicidio allorquando fosse la conseguenza di un'azione determinata dall'*auctoritas princi-*

⁶⁷ Come ritenere lecita, ad esempio, l'uccisione dei rei di adulterio e di furto, così come risulta previsto nelle norme del *Corpus iuris civilis*? Non sono questi eventi che, al contrario, proprio per il fatto di costituire peccato grave, dovrebbero essere regolati esclusivamente dalla legge divina e da quella canonica, rendendo pertanto assolutamente inapplicabili le leggi civili in materia? (A. GENTILI *De nuptiis*, cit., I, I, 5: "Et igitur, quod ubi tractatur de peccato, standum sit iuri canonico in utroque foro. Et sic igitur reiiciendum videtur ius civile: quaerendum aut canonicum, aut aliud. Ius civile admittit caedesque adulterorum, item latronum. Quae et cum peccato sunt, et a pontificibus, et theologis condemnantur..."). Alberico allega *in marg.*: c. 6. 33. q. 2 (*Decretum Gratiani*, C. XXXIII q. II c. 6: "Inter hec uestra sanctitas addere studuit, si cuius uxor adulterium perpetraverit, utrum marito illius liceat secundum mundanam legem eam interficere. Sed sancta Dei ecclesia numquam mundanis constringitur legibus; gladium non habet, nisi spiritualem; non occidit, sed uiuificat"); *Aug. ep. 154* (AVRELII AVGVSTINI HIPPONENSIS EPISCOPI *Opera omnia*, PL XXXIII, Epist. 47 [*alias* 154], col. 186: "De occidendis hominibus ne ab eis quisque occidatur, non mihi placet consilium; nisi forte sit miles, aut publica functione teneatur, ut non pro se hoc faciat, sed pro aliis, vel pro civitate, ubi etiam ipse est, accepta legitima potestate, si ejus congruit personae"); *et lib. i. de lib. ar.* (AVRELII AVGVSTINI HIPPONENSIS EPISCOPI *De libero arbitrio*, in CCSL, XXIX, Turnhout 1970, 217 nu. 33: "Non ergo lex iusta est, quae dat potestatem uel uiatori, ut latronem, ne ab eo ipse occidatur, occidat, uel cuiuspiam uiro aut feminae, ut uiolenter sibi stupratorem irruentem ante inlatum stuprum, si possit, interimat. Nam militi etiam iubetur lege, ut hostem necet, a qua caede si temperauerit, ab imperatore poenas luit. Num istas leges iniustas uel potius nulla dicere audebimus?"); *Ambr. 3. de off. 4.* (S. AMBROSII MEDIOLANENSIS *De officiis* [III. IV. 24-28], in CCSL, XV, Turnhout 2000, 161-163: "27... utpote qui, etiam si latronem armatum incidat, ferientem referre non possit ne dum salutem defendit, pietatem contamine. De quo in Euangelii libris [Mt. 26.52] aperta et euidentis sententia est: *Reconde gladium tuum: omnis enim qui gladio percusserit gladio ferietur*. Qui latro detestabilior quam persecutor qui uenerat ut Christum occideret? Sed noluit se Christus persecutorem defendi uulnere qui uoluit suo uulnere omnes sanare").

pis (come nel caso del *miles* o nell'esercizio di una pubblica funzione)⁶⁸. Tutto ciò appare, ad Alberico, fortemente discutibile⁶⁹: "...Quod autem, praeter haec, patri item et marito datum ius occidendi adulterum, et adulteram, reprehendat ad ius civile Nicolaus Papa: et Ambrosius, et Augustinus non patiantur, ut quis latronem occidat in se irruentem. Ego harum reprehensionum rationem non video. Siquidem omnis iuris defensio est, etiam cum offensione volentis offendere. Atque si auctoritas principis (quod ex ipsoque Augustino alibi ostendi) iubentis, militare et pugnare, a peccato excusat: auctoritas maior iuris gentium non excusabit defensionem istam? Ratio naturalis potentior est omni edicto principis..."

Se da un lato, infatti, la posizione dei Padri è sorretta dal comportamento di Cristo che, come narra il passo del Vangelo di Matteo (Mt. 26,52), in occasione del suo arresto invitò Pietro a rinfoderare la spada, dall'altro non si può negare che, nelle fattispecie considerate (il tentativo di stupro violento⁷⁰ o quello di rapina a mano armata), la reazione della vittima deve esser considerata una vera e propria azione di legittima difesa ("Siquidem omnis iuris defensio est, etiam cum offensione volentis offendere") il che, evidentemente, non solo solleva il soggetto da ogni imputazione di reato, ma conferma la validità della legislazione laica in relazione alla fattispecie considerata. Inoltre, se si riflette sulla posizione agostiniana che, sulla base dell'*auctoritas principis*, scusa dal peccato di omicidio coloro che lo hanno commesso perché belligeranti o nell'esercizio di una funzione pubblica, tanto più si dovrebbe essere assolti qualora, come nei casi

⁶⁸ Per la lettura dei passi di papa Niccolò I (C. XXXIII q. II c. 6), di Agostino ed Ambrogio cfr. *supra*, n. 67.

⁶⁹ A. GENTILIS *De nuptiis*, cit., I. II, 8. Poche righe più oltre, allorché si sofferma sulla liceità dell'uccisione di un "sicarium manifestum", la conclusione di Gentili sarà piuttosto tagliente: "Nescio, quid magno theologo Augustino, et quid peritoeque iuris Ambrosio venerit in mentem" (ivi, p. 9).

⁷⁰ La specificazione, da parte di Agostino, dell'elemento della violenza è particolarmente significativa ("uiolenter sibi stupratorem irruentem") perché lo *stuprum*, di per sé, alla luce delle fonti, è la relazione carnale volontaria con una *virgo*, una *vidua*, un *puer*. Sul punto cfr. la letteratura citata dal Gentili in un'altra sua opera: A. GENTILIS *Ad titulum Codicis Ad legem Juliam de adulteriis Commentarius*, in G. MINNUCCI, *Alberico Gentili tra mos italicus e mos gallicus. L'inedito Commentario ad legem juliam de adulteriis*, Bologna, 2002 (Archivio per la Storia del diritto medioevale e moderno: Studi e Testi, 6), 31-36, 177, nella quale viene ampiamente trattato anche il tema dell'uccisione dell'adultera (ivi, 83-111 e *passim*).

di tentativo di stupro violento e di rapina a mano armata, si eserciti il diritto naturale di difendere la propria vita da una minaccia imminente e concreta? (“Atque si auctoritas principis, quod ex ipsoque Augustino alibi ostendi, iubentis, militare et pugnare, a peccato excusat: auctoritas maior iuris gentium non excusabit defensionem istam?”). La conclusione di Alberico è recisa: “Ratio naturalis potentior est omni edicto principis”⁷¹.

È il diritto naturale, quindi, inteso come complesso di regole di giustizia e di valori etico-sociali universali, fondati sulla natura razionale dell'uomo, che prevale anche sulla *potestas principis*; è il diritto naturale, definito da Alberico come *ius gentium* – con un evidente rinvio⁷², ancorché non esplicito, alla definizione gaiana di *Dig.* 1.1.9 (“...quod vero *naturalis ratio* inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur vocaturque *ius gentium*, quasi quo iure omnes gentes utuntur”) – che regola i comportamenti degli uomini, affrancandolo altresì dalla pretesa fondativa delle elaborazioni teologiche, idee che, com'è noto, caratterizzeranno il XVII secolo, soprattutto in quella parte dell'Europa che aveva ormai perduto l'unità politico-religiosa⁷³: un mondo del quale, per le sue vicende di intellettuale esule per motivi di religione, Alberico Gentili faceva pienamente parte.

⁷¹ A. GENTILIS *De nuptiis*, cit., 8, con allegato in margine *Decia. 3. cons. 123*. Cfr. TIBERII DECIANI *Responsorum volumen tertium*, Impressum Francof. ad Moen. impensis Sigis. Feyerabendii, 1589, ff. 262v-267v, dove però non ho individuato l'affermazione riportata da Gentili. Un testo simile si legge, invece, in: TIBERII DECIANI *Responsorum volumen quartum*, Impressum Francof. ad Moen. impensis Sigis. Feyerabendii, 1596, Resp. V, nel *Summarium*, al nu. 23, 28va: “Princeps non est solutus dictamine rationis naturalis” e, nel testo, 29vb, nu. 23). In relazione al rapporto del *princeps* con lo *ius divinum*, lo *ius naturae* e lo *ius gentium*, nel *De potestate regis absoluta* (1605), cfr. ALAIN WIJFFELS, *Alberico Gentili e i fondamenti storico-concettuali del diritto comune europeo*, in *Alberico Gentili nel quarto centenario del De iure belli. Atti del Convegno: Ottava Giornata Gentiliana, San Ginesio - Macerata, 26-28 novembre 1998*, (Centro Internazionale di Studi Gentiliani), Milano, Giuffrè, 2000, 197-198.

⁷² Si noti che Alberico utilizza le espressioni *ius gentium* e *ratio naturalis* che sono proprie del frammento di Gaio (*Dig.* 1.1.9): “Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur. Nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis: quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur”.

⁷³ Sul punto cfr., da ultimo, I. BIROCCI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, 2002, (Il Diritto nella storia, 9), 159-164.

Ai teologi⁷⁴, però, secondo il giurista, occorre continuare a riconoscere non solo la funzione di studiare ed approfondire il testo sacro, ma anche il compito di occuparsi dei rapporti fra gli uomini, col fine esclusivo di illuminarne la coscienza perché, nell'ottica gentiliana, foro esterno e foro interno, reato e peccato, debbono essere tenuti nettamente distinti. Lo si evince, ancora una volta dalla lettura del I Libro del *De nuptiis* nel capitolo intitolato “De lege ultima secundae tabulae”, nel quale Alberico riprende il tema, già presente nell'epistolario col Rainolds, relativo all'ultimo precetto della *secunda tabula* del Decalogo, che per brevità era stato racchiuso nell'espressione tratta dalla Scrittura “Non concupisces”⁷⁵. Tutto ciò che attiene alla coscienza – il cui unico giudice è Dio – essendo racchiuso nel segreto dell'animo, non può essere oggetto di sanzione umana, indipendentemente dal fatto che quest'ultima sia prevista dalla legislazione secolare o ecclesiastica. Entrambe, di per sé, debbono regolare, ed eventualmente punire, gli atti dell'uomo e gli effetti che ne derivano, ma non possono penetrare la *conscientia pura et interior*: un ambito quest'ultimo, quello del foro interno, che non riguarda la

⁷⁴ Proprio perché rispettoso della loro competenza, nella lettura dei passi della Scrittura Gentili farà spesso ricorso ai testi della Patristica e della teologia riformata: lo attestano i numerosissimi rinvii alla letteratura teologica rinvenibili nel *De nuptiis*. Fra questi, come ha sottolineato Alain Wijffels, si deve ricordare che il capitolo VI del Libro IV, dedicato al rapporto genitori-figli circa l'espressione del consenso a celebrare il matrimonio – tema che, essendo relativo alle relazioni umane, alla luce dei convincimenti gentiliani dovrebbe essere di pertinenza più (*magis*) giuridica che teologica – è intitolato *Audiuntur theologi*. Sebbene il suo contenuto richieda uno studio specifico ed approfondito, si può rilevare che, in apertura, subito dopo aver ricordato di aver utilizzato nella stesura del testo le opere teologiche e i passi scritturistici, il nostro giurista rinvia, condividendone il pensiero, ad Ambrogio e Tertulliano – dei quali sottolinea la competenza giuridica (*theologos... etiam et legum peritos*) – nonché alla legislazione giustiniana, alla letteratura classica, ad una vasta dottrina legale. Sul punto cfr. A. WIJFFELS, *Audiuntur theologi. Legal Scholarship's claim on the «Second Table» in Alberico Gentili's De nuptiis* (1601), in *De rebus divinis et humanis: Essays in honour of Jan Hallebeek*, ed. H. DONDORP, M. SCHERMAIER, B. SIRKS, Göttingen, 2019, 497-512; G. MINNUCCI, *La Riforma, il diritto canonico e i giuristi protestanti: qualche spunto di riflessione*, in *Historia et Ius*, 15, 2019, paper 1, 15-19.

⁷⁵ Il riferimento è a *Exo.* 20.17: “Non concupisces domum proximi tui, nec desiderabis uxorem eius, non servum non ancillam non bovem non asinum nec omnia quae illius sunt”; cfr., inoltre, *Deut.* 5.21; *Rm.* 7.7; cfr. le epistole di Rainolds a Gentili del 5 agosto 1593 e del 25 gennaio 1594; la risposta di Gentili a Rainolds dell'8 febbraio 1594; ed infine la lettera di Rainolds a Gentili del 12 marzo successivo, edite in MINNUCCI, *Diritto e teologia* cit., 197, 252, 284-285, 305.

legge e il giurista, ma che deve essere riservato alla teologia⁷⁶: “...Vt humana dirigit lex scilicet ad actus externos, ac internos diuina. Vt iurisprudencia est manifesti vindex, theologia etiam occulti. Quæ Alciatus noster. Lex nostra non scrutatur conscientiam. Conscientia interior non pertinet ad legem humanam temporalem, nec ad ecclesiasticam. nemo enim de ea iudicat, nisi solus Deus. Quæ Baldus noster”.

Alla luce dei convincenti espressi nel I Libro del *De nuptiis*, il *Silete theologi in munere alieno* del *De iure belli* (I.XII) – così come l’analogo *Sileant theologi: nec alienam temnant temere disciplinam* del *De nuptiis* (I.V) – non possono essere intesi, quindi, come un’aprioristica ingiunzione ai teologi di non occuparsi dell’uomo e delle sue azioni, ma come delle espressioni che tentano di definirne il ruolo comparandolo con quello dei giuristi i quali, peraltro, non possono ignorare quanto, da secoli, la teologia ha apportato alla storia della civiltà⁷⁷.

Superando, sostanzialmente, la bipartizione delle *tabulae* del Decalogo, anche perché l’ultimo dei precetti della seconda non poteva essere riservato, per la sua intrinseca natura, alla competenza dei giuristi, ma sostanzialmente confermando che, in ogni caso, la *secunda tabula*⁷⁸ riguarda maggiormente il giurista e non il teologo, il Gentili approda, così, alla sua visione conclusiva: ai teologi, sommi interpreti della Sacra Scrittura⁷⁹, compete la comprensione dei pre-

⁷⁶ A. GENTILIS *De nuptiis*, cit., 59, 63, Cfr., sul punto, MINNUCCI, *Diritto e teologia*, cit., LIII, e nn. 120-122, ove lo scioglimento dei rinvii alle opere di Alciato e di Baldo degli Ubaldi.

⁷⁷ Si legga, a questo proposito, *l’Epistola Apologetica ad lectorem*, stampata al termine del *De nuptiis*, cit., s. n. (ma 688-689 dell’ed. Hanoviae, apud Haeredes Guil. Antonii, 1614), complessivamente meritevole di ulteriori approfondimenti, della quale sembra qui opportuno sottolineare il seguente passaggio: “Sic theologica alia multa ad nos pertinent, et plurimi propterea sunt tractatus theologici in ciuilibus libris nostris: non vt ipsa statuamus, et doceamus nos, sed vt cognoscamus tamen, et suum cuique in iisdem adtribuamus. Sic et medica multa habemus: non sane ut ægrotis medicinam faciamus, verum ut intelligamus morbos tamen, et in ipsis quæstiones iustitiæ, ac iuris explicemus...”.

⁷⁸ Cfr. le epistole di Gentili a Rainolds del 7 luglio 1593 e del 15 luglio 1593, in MINNUCCI, *Diritto e teologia*, cit., XXVI, n. 23: “...at moralia, et politica Sacrorum Librorum, aut nostra existimavi, aut certe communia nobis, et theologis...”; “...Communes sunt sacri libri; et in his, quæ spectant ad secundam tabulam, nost<ri> magis, quam uestri...”. Cfr. *supra*, n. 38.

⁷⁹ A. GENTILIS *De nuptiis*, cit., 89: “Do ego theologis ius magni testimonii de Scripturis sacris omnibus. honorem quasi præcipuis earundem adseruatoribus defero.

cetti divini regolatori delle azioni dell'uomo col fine esclusivo di illuminarne la coscienza; ai giuristi, anche alla luce del testo sacro, resta il compito di *definire explicate* – nell'ambito delle relazioni umane – *quid in quaque quaestione est iuris*⁸⁰: un compito al quale il giurista attende, attraverso un continuo sforzo interpretativo, ricorrendo non solo alle norme dello *ius civile*, e ad un'ampia gamma di altre fonti, fra le quali, ovviamente, le elaborazioni dottrinali, ma soprattutto ai principii del diritto naturale inteso come complesso di regole di giustizia e di valori etico-sociali universali, fondati sulla razionalità umana (*ius gentium*), senza peraltro ignorare l'esistenza del diritto divino: diritti dai quali nemmeno il Sovrano potrà mai prescindere⁸¹.

Abstracts

“*Silete theologi in munere alieno*” (*De iure belli*, I.XII) e “*Sileant theologi: nec alienam temnant temere disciplinam*” (*De nuptiis*, I.V) sono due note espressioni utilizzate da Alberico Gentili tra la fine del XVI secolo e l'inizio del XVII. L'autore ne indaga le premesse studiando il pensiero del *regius professor* di *civil law* a Oxford sul rapporto tra diritto, teologia e religione, nonché sul ruolo e le

Supremos earum adsertores facile agnosco. Nam quis censeat, si locutus sit Deus, necne, melius his, qui penitus cum Deo sunt?”.

⁸⁰ Ivi, 57. Per un esame più ampio della posizione gentiliana sul punto cfr. MINNUCCI *Alberico Gentili iuris interpretes*, cit., 19-60.

⁸¹ Cfr. A. GENTILIS *De nuptiis*, cit., 38: “Vt ius a iure distinguitur respectu eorum, inter quos est. Sic ius dicitur ciuile, quod ciuitas constituit *sibi*, quod constitutum *iis est, qui sunt eiusdem ciuitatis*. Ius gentium dicitur, quod naturalis ratio *inter omnes gentes constituit*: quod hominibus *inter se commune est*. Hoc appellat ius hominum, aiuntque situm *in generis humani societate*. Et itaque dum alii non vident, ius esse inter bruta, et homines etiam negant, ius aliquod esse naturale, quod homines teneat, et animalia. Quia ius non sit, vbi communio non est. et nobis cum brutis nulla communio est. Et erit igitur ius humanum, quod inter homines est. ius autem diuinum, quod est, non dico inter Deos, vt olim ex parte aliqua dixissent ethnici (*sunt superis sua iura etc. Rescindere nunquam diis licet acta Deum*). Sed quod est inter personas Trinitatis sanctissime, et quod inter Deum, et hominem est”. Concetti espressi pressoché alla lettera nella corrispondenza col Rainolds dell'8 febbraio 1594 (cfr. MINNUCCI, *Diritto e teologia*, cit., XLIV, 226; cfr. *supra*, n. 30). Sul punto cfr. MINNUCCI, *Alberico Gentili iuris interpretes*, cit., 37-38 ove si sottolinea la dipendenza del pensiero gentiliano dal testo di Gaio (*Dig.* 1.1.9); cfr., inoltre, con riferimento alle opere gentiliane successive: A. WIJFFELS, *Le disputazioni di Alberico Gentili sul diritto pubblico*, in *Alberico Gentili. La salvaguardia dei beni culturali nel diritto internazionale. Atti del Convegno. Dodicesima Giornata Gentiliana* (San Ginesio, 22-23 sett. 2006), Milano, Giuffrè, 2008, 249-261. Cfr. inoltre, *supra*, n. 71.

competenze del teologo e del giurista. Molte delle opere nelle quali il giurista affrontò questi temi apparvero tra il 1585 e il 1593: *De legationibus libri tres* (1585), *De iure belli Commentatio prima* (1588), *Commentatio ad legem III. Codicis de professoribus et medicis* (1593). Risale agli anni 1593-1594 una controversia epistolare su questi temi tra Gentili e il teologo puritano John Rainolds. Il carteggio, recentemente edito, preannuncia la posizione finale di Gentili, che troverà piena espressione nei *De iure belli libri III* (1598) e nel Libro I dei *Disputationum de nuptiis libri VII* (1601).

“Silete theologi in munere alieno” (*De iure belli*, I.XII) and “Sileant theologi: nec alienam temnant temere disciplinam” (*De nuptiis* I.V), are two well-known expressions used by Alberico Gentili between the end of the 16th century and the beginning of the 17th. The author investigates the premises by studying the thought of the *regius professor* of civil law at Oxford about the relationship between law, theology and religion as well as the roles and competences of the theologian and the jurist respectively. Many of the Gentili’s works on these issues appeared between 1585 and 1593: *De legationibus libri tres* (1585), *De iure belli Commentatio prima* (1588), *Commentatio ad legem III. Codicis de professoribus et medicis* (1593). In addition, an epistolary controversy between Gentili and the puritan theologian John Rainolds over this topic occurred in the years 1593-1594. The correspondence, recently edited, heralds the final Gentili’s position, which will be completely expressed in the *De iure belli* (1598) and Book I of *Disputationum de nuptiis libri VII* (1601).

Il trasferimento di armamenti dall'Unione europea all'Ucraina aggredita: quale fondamento nel diritto internazionale?

Aurora Rasi

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'Unione europea e l'assistenza agli Stati terzi interessati da conflitti armati. – 3. La base giuridica fornita dal diritto dell'Unione al sostegno all'Ucraina. – 4. L'assistenza dell'Unione europea all'Ucraina e la legittima difesa collettiva. – 5. L'assistenza dell'Unione europea all'Ucraina e l'obbligo di cooperare per far cessare un atto illecito. – 6. Cenni conclusivi.

1. *Introduzione*

Sin dai primi giorni dell'aggressione all'Ucraina, la Federazione Russa ha prospettato l'attivazione della responsabilità internazionale dell'Unione europea a causa del sostegno da questa fornito allo Stato aggredito. Già il 28 febbraio 2022, a poche ore dalla decisione dell'Unione di assistere l'Ucraina inviandole materiali militari, il ministro degli Esteri russo ha dichiarato che gli apparati dell'Unione, e gli individui coinvolti nel trasferimento di armi e carburanti, sarebbero stati responsabili di ogni conseguenza derivante da tali operazioni¹. Quindi, ha precisato che «[t]he actions of the European Union will not go unanswered»². Mesi dopo, la portavoce dello stesso ministro degli Esteri ha ribadito che l'Unione deve essere pronta a condividere con l'Ucraina la responsabilità per l'uccisione di civili e per la distruzione indiscriminata che detto Stato starebbe

¹ Cfr. Tass, *EU Structures Involved in Arms Supplies to Ukraine to Be Responsible for Consequences*, 28 febbraio 2022, <https://tass.com/politics/1413609>. La dichiarazione è stata ripresa da diverse testate come, ad esempio, il *Daily Mail* ("You Should not Fail to Understand the Danger of the Consequences": Russia's Latest Threat to the West and Its Citizens as Moscow Promises a "Harsh Response" for Supporting Ukraine and Warns the EU Against Supplying Weapons to Kyiv, 28 febbraio 2022, <https://www.dailymail.co.uk/news/article-10562199/Russia-promises-EU-face-harsh-response-support-Ukraine.html>).

² Al Arabiya, *Russia Lashes Out at Countries Arming Ukraine: Understand Danger of Consequences*, 28 febbraio 2022, <https://english.alarabiya.net/News/world/2022/03/01/Russia-lashes-out-at-countries-arming-Ukraine-Understand-danger-of-consequences>.

compiendo, utilizzando proprio le armi europee³. Di recente, il ministro degli Esteri è tornato ad accusare i leader dell'Unione europea di «riempire» di armi, munizioni, istruttori e mercenari il «regime» ucraino, concludendo che, per tali ragioni, la Russia è giunta a considerare l'Unione una entità ostile («unfriendly»)⁴.

Quelle richiamate sono solo alcune delle numerose dichiarazioni che, al di là dei loro risvolti politici, chiariscono la posizione della Federazione Russa sul piano del diritto internazionale. Quest'ultima ritiene che l'Unione europea, ingerendosi nel conflitto e sostenendo l'Ucraina, starebbe compiendo un atto illecito, il quale ne ingenererebbe la responsabilità internazionale. Pare senz'altro implicito, in ciò, il riferimento alla violazione da parte dell'Unione europea del dovere di neutralità. Com'è noto, lo *status* di neutralità viene attribuito dal diritto internazionale a ciascuno Stato che non sia parte di un conflitto armato, non appena questo deflagri. Esso tende a garantire chi lo detiene non soltanto da un coinvolgimento diretto nel conflitto, ma pure dalle sue indirette conseguenze⁵. Per conservare tale *status*, occorre si rispetti l'obbligo di imparzialità, il quale implica, tra le altre cose, il divieto di fornire armamenti ad uno dei belligeranti⁶.

L'obiettivo del presente lavoro è determinare la fondatezza dell'argomento russo. A ciò non si provvederà, però, approfondendo le implicazioni dello *status* di neutralità e verificando la compatibilità

³ Cfr. Missione permanente della Federazione Russa presso l'Unione Europea, *Russian Foreign Ministry Spokeswoman Maria Zakharova's Reply to a Media Question on the Results of the EU Summit Held on 20-21 October 2022*, 22 ottobre 2022, <https://russiaeu.ru/en/news/russian-foreign-ministry-spokeswoman-maria-zakharovas-reply-media-question-results-eu-summit>.

⁴ Tass, *European Union Unfriendly to Russia, Lavrov Says*, 4 aprile 2023, <https://tass.com/russia/1598815>.

⁵ Sulla neutralità in generale, cfr. P. SEGER, *The Law of Neutrality*, in A. CLAPHAM e P. GAETA (a cura di), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford, 2014, 248 ss.; M. BOTHE, *Neutrality, Concept and General Rules*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2015, par. 1 e 19 ss.; J. UPCHER, *Neutrality in Contemporary International Law*, Oxford, 2020, *passim*.

⁶ Cfr. P. SEGER, *The Law of Neutrality*, cit., 254 ss.; M. BOTHE, *The Law of Neutrality*, in D. FLECK (a cura di), *The Handbook of International Humanitarian Law*, Oxford, 2021, 602 ss.; M. BOTHE, *Neutrality, Concept and General Rules*, cit., par. 36; J. DINSTEIN, *War, Aggression and Self-Defence*, Cambridge, 2017, 29; J. UPCHER, *Neutrality in Contemporary International Law*, cit., 77 ss.

con esse della condotta dell'Unione europea. All'accertamento della fondatezza dell'argomento russo si procederà, invece, attraverso un'analisi *a contrario*. In particolare, si indagherà la presenza di una base giuridica, nel diritto internazionale, che comporti, in ogni caso, quali che siano le conseguenze del diritto della neutralità, la liceità dell'azione dell'Unione europea. Prima di intraprendere l'indagine è però opportuno richiamare, ancorché sommariamente, le caratteristiche del sostegno europeo all'Ucraina.

2. *L'Unione europea e l'assistenza agli Stati terzi interessati da conflitti armati*

L'Unione europea ha sovente intrapreso azioni tese a prevenire i conflitti armati o a contribuire alla loro soluzione. È noto il sostegno fornito alla Somalia per contrastare gli atti di pirateria che spesso si verificano nelle sue acque, come pure l'aiuto offerto al Congo per stabilizzare alcune aree del suo territorio che erano teatro di sanguinosi scontri, o ancora l'assistenza prestata al Mali e al Mozambico per addestrare i loro eserciti a fronteggiare le minacce terroristiche⁷. Situazioni nelle quali, invariabilmente, la situazione di crisi era interna al territorio dello Stato che chiedeva l'aiuto dell'Unione e che se ne avvantaggiava.

Di recente, nell'ambito dell'azione internazionale dell'Unione europea, si è però verificata una novità. Com'è noto, mediante la decisione del Consiglio n. 338 del 28 febbraio 2022 (d'ora in avanti, decisione 338), l'Unione ha iniziato a sostenere le forze armate ucraine, impegnate a respingere l'invasione della Federazione Russa. Descritto dalla presidente della Commissione europea come un evento spartiacque («a watershed moment») nella storia dell'integrazione europea, l'adozione della decisione 338 ha dato avvio alla prima

⁷ Si vedano: decisione 2008/918/PESC del Consiglio dell'8 dicembre 2008, relativa all'avvio dell'operazione militare dell'Unione Europea volta a contribuire alla dissuasione, alla prevenzione e alla repressione degli atti di pirateria e delle rapine a mano armata al largo della Somalia; azione comune 2003/423/PESC del Consiglio del 5 giugno 2003, relativa all'operazione militare dell'Unione Europea nella Repubblica democratica del Congo; decisione 2013/87/PESC del Consiglio del 18 febbraio 2013, relativa all'avvio della missione militare dell'Unione Europea volta a contribuire alla formazione delle forze armate maliane; decisione (PESC) 2021/1143 del Consiglio del 12 luglio 2021, relativa a una missione militare di formazione dell'Unione Europea in Mozambico.

azione dell'Unione volta a sostenere uno Stato terzo coinvolto in un conflitto armato di carattere internazionale⁸.

In particolare, con la decisione 338 l'Unione europea ha istituito una misura di assistenza tesa «a rafforzare la capacità e la resilienza delle forze armate ucraine per difendere l'integrità territoriale e la sovranità dell'Ucraina e proteggere la popolazione civile dall'aggressione militare in corso»⁹. Per descriverla più compiutamente è utile prendere in considerazione tre elementi: l'oggetto della misura di assistenza, le modalità di sua attuazione ed il finanziamento ad essa dedicato.

L'oggetto della misura di assistenza è descritto all'art. 1, par. 3, della decisione 338. Nella sua versione originaria, esso prevedeva che l'assistenza consistesse nel finanziamento della «fornitura, alle forze armate ucraine, di materiale e piattaforme militari concepiti per l'uso letale della forza». Si trattava, com'è evidente, del mero trasferimento di armamenti e di altre attrezzature comunque utili ai combattenti. Nel tempo, tale oggetto si è ampliato. Nel febbraio 2023 il Consiglio ha modificato l'art. 1, par. 3, della decisione 338, il quale ora indica che il finanziamento della misura si estende anche alla «manutenzione», alla «riparazione» e all'«adattamento di materiale e piattaforme militari [donati dall'Unione, nonché] di materiale identico, da parte di personale militare nei siti militari o in forme miste di cooperazione civile-militare o nelle fabbriche, come richiesto dall'Ucraina»¹⁰.

Le modalità dello svolgimento della misura di assistenza sono invece indicate all'art. 4, par. 4, della decisione 338. In particolare, il

⁸ Commissione europea, *Statement by President von der Leyen on further measures to respond to the Russian invasion of Ukraine*, 27 febbraio 2022, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/statement_22_1441: «For the first time ever, the European Union will finance the purchase and delivery of weapons and other equipment to a country that is under attack. This is a watershed moment».

⁹ Art. 1, par. 2, della decisione (PESC) 2022/338 del Consiglio del 28 febbraio 2022 relativa a una misura di assistenza nell'ambito dello strumento europeo per la pace per la fornitura alle forze armate ucraine di materiale e piattaforme militari concepiti per l'uso letale della forza.

¹⁰ Art. 1, par. 3, della decisione (PESC) 2022/338, cit., come modificato dall'art. 1 della decisione (PESC) 2023/230 del Consiglio del 2 febbraio 2023 che modifica la decisione (PESC) 2022/338 relativa a una misura di assistenza nell'ambito dello strumento europeo per la pace per la fornitura alle forze armate ucraine di materiale e piattaforme militari concepiti per l'uso letale della forza.

trasferimento di materiali militari «può essere effettuat[o]» dai ministeri della Difesa degli Stati membri. La decisione non impone quindi alcun obbligo circa la fornitura e la manutenzione dei materiali militari. Ciascuno Stato può scegliere non solo quali e quanti armamenti inviare, ma financo se inviarne. Neppure quando, nel marzo 2023, il Consiglio ha «invita[to] gli Stati membri a consegnare con urgenza munizioni terra-terra e munizioni di artiglieria all'Ucraina e, se richiesti, missili», sono stati stabiliti obblighi in tal senso¹¹. L'unico obbligo operativo, per così dire, posto in capo agli Stati membri dalla decisione 338, è di «consent[ire], nel loro territorio, incluso lo spazio aereo, il transito di materiale militare, compreso il relativo personale»¹².

Da ultimo, il finanziamento della misura di assistenza è indicato all'art. 2, par. 3, della decisione 338. Esso è andato costantemente crescendo. In origine quantificato in 450 milioni di euro¹³, nell'aprile 2023 ha raggiunto l'importo di 4 miliardi e 120 milioni¹⁴. Tale somma è utilizzata per rimborsare le spese sostenute dagli Stati membri in attuazione della decisione 338, secondo il calendario stabilito dall'art. 2, par. 4, della stessa¹⁵.

3. *La base giuridica fornita dal diritto dell'Unione al sostegno all'Ucraina*

Pur se inedita, la decisione 338 non è un atto estemporaneo. Al contrario, essa dà attuazione ad un'altra decisione adottata, sempre

¹¹ Segretariato generale del Consiglio, *Accelerare la consegna e l'acquisizione congiunta di munizioni per l'Ucraina*, nota del 20 marzo 2023, disponibile alla pagina <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7632-2023-INIT/it/pdf>.

¹² Art. 5 della decisione (PESC) 2022/338, cit.

¹³ Art. 2, par. 1, della decisione (PESC) 2022/338, cit., nella sua versione originaria.

¹⁴ Modifica dell'art. 2, par. 1, della decisione (PESC) 2022/338, cit. ad opera dell'art. 1 della decisione (PESC) 2023/810 del Consiglio del 13 aprile 2023 che modifica la decisione (PESC) 2022/338, relativa a una misura di assistenza nell'ambito dello strumento europeo per la pace per la fornitura alle forze armate ucraine di materiale e piattaforme militari concepiti per l'uso letale della forza.

¹⁵ Art. 2, par. 4, della decisione (PESC) 2022/338, cit., come modificato ad opera dell'art. 1 della decisione (PESC) 2023/810 del Consiglio del 13 aprile 2023 che modifica la decisione (PESC) 2022/338, relativa a una misura di assistenza nell'ambito dello strumento europeo per la pace per la fornitura alle forze armate ucraine di materiale e piattaforme militari concepiti per l'uso letale della forza.

del Consiglio, l'anno precedente. Si tratta della decisione n. 509 del 22 marzo 2021 (d'ora in avanti, decisione 509), la quale ha istituito lo strumento europeo per la pace, più noto con la denominazione inglese di *European Peace Facility*¹⁶. Esso è descritto all'art. 1, par. 1, della decisione 509 come uno strumento «volto al finanziamento, da parte degli Stati membri, delle azioni dell'Unione nell'ambito della politica estera e di sicurezza comune per preservare la pace, prevenire i conflitti e rafforzare la sicurezza internazionale».

Di particolare rilievo in questa sede è l'art. 56 della decisione 509. Esso stabilisce che uno degli obiettivi che l'Unione può perseguire istituendo delle misure di assistenza nell'ambito dello strumento europeo per la pace è «contribuire in modo rapido ed efficace alla risposta militare degli Stati terzi e delle organizzazioni regionali e internazionali in una situazione di crisi»¹⁷.

Tale disposizione fornisce all'operatore giuridico varie informazioni. Essa indica, per prima cosa, che l'Unione europea è competente ad incrementare la capacità militare di Stati che sono, rispetto a lei, terzi. Poi, ed è forse il passaggio più complesso da interpretare, l'art. 56 specifica che l'Unione possa a ciò provvedere allorché tali Stati si trovino a fronteggiare una «situazione di crisi». Non una situazione di crisi qualsiasi, bensì una situazione che esiga una risposta militare «rapid[a] ed efficace». Si tratta quindi di ipotesi gravi, tra le quali possono essere annoverati i conflitti armati: quelli interni al territorio di un solo Stato, conseguenti ad esempio a rivolte o insurrezioni; quelli internazionali, che coinvolgano, cioè, due o più Stati.

Apparentemente, l'art. 56 della decisione 509 conferisce all'Unione un potere di assistenza molto ampio. Essendo neutrale rispetto all'origine e alle circostanze della situazione di crisi, dalla disposizione sembrerebbe derivare, per l'Unione, il potere di istituire misure di assistenza a beneficio di qualunque Stato terzo coinvolto in un conflitto armato: nel caso dei conflitti armati di carattere internazionale, dunque, tanto nei confronti di uno Stato aggredito quanto nei confronti di uno Stato aggressore. Così non è, però.

Come del resto l'intera decisione 509, l'art. 56 va interpretato alla luce dei Trattati istitutivi, i quali vincolano l'azione dell'Unione

¹⁶ Decisione (PESC) 2021/509 del Consiglio del 22 marzo 2021 che istituisce uno strumento europeo per la pace, e abroga la decisione (PESC) 2015/528.

¹⁷ Art. 56, par. 1, lett. b), della decisione (PESC) 2021/509, cit.

alla stretta osservanza del diritto internazionale. Non solo l'art. 21, par. 1, del Trattato sull'Unione europea chiarisce che l'«azione dell'Unione sulla scena internazionale si fonda [sul] rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale». Ma l'art. 3, par. 5, dello stesso trattato, prescrive addirittura che, «[n]elle relazioni con il resto del mondo», l'Unione debba contribuire «alla rigorosa osservanza e allo sviluppo del diritto internazionale».

Ne consegue che, nell'ambito dei conflitti armati internazionali, che sono quelli che qui più interessano, l'art. 56 della decisione 509 va interpretato come attributivo all'Unione europea del potere di istituire misure di assistenza tese a rafforzare la risposta militare degli Stati terzi che possano usare la forza armata contro un altro Stato senza, con ciò, violare il diritto internazionale. In altre parole, sulla base del combinato disposto degli articoli 2, par. 4, e 51 della Carta delle Nazioni Unite, nonché del divieto di uso della forza armata e del diritto alla legittima difesa che questi codificano, l'Unione europea potrebbe assistere i soli Stati terzi aggrediti da altri Stati, i quali agiscano, dunque, in legittima difesa.

Adottando la decisione 509, l'Unione europea ha pertanto scelto di dotarsi del potere di rafforzare l'azione in legittima difesa degli Stati terzi che subissero un'aggressione. Potere che ha poi esercitato, per la prima volta, adottando la decisione 338. Così facendo, dall'azione dell'Unione è scaturita la consegna all'esercito ucraino di ingenti quantità di materiali militari. Per fare alcuni esempi: di missili, armi anticarro e mitragliatrici pesanti dall'Italia¹⁸; di carri armati, armi di difesa aerea portatili, munizioni, mortai leggeri e droni dalla

¹⁸ Cfr. il decreto del ministro della Difesa del 31 gennaio 2023 recante autorizzazione alla cessione di mezzi, materiali ed equipaggiamenti militari alle autorità governative dell'Ucraina ai sensi dell'art. 2-bis del d.l. 25 febbraio 2022 n. 14, come pure i decreti del Governo italiano del 2 marzo 2022 («Autorizzazione alla cessione di mezzi, materiali ed equipaggiamenti militari alle autorità governative dell'Ucraina ai sensi dell'art. 1 del decreto legge 28 febbraio 2022 n. 16») e del 22 aprile 2022 («Autorizzazione alla cessione di mezzi, materiali ed equipaggiamenti militari alle Autorità governative dell'Ucraina ai sensi dell'art. 2-bis del decreto legge 25 febbraio 2022 n. 14, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 aprile 2022 n. 28»). Si veda poi: CLAPP, *Russia's War on Ukraine: Bilateral Delivery of Weapons and Military Aid to Ukraine* (Servizio ricerca del Parlamento europeo, maggio 2022, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2022/729431/EPRS_ATA\(2022\)729431_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2022/729431/EPRS_ATA(2022)729431_EN.pdf)); TgSky24, *Armi all'Ucraina, dagli Usa all'Italia: ecco cosa inviano i Paesi a Kiev*, 7 giugno 2022, <https://tg24.sky.it/mondo/2022/06/07/invio-armi-ucraina#00>.

Polonia¹⁹; di altri carri armati, veicoli da combattimento di fanteria, armi antiaeree portatili, mitragliatrici, fucili d'assalto, fucili mitragliatori, proiettili, mortai dalla Repubblica Ceca²⁰; carri armati antiaerei, veicoli da combattimento di fanteria, armi anticarro, missili, obici corazzati dalla Germania²¹.

4. *L'assistenza dell'Unione europea all'Ucraina e la legittima difesa collettiva*

Proprio l'istituto della legittima difesa, menzionato per interpretare l'art. 56 della decisione 509, dà avvio all'indagine relativa alla base giuridica fornita dal diritto internazionale al sostegno europeo all'esercito ucraino. Poiché l'atto di partecipare all'azione in legittima difesa di uno Stato attaccato potrebbe configurare l'ipotesi della legittima difesa collettiva, è da tale ipotesi di lavoro che conviene infatti prendere le mosse.

Riconosciuto dall'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite, il quale garantisce «the inherent right of individual or *collective self-defence*» (corsivo aggiunto), il diritto alla legittima difesa collettiva concerne l'ipotesi in cui vi sia uno Stato A che aggredisce uno Stato B, e poi uno Stato C, che agisce al fianco dello Stato B per respingere l'attacco da questi subito²².

Configurando un'eccezione al generale divieto di uso della forza, il diritto alla legittima difesa collettiva è ricostruito in maniera assai stringente. In particolare, perché possa essere esercitato, occorre ricorrano tre condizioni, le quali sono state illustrate dalla Corte internazionale di giustizia nella sentenza resa sul caso delle *Attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua*²³. In primo luogo, ha chiarito la Corte, il presupposto della legittima difesa collettiva è il medesimo della legittima difesa individuale: un attacco armato

¹⁹ CLAPP, *Russia's War on Ukraine*, cit., 2.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*.

²² Cfr. Y. DINSTEIN, *War, Aggression and Self-Defence*, cit., 301 e ss. e la bibliografia ivi citata.

²³ Corte internazionale di giustizia, sentenza del 27 giugno 1986 nel caso delle *Attività militari e paramilitari in Nicaragua e contro il Nicaragua (Nicaragua c. Stati Uniti d'America)*.

compiuto da uno Stato nei confronti di un altro²⁴. In secondo luogo, per scongiurare un uso pretestuoso del diritto di usare la forza in legittima difesa collettiva, e poiché «[t]here is no rule in customary international law permitting another State to exercise the right of collective self-defence on the basis of its own assessment of the situation», è necessario che sia proprio lo Stato attaccato a dichiararsi vittima di un attacco armato²⁵. Da ultimo, perché si versi nella fattispecie della legittima difesa collettiva, bisogna che vi sia «a request by the State which is the victim of the alleged attack»²⁶.

Nel caso del sostegno fornito dall'Unione europea all'Ucraina i tre requisiti illustrati dalla Corte internazionale di giustizia paiono effettivamente riscontrabili. La circostanza che vi sia, nel caso specifico, uno Stato che ha compiuto un attacco armato nei confronti di un altro, è stato riconosciuto, tra gli altri, dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite. Nella risoluzione del 2 marzo 2022 è possibile leggere che l'Assemblea condanna, nella maniera più severa possibile, «the aggression by the Russian Federation against Ukraine in violation of Article 2 (4) of the Charter» e richiede, di conseguenza, che la Federazione Russia «immediately cease its use of force against Ukraine»²⁷. Ricorre anche il secondo requisito, ossia il riconoscimento da parte dello Stato aggredito di essere vittima di un attacco armato. Più volte, infatti, l'Ucraina si è definita vittima di un attacco armato. Per un esempio, si può pensare al discorso pronunciato dal suo presidente al termine del primo giorno di guerra, nel quale dichiarò, tra le altre cose, che «[t]oday Russia attacked the entire territory of our State»²⁸. Da ultimo, quanto alla richiesta di aiuto da parte dello Stato aggredito, di essa vi è una chiara testimonianza all'interno della decisione 338. In particolare, il quinto dei «considerando» che apre la decisione, recita: «[i]l 25 febbraio 2022 *il governo ucraino ha rivolto all'Unione una richiesta urgente di assistenza per la fornitura di materiale militare*» (corsivo aggiunto).

²⁴ *Ibid.*, par. 232.

²⁵ *Ibid.*, par. 195.

²⁶ *Ibid.*, par. 199.

²⁷ Risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite del 2 marzo 2022 n. A/RES/ES-11/1.

²⁸ Presidenza dell'Ucraina, *Address by the President to Ukrainians at the End of the First Day of Russia's Attacks*, 25 febbraio 2022, <https://www.president.gov.ua/en/news/zvernennya-prezidenta-do-ukrayinciv-napriskinci-pershogo-dnya-73149>.

Una prima ipotesi è quindi che l'assistenza offerta dall'Unione all'esercito ucraino sia riconducibile all'istituto della legittima difesa collettiva e, pertanto, lecita.

Pur se indubbiamente ragionevole, questa ricostruzione potrebbe incontrare delle obiezioni. Si potrebbe invero sostenere che, sebbene nel caso di specie si versi in una situazione molto vicina alla legittima difesa collettiva, la disciplina normativa della legittima difesa collettiva non potrebbe trovare applicazione. Ciò in virtù del fatto che la normativa sulla legittima difesa, individuale e collettiva, si rivolge tradizionalmente agli Stati: essi sono, del resto, i primi soggetti del diritto internazionale, ed ancor oggi sono quelli che generalmente compiono o subiscono attacchi armati, e aggrediscono o si difendono attraverso i loro eserciti. Ne consegue che, perché si ammetta che l'assistenza fornita dall'Unione europea all'Ucraina configuri un'ipotesi di legittima difesa collettiva, occorre previamente ammettere che, tra i soggetti abilitati dal diritto internazionale consuetudinario ad agire in legittima difesa, *id est* ad usare la forza armata in maniera lecita, vi sia proprio l'Unione europea, un'organizzazione internazionale priva di suoi contingenti militari e dotata di sparute competenze, *vis-à-vis* i suoi Stati membri, in materia di utilizzo della forza armata. Ecco perché la ricostruzione suggerita potrebbe incontrare obiezioni relative al rilievo, sul piano del diritto generale, delle attività dell'Unione descritte nel paragrafo precedente²⁹.

5. *L'assistenza dell'Unione europea all'Ucraina e l'obbligo di cooperare per far cessare un atto illecito*

Con riferimento alla base giuridica fornita dal diritto internazionale al sostegno europeo all'esercito ucraino vi è poi una seconda

²⁹ Il riferimento è alla corrente di pensiero cosiddetta funzionalista. Per una sua affermazione giurisprudenziale, si veda il parere reso l'8 luglio 1996 dalla Corte internazionale di giustizia sulla *Liceità dell'uso delle armi nucleari da parte di uno Stato nel corso di un conflitto armato*: «The Court need hardly point out that international organizations are subjects of international law which do not, unlike States, possess a general competence. International organizations are governed by the “principle of speciality”, that is to say, they are invested by the States which create them with powers, the limits of which are a function of the common interests whose promotion those States entrust to them» (par. 25). Per la sua evoluzione giurisprudenziale, si veda, *ex multis*, la ricostruzione sviluppata da L. GASBARRI, *The Concept of an International Organization in International Law*, Oxford, 2021, 17 ss.

ipotesi, la quale concerne la possibilità di inquadrare la condotta dell'Unione nel diritto della responsabilità internazionale. Un settore del diritto internazionale, quello che riguarda la responsabilità per atti illeciti, estremamente complesso, che è stato oggetto di un'intensa opera di codificazione da parte della Commissione del diritto internazionale, la quale ha prodotto, tra gli altri, due strumenti, che saranno centrali per l'analisi che subito seguirà: il progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati, nel 2001 (d'ora in avanti, il progetto di articoli del 2001), ed il progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali, nel 2011 (d'ora in avanti, il progetto di articoli del 2011)³⁰.

La violazione del divieto di uso della forza da parte di uno Stato che aggredisce militarmente un altro Stato è un illecito qualificato del diritto internazionale. Pertanto, tale condotta ricade non solo nel regime della legittima difesa, sopra esaminata, ma altresì nella disciplina giuridica delle conseguenze previste per gli atti internazionalmente illeciti³¹. In particolare, lo Stato che usa la forza armata avverso un altro Stato va incontro alla responsabilità internazionale che si ingenera a seguito della grave violazione di un obbligo stabilito dal diritto cogente: per usare le parole dell'art. 40, par. 1, del progetto di articoli del 2001, viene a sorgere «the international responsibility which is entailed by a serious breach by a State of an obligation arising under a peremptory norm of general international law». Significativamente, nel commentario formulato dalla Commissione del diritto internazionale, ed allegato al progetto di articoli, quale primo esempio di grave violazione di obblighi stabiliti dal diritto cogente *ex art. 40* è menzionata proprio l'aggressione³².

La conseguenza di una grave violazione di norme cogenti è un regime di responsabilità aggravato. Esso non comporta soltanto l'ob-

³⁰ Rispettivamente, nella loro denominazione ufficiale, International Law Commission: *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two, 30 e ss.; *Draft Articles on the Responsibility of International Organizations, with commentaries*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2011, vol. II, Part Two, 46 e ss.

³¹ Cfr. Corte internazionale di giustizia, sentenza del 27 giugno 1986, cit., par. 173 e ss. e art. 2, par. 4, della Carta delle Nazioni Unite.

³² Cfr. *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, cit., 112: «[a]mong these prohibitions, it is generally agreed that the prohibition of aggression is to be regarded as peremptory».

bligato, per lo Stato autore dell'illecito, di cessare la condotta contraria al diritto, di offrire garanzie che questo non si ripeterà e di risarcire i danni nel frattempo provocati³³. L'art. 41, par. 1, del progetto di articoli del 2001 prevede invero che una grave violazione di una norma cogente ingeneri anche l'obbligo per tutti gli altri Stati, quelli che dunque l'illecito né l'hanno compiuto né l'hanno subito direttamente, di cooperare per porre fine, con mezzi leciti, ad esso³⁴. Si tratta di una norma il cui testo è volutamente generico, come chiarisce il suo commentario: «[b]ecause of the diversity of circumstances which could possibly be involved, the provision does not prescribe in detail what form this cooperation should take»³⁵. Ma si tratta, al contempo, di una norma che fornisce una precisa indicazione: l'obbligo di cooperare per far cessare il grave illecito «must be [abided by] through *lawful means*, the choice of which will depend on the circumstances of the given situation»³⁶.

Vero è che, come notano alcuni autori, la valutazione della liceità di un certo atto è spesso controversa e ciò può comportare seri problemi soprattutto con riferimento alle azioni, e alle reazioni, che contemplano l'uso della forza³⁷. E tuttavia pare difficile dubitare che, nel caso di un'aggressione diretta, e su larga scala, sia «lawful» l'atto di sostenere lo Stato che ne è vittima ad esercitare il suo diritto di legittima difesa. A tacer d'altro, basti considerare che, se per gli altri Stati sarebbe lecito esercitare il diritto di legittima difesa collettiva, e dunque usare direttamente la forza avverso lo Stato aggressore, *a fortiori* non potrebbe che essere lecito fornire un aiuto, per così dire, *minoris generis*, allo Stato aggredito, qual è la fornitura di equipaggiamenti militari, perché la legittima difesa la eserciti lui stesso.

I progetti di articoli della Commissione del diritto internazionale indicano, peraltro, che l'ipotesi di ricondurre l'assistenza pre-

³³ Cfr. art. 30 e ss. dei *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, cit.

³⁴ Art. 41, par. 1, dei *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, cit.: «States shall cooperate to bring to an end through lawful means any serious breach within the meaning of article 40».

³⁵ *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, cit., 114.

³⁶ *Ibid.* (corsivo aggiunto).

³⁷ Cfr. J. CRAWFORD, *State Responsibility: The General Part*, Cambridge, 2014, 387; N. JØRGENSEN, *The Obligation of Cooperation*, in J. CRAWFORD, A. PELLET e S. OLLESON (a cura di), *The Law of International Responsibility*, Oxford, 2010, 695 ss.

stata dall'Unione europea all'Ucraina alla figura dell'obbligo di cooperare per far cessare l'illecito non porrebbe problemi analoghi a quelli di cui si è dato conto con riferimento alla legittima difesa collettiva, concernenti il potere di agire dell'Unione³⁸. Molto simile alla formulazione dell'art. 41, par. 1, del progetto di articoli inerente alla responsabilità internazionale degli Stati è infatti il testo dell'art. 42, par. 1, del progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali. Quest'ultimo prevede che «States and international organizations shall cooperate to bring to an end through lawful means any serious breach [by an international organization of an obligation arising under a peremptory norm of general international law]».

Desumere il contenuto prescrittivo dell'art. 42 non è però agevole come potrebbe sembrare. Un'interpretazione letterale di tale disposizione, la quale fa riferimento alle sole violazioni gravi del diritto cogente commesse dalle organizzazioni internazionali, determinerebbe una differenziazione difficile da giustificare tra, da un lato, la posizione obbligatoria degli Stati e, da un altro lato, quella delle organizzazioni internazionali. Mentre gli Stati hanno l'obbligo di cooperare, attraverso misure lecite, per far cessare le gravi violazioni del diritto cogente compiute sia dagli altri Stati (art. 41 del progetto di articoli del 2011) che dalle organizzazioni internazionali (art. 42 del progetto di articoli del 2011), le organizzazioni internazionali avrebbero l'obbligo di cooperare, attraverso misure lecite, per far cessare le sole gravi violazioni del diritto cogente commesse da altre organizzazioni internazionali (art. 42 del progetto di articoli del 2011). La conseguenza inevitabile di ciò sarebbe l'assenza di obblighi per le organizzazioni internazionali allorché a compiere una grave violazione delle norme cogenti fosse uno Stato.

Il commentario all'art. 42 indica, però, che una siffatta interpretazione sia da escludere. Esso chiarisce che il principio generale che ha ispirato la formulazione della norma è la necessaria eguaglianza tra la posizione giuridica degli Stati e quella delle organizzazioni internazionali che commettessero una grave violazione di una norma cogente («the legal situation of an international organization should be the same as that of a State having committed a similar breach»)³⁹.

³⁸ Si veda, *supra*, par. 4.

³⁹ *Draft Articles on the Responsibility of International Organizations*, cit., 83.

Inoltre, lo stesso commentario riferisce quanto sia diffuso il convincimento che, come gli Stati, anche le organizzazioni internazionali «would [...] be under an obligation to cooperate to bring the breach to an end», chiunque ne sia l'autore⁴⁰. Pertanto, prosegue il ragionamento versato dalla Commissione del diritto internazionale nel commentario, l'obbligo di cooperare va «considered to apply to international organizations when a breach was allegedly committed by a State»⁴¹.

A sostegno di tale conclusione vi è peraltro il parere sulle *Conseguenze giuridiche della costruzione di un muro nel territorio occupato palestinese* reso dalla Corte internazionale di giustizia⁴². Dopo aver riconosciuto la violazione del diritto all'autodeterminazione del popolo palestinese per effetto della condotta di Israele, nel parere la Corte ha dapprima richiamato l'obbligo «for all States» di cooperare per fare in modo che l'impedimento «to the exercise by the Palestinian people of its right to self-determination is brought to an end», e subito dopo ha riconosciuto come il medesimo obbligo ricadesse sulle organizzazioni internazionali, in particolar modo, in ragione delle sue competenze, sull'organizzazione delle Nazioni Unite⁴³.

Né un ostacolo alla riconducibilità del sostegno dell'Unione all'Ucraina alla figura dell'obbligo di cooperare potrebbe venire dalle competenze della stessa Unione, o dai poteri a questa riconosciuti dal diritto internazionale. Viene specificato, sempre nel commentario all'art. 42, come l'obbligo per le organizzazioni internazionali di cooperare, attraverso misure lecite, per porre fine alle gravi violazioni del diritto cogente degli Stati, «is not designed to vest international organizations with functions that are outside their respective mandates»⁴⁴. Ne consegue che, affinché l'azione di un'organizzazione internazionale, tesa a far cessare la violazione del diritto cogente da parte di uno Stato, sia ascrivibile all'obbligo di cui all'art. 42 del progetto del 2011, una volta appurato che sia «lawful», bisogna anche verificare che figuri tra le competenze attribuitele dal suo trattato istitu-

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem* e Corte internazionale di giustizia, parere del 9 luglio 2004 sulle *Conseguenze giuridiche della costruzione di un muro nel territorio occupato palestinese*.

⁴³ Corte internazionale di giustizia, parere del 9 luglio 2004, cit., par. 123, 159 e 163.

⁴⁴ *Draft Articles on the Responsibility of International Organizations*, cit., 83.

tivo, ovvero dalle norme adottate sulla base di esso. Nel caso specifico, tale accertamento è senz'altro soddisfatto: come visto in precedenza, la misura di assistenza istituita dall'Unione europea a favore dell'Ucraina mediante la decisione 338 è fondata sulla decisione 509 la quale, a sua volta, dà attuazione alle disposizioni del Trattato sull'Unione europea in materia di politica estera e di sicurezza comune⁴⁵.

6. *Cenni conclusivi*

L'analisi compiuta ha rivelato l'esistenza di più d'una base giuridica idonea a determinare la liceità, ai sensi del diritto internazionale, della condotta dell'Unione europea di sostenere l'esercito ucraino nella sua azione in legittima difesa. Se la prima base giuridica, costituita dalla normativa sulla legittima difesa collettiva, potrebbe porre all'operatore del diritto qualche problema, sia di carattere teorico che di carattere applicativo, la seconda base giuridica, costituita dall'obbligo di cooperare per far cessare una grave violazione del diritto cogente, pare interamente applicabile. Cade, quindi, l'ipotesi che la Federazione Russa possa far valere giuridicamente la responsabilità internazionale dell'Unione europea a causa del suo sostegno all'Ucraina. Mancherebbe, invero, il cosiddetto elemento oggettivo della responsabilità: si tratta, ai sensi dell'art. 4, lett. b), del progetto di articoli del 2011, della condotta materiale che «constitutes a breach of an international obligation of [the] organization». Pertanto, l'argomento della Federazione Russa teso a prefigurare la responsabilità internazionale dell'Unione europea, non solo è privo di una base giuridica, ma non può fondare alcuna pretesa di cessazione della condotta.

Abstracts

La scelta dell'Unione europea di sostenere l'Ucraina, vittima di un'aggressione diretta e su larga scala iniziata dalla Federazione Russa nel febbraio del 2022, ha ingenerato la reazione del Governo

⁴⁵ Cfr., *supra*, par. 2 e 3, e il primo alinea del preambolo alla decisione (PESC) 2021/509, cit., secondo il quale essa era adottata «visto il trattato sull'Unione europea, in particolare l'articolo 28, paragrafo 1, l'articolo 41, paragrafo 2, l'articolo 42, paragrafo 4, e l'articolo 30, paragrafo 1».

russo. In particolare, sin dai primi giorni del conflitto ed a tutt'oggi, la Federazione Russa sostiene che la condotta dell'Unione europea sia illecita e ne ingeneri la responsabilità internazionale. Il presente studio si interroga sulla fondatezza di tale argomento. In esso viene indagata la possibilità di ricondurre la condotta dell'Unione europea ad una base giuridica stabilita dal diritto internazionale che ne determini la liceità. L'analisi consente di identificare addirittura due basi giuridiche. La prima è la norma sulla legittima difesa collettiva, secondo la quale, in presenza di talune condizioni, sarebbe lecito partecipare, anche usando la forza armata, all'azione in legittima difesa di uno Stato vittima di un attacco armato. La seconda è la norma sull'obbligo di cooperare per far cessare una violazione del diritto internazionale cogente, secondo la quale tutti gli Stati e tutte le organizzazioni internazionali devono attivarsi, compiendo atti leciti che rientrino nelle proprie competenze, perché lo Stato che abbia violato gravemente una norma cogente, quale ad esempio il divieto di uso della forza, non protragga oltre il suo atto illecito.

The European Union's decision to support Ukraine, victim of a direct and large-scale aggression started by the Russian Federation in February 2022, has prompted the strong reaction of the Russian government. In particular, since the early days of the conflict and to present days, the Russian Federation has been arguing that the European Union's conduct is unlawful and engenders its international responsibility. The present study aims at evaluating this assertion. This paper investigates the possibility of grounding the European Union's conduct of assisting Ukraine on a legal basis established by international law. Strikingly, the analysis allows the identification of two legal bases. The first one is the legal regime of collective self-defense, according to which, under certain conditions, it would be lawful to act in self-defense, upon request, together with the attacked State. The second legal basis is the obligation to cooperate to put an end to a serious breach of a peremptory norm of international law, according to which all States and all international organizations must take action, by means of lawful measures, to put the serious breach to an end. Undisputedly, the breach of the prohibition of the use of force falls within the scope of this obligation.

Gli effetti del conflitto russo-ucraino nel settore del trasporto e della logistica nell'attuale fase della globalizzazione

Alessandro Zampone

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Trasporto e rete delle forniture; un legame indissolubile e vulnerabilità del rapporto. – 3. Gli effetti della guerra nel settore dei trasporti – (*Segue*) *a*) la contrazione dei flussi finanziari. – (*Segue*) *b*) gli effetti del regime sanzionatorio adottato dagli Stati sul settore trasporti. – (*Segue*) *c*) gli effetti sul regime contrattuale del trasporto e sui rapporti tra operatori privati. – 4. Il nuovo ruolo del Mediterraneo. – 5. Esigenze dell'epoca de-globalizzata e nuovi ambiti del trasporto: la frontiera dello sfruttamento commerciale dello spazio extra-atmosferico.

1. *Premessa*

Il passato più recente e il presente ci costringono nuovamente a valutare e considerare quali siano gli effetti che eventi di diversa natura sono in grado di produrre nel sistema economico globale anche qualora siano riducibili ad un determinato contesto geografico oggettivamente regionalizzabile. Sistemáticamente ci si ritrova a considerare quali siano le conseguenze sul settore degli scambi internazionali, della produzione, delle catene degli approvvigionamenti e della distribuzione nei riguardi dei quali il trasporto è da sempre in rapporto di strettissima complementarità. È fin troppo intuibile come il trasporto sia stato sempre considerato un'attività strumentalmente funzionale al progresso economico, dal livello cellulare degli albori al contesto globale odierno. Si tratta di un vero e proprio sistema, che è andato progressivamente evolvendo, che comprende veicoli, vie di comunicazione, infrastrutture dedicate. La pandemia prima e il conflitto in Ucraina dopo hanno palesato questa forte condizionabilità e vulnerabilità di tutto ciò che ruota attorno al commercio, tanto più grave ove si è dovuto prendere atto della incapacità di isolare, di contenere anche solo geograficamente determinati effetti negativi che producono, per loro natura, incertezza, volatilità, incostanza. In particolare, la relazione tra impegno militare e scelte commerciali denota come la definizione di alleanze, difensive o meno, produca una inevitabile ricaduta sugli scambi. Ricaduta che non necessariamente coincide con un peggioramento dei rapporti commerciali tra Stati

ma, talvolta, con il riposizionamento di determinate relazioni, anche tra Stati non alleati, favorendo una ridefinizione dei rapporti economici globali. Ma ciò che rimane indiscutibile è rappresentato dalla relazione tra contese militari e commercio indotta a sua volta da quella tra le dinamiche della sicurezza e gli scambi economici¹.

Secondo le stime della *World Trade Organization* (WTO) pubblicate lo scorso mese di marzo nel suo ultimo rapporto «*Global Trade Outlook and Statistics*»² da poco reso pubblico, la crescita del commercio mondiale rallenterà di nuovo quest'anno per una serie di fattori in grado di generare incertezza finanziaria e sfiducia da parte dei diversi operatori del commercio internazionale. Tra tali fattori, la guerra in Ucraina, l'inflazione e le politiche monetarie restrittive si pongono ai vertici di una ipotetica scala di cause determinanti.

Dopo la crescita del +2,7% registrata nel 2022, nel 2023 la progressione del commercio mondiale segnerà un aumento più contenuto e pari al +1,7%. Tali deludenti stime di crescita, inferiori alle attese, trovano giustificazione in un contesto generale nel cui ambito ogni specifica causa finisce per essere determinante riguardo a un tema che è ovviamente centrale e rappresenta il fulcro di ciò di cui stiamo trattando; si tratta della connettività. Pandemia, tensioni geopolitiche, lo shock degli approvvigionamenti, alimentari e di materie prime, semilavorati, componentistica, prodotti finiti, riconducono ad un tema decisivo: cosa incide sui flussi e cosa ne può provocare l'interruzione o anche il solo ridimensionamento.

Tuttavia, queste proiezioni vanno considerate alla luce di quello che appare un processo inesorabile: ossia l'incessante stato di transizione del processo di globalizzazione. La globalizzazione – concetto di cui si può parlare in sensi diversi³ – è infatti sempre in transizione⁴

¹ Cfr. E. BARONCELLI, *Democrazia, guerra e diplomazia commerciale nell'età della globalizzazione*, Torino, 2010, (e-book) cap IX, 25: «lo scontro bilaterale, dalle dispute di media intensità alle guerre di maggiore entità, è infatti associato univocamente alla diminuzione degli scambi tra partners economici».

² Liberamente scaricabile dal sito del WTO (https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/trade_outlook23_e.pdf).

³ F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Torino, 2009, 12.

⁴ Cfr. M.R. FERRARESE, *Al di là della globalizzazione: verso un modello post-globale*, in *Pol. dir.* 2/2021, 268, 269 «è evidente che il nostro mondo mantiene ancora gran parte delle coordinate istituzionali conferite dal processo di globalizzazione, ispirate all'interconnessione tra le varie parti del mondo, specialmente attraverso i mercati e l'economia. Del resto anche il ruolo svolto dalle tecnologie informatiche, che è stato cruciale nel pas-

anche qualora la si riconduca ad un fenomeno solo economico, inteso come estendersi dei mercati oltre i confini strettamente politici e le relative barriere. Ciò rende già inappropriata, o criticabile, l'espressione che appare sovente impiegata nel tentativo di ricondurre il fenomeno in questione al contesto della contemporaneità. Sforzarsi di individuare delle definizioni da attribuire a fasi diverse di un medesimo fenomeno comporta il rischio della frammentazione di un processo che invece si connota per la sua continuità seppure non lineare; quindi, appare concettualmente contraddittorio definire la fase attuale della globalizzazione in termini di era della post-globalizzazione. La globalizzazione, infatti, è un processo, un fenomeno progressivo, che è sempre esistito da quando hanno cominciato ad affermarsi determinati standard⁵ e le egemonie di determinati Stati e che non si esaurisce; semmai muta. La definizione che viene più propriamente attribuita alla fase attuale è infatti quella di una c.d. de-globalizzazione; un sostanziale rallentamento o recedere, un riposizionamento, di un processo che rimane comunque attivo. Mutando gli elementi e il rispettivo rapporto è evoluta la globalizzazione. I nuovi assetti economici e geopolitici, le relazioni tra le grandi potenze, l'internazionalizzazione delle imprese, sono tutti fattori determinanti e che suggeriscono di attribuire un «nuovo profilo al mondo globalizzato»⁶. Inoltre, oggi occorre fare i conti con l'avvento delle nuove tecnologie, con il sempre più incessante processo di digitalizzazione di ogni settore, con l'esigenza pervasiva di sostenibilità, con la transizione dall'economia dei prodotti a quella dei servizi, con la nuova dimensione del mondo del lavoro che privilegia la qualità rispetto alla dimensione della forza lavoro. La guerra Russo-Ucraina, peraltro, ha reso ancora più evidente lo stretto legame tra una deter-

sato, ha continuato a crescere e, soprattutto con la pandemia, ha assunto una importanza cruciale e una modalità di progressione geometrica [...] poiché la storia non è mai immobile, vari aspetti del quadro globale [...] sono stati oggetto, spesso a ragione, di rimessa in questione e di significativi ripensamenti».

⁵ Standards che si risolvono molto spesso nell'assunzione di modelli organizzativi condivisi, anche ad opera di privati che «in forme e misure variabili, possono esercitare il ruolo di co-decisor, insieme a soggetti pubblici di varia natura, o essere autori in prima persona, di norme e regole di condotta, che riguardino specialmente, ma non solo, il proprio ambito di azione»; così M.R. FERRARESE, *Al di là della globalizzazione: verso un modello post-globale*, cit., 266.

⁶ M.R. FERRARESE, *Al di là della globalizzazione: verso un modello post-globale*, cit., 271.

minata tipologia di eventi, quali appunto una guerra, e la crisi degli approvvigionamenti, in tutte le fasi della catena commerciale: la contrazione della disponibilità delle materie prime, dei componenti da impiegarsi nella catena industriale, delle fonti di energia hanno messo in crisi il sistema che pure si è andato assestando secondo la formula del *just in time* e, quindi, con il frazionamento delle diverse fasi della produzione e la progressiva eliminazione dei magazzini (componenti, ricambi, scorte). Tutto questo, peraltro, ha amplificato nel mondo occidentale la consapevolezza della necessità di allentare la propria dipendenza da determinate forniture provenienti da paesi antagonisti; mentre, sullo sfondo, si alimenta l'ambizione della Cina di affermarsi come potenza industriale di riferimento e, anch'essa, sempre meno dipendente da tecnologie importate e dall'export.

E il trasporto? Come è stato lucidamente posto in luce della dottrina, la contemporaneità industriale ha confermato il ruolo essenziale del trasporto perché la filiera produttiva abbia naturale momento terminale nella distribuzione⁷. Ma il trasporto è sempre stato, fin dai primordi dell'età commerciale, lo strumento in grado di garantire la circolazione delle merci a prescindere dall'esistenza di frontiere⁸, gli scambi tra comunità, di persone e di cose, secondo indici di efficienza e affidabilità sempre crescenti che hanno favorito lo sviluppo, da principio, delle comunità territoriali e, quindi, della civiltà globale. Come è noto, ruolo trainante va riconosciuto al trasporto marittimo le cui prime regolazioni sono risalenti al diritto antico per poi divenire con la civiltà medievale, attraverso gli statuti

⁷ «L'era industriale è contrassegnata dall'incessante trasferimento delle materie prime, dei semilavorati e delle merci rispettivamente dal luogo di estrazione o di produzione a quello di trasformazione, e dei prodotti finiti dal luogo di produzione ai mercati di consumo finale». Ed ancora «il sistema produttivo ha subito e va subendo una ulteriore frammentazione, rappresentata dalla globalizzazione; la produzione non è più concentrata in un unico stabilimento, ove affluiscono le materie prime e dalle quali esce il prodotto finito, ma si realizza attraverso una pluralità di fasi autonome, finalizzata ciascuna alla realizzazione di prodotti semilavorati, destinati a subire un ulteriore processo di lavorazione nella fase successiva, fino al finale assemblaggio del prodotto finito»; cfr. A. ANTONINI, *Corso di diritto dei trasporti*, Milano, 2015, 4. Più recentemente, A. ANTONINI, *Commercio internazionale e portualità*, in *Dir. trasp.* 2022, 354.

⁸ La circolazione delle merci senza frontiere è uno degli effetti caratterizzanti la società della globalizzazione. Cfr. P. MARCONI, *Globalizzazione, merce, lavoro*, in *Sociologia e diritto* 3/2006, 226: «con gli accordi che hanno sancito l'adesione alla Wto nella maggioranza del globo, si assiste alla liberalizzazione del transito delle manifatture (soprattutto quelle ad alto contenuto tecnologico)».

delle città marinare e nelle raccolte di norme di estrazione consuetudinaria e giurisprudenziale, pioniere del diritto commerciale secondo la formula molto felicemente coniata da Tullio Ascarelli⁹. Del resto, come ricorda Alfredo Antonini, la nave ha rappresentato per prima strumento di attività di commercio «anziché di trasporto: essa appartiene al mercante, il quale con essa trasporta le merci da lui stesso acquistate e poi rivendute; o, meglio, il proprietario della stessa è il mercante, la cui attività è commerciale in senso stretto, mentre quella di trasporto non acquisisce rilevanza giuridica esterna. Successivamente, separatasi definitivamente la figura del proprietario o esercente della nave che effettua il trasporto da quella del mercante che acquista le merci e fruisce del trasporto, il diritto marittimo viene a consolidarsi come diritto del trasporto marittimo, piuttosto che del commercio marittimo»¹⁰.

Il rapporto strumentale svolto dal trasporto è stato descritto, fino alle crisi che da ultimo si sono rapidamente succedute, presupponendo e proponendo una dinamica economica di carattere lineare; la catena delle forniture si sviluppa e si autoalimenta mediante la percorrenza di distanze elevate secondo linee direzionali ben precise che hanno come terminali i grandi distributori e i mercati del consumo. Il trasporto ne consente la realizzazione.

Tuttavia, nella fase attuale del processo di globalizzazione (o de-globalizzazione), si assiste ad una rapida evoluzione: della catena delle forniture, il cui processo esordisce dall'estrazione delle materie prime per terminare con la distribuzione, passando dalla produzione di semilavorati e prodotti finiti, il sistema economico commerciale è evoluto verso il modello della rete delle forniture (dalla *supply-chain* al *supply-network*). Si tratta della realizzazione di una o più reti che traggono origine principalmente dalla prospettiva delle politiche economiche intraprese da USA e UE che mirano, infatti, a favorire processi selettivi di ricostruzione e re-industrializzazione, ripristinando quindi le proprie capacità produttive; «riportando a casa» (il c.d. *reshoring*) parti delle catene di approvvigionamento precedentemente delocalizzate¹¹. A ciò deve aggiungersi il tentativo di ri-localizzazione delle fi-

⁹ T. ASCARELLI, *Appunti di diritto commerciale. Introduzione*, III ed. Roma, 1936, 18.

¹⁰ A. ANTONINI, *Commercio internazionale e portualità*, cit., 356.

¹¹ Come correttamente riferisce A. ANTONINI, *Commercio internazionale e portualità*, cit., 355, «la conseguente revisione degli schemi operativi, se di certo non impone

liere produttive, puntando al consolidamento di alleanze strategiche con partner geopoliticamente affidabili (*friendshoring*).

Tale rete (*supply network*) attiva quindi un processo non più lineare e unidirezionale, bensì circolare e ramificato, al centro del quale non ci sono i produttori dei beni ma coloro che li distribuiscono. La sostituzione della catena originaria della fornitura in una vera e propria rete, a valle della quale ci sono i distributori, dà luogo ad uno schema, ad un movimento vorticistico che ritaglia un ruolo sempre più decisivo, ma caratterizzato da elementi di novità, ai temi del trasporto e della logistica i cui attori entrano a buon diritto nel novero di quelli attualmente dominanti in questa nuova fase di globalizzazione, alla stessa stregua di coloro che si occupano di altri settori strategici quali quelli della ricerca e dello sviluppo tecnologico.

Evidente conferma di questo cambiamento di prospettiva è la progressiva sostituzione, cui abbiamo assistito nel recente passato, del processo che comportava che fossero i flussi delle navigazioni marittime e aeree ad avere un ruolo determinante nella individuazione delle infrastrutture terrestri di trasporto e non viceversa. Oggi, ponendo al centro del vortice cui prima ho fatto riferimento il soggetto titolare della distribuzione, il processo è sostanzialmente invertito.

Effetto consequenziale del medesimo presupposto è anche il sempre più marcato fenomeno di integrazione verticale nella catena logistica che vede gruppi armatoriali di primaria rilevanza confrontarsi sul piano delle acquisizioni di fette significative di mercati contigui quali quelli del trasporto terrestre, dello stoccaggio e della distribuzione delle merci. La prospettiva ipotizzata è quella di un confronto a livello globale sull'efficientamento e l'organizzazione dell'intera filiera che oggi presuppone rapporti di partnership tra operatori globali e operatori regionali e la valorizzazione del crescente sviluppo dell'*e-commerce*.

2. *Trasporto e rete delle forniture; un legame indissolubile e vulnerabilità del rapporto*

Le modeste proiezioni di crescita cui sopra si è fatto riferimento confermano, se ce ne fosse ancora bisogno, come quella stretta originaria spostamento della globalizzazione ad una sorta di reviviscente autarchia, rimarca l'esigenza di ridurre la dipendenza dall'estero, realizzabile con la rilocalizzazione degli acquisti e la riconduzione delle varie fasi della produzione all'interno dell'impresa».

naria relazione tra filiere produttive, commercio e trasporto sia ancor più decisiva oggi ma, proprio per questo, esposta ai rischi che prima sembravano potere essere meglio gestiti. La configurazione a rete di questa relazione rende evidente la vulnerabilità del sistema. La rete è fragile per definizione e la sua efficienza può essere significativamente influenzata da accadimenti che le sono geneticamente estranei, ma in grado di destabilizzarla nel momento in cui essi sono in condizione di incidere sul principale elemento che la caratterizza: la connessione, evolutivamente intesa in termini di connettività, quale capacità d'intercomunicazione anche tra sistemi e ambiti diversi.

Il trasporto realizza la connessione. Ne rappresenta infatti una modalità, consentendo a cose e individui di raggiungere fisicamente destinazioni diverse rispetto al punto nel quale originariamente si trovano; destinazioni molto spesso lontane verso le quali ci si rivolge per le ragioni più svariate; personali, sociali, culturali, politiche, economiche. Il concetto di trasporto, quale modalità di connessione, non può prescindere dall'impiego di un veicolo, che sia terrestre, aereo o marittimo; utilizzati isolatamente o cumulativamente. Ove invece la connessione sia garantita dall'impiego di altre tecnologie (cavi, reti, condutture), da forze naturali (la corrente dei fiumi) ovvero nel caso in cui ci si avvalga della sola umana forza fisica, non si può parlare di trasporto. Si realizzano forme di trasferimento (immagini, suoni, dati, energia, sostanze, beni) ma non di trasporto¹².

Tuttavia, il denominatore comune, la connessione appunto, spinge i regolatori, in particolare nell'Unione europea, a riguardare trasporti, telecomunicazioni e energia quali ambiti distinti ma connotati da caratteri comuni quali settori strategici dei mercati e dell'economia. Ciò appare evidente, ad esempio, nel trattato di Maastricht¹³ che, per la prima volta, si rivolge alle reti transeuropee intendendole, con le relative infrastrutture dei trasporti, dell'energia e delle telecomunicazioni, funzionalmente collegate¹⁴.

¹² Cfr. A. ANTONINI, *Corso di diritto dei trasporti*, Milano, 2015, 6.

¹³ Trattato sull'Unione europea, firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992, entrato in vigore il 1° gennaio 1993 (in G.U.C.E. 29 luglio 1992, N. C 191/1). L'art. 3, lett. n, del TCE, così come modificato dal Trattato di Maastricht, individuava, tra le azioni della Comunità, quella di promuovere «l'incentivazione della creazione e dello sviluppo di reti transeuropee».

¹⁴ Lo scopo delle norme introdotte nel TCE dal Trattato di Maastricht del 1992 (artt. 129B, 129C e 129D) è stato quello di prevedere, mediante l'azione della Comu-

Non è un caso, quindi, che in presenza di situazioni contingenti che rivestono una rilevanza di portata particolarmente vasta, in grado, cioè, di coinvolgere interessi diffusi e condivisi, riconducibili al concetto di connessione inteso in senso ampio, l'intervento delle istituzioni finisce per dirigere la propria iniziativa in senso quanto mai comprensivo.

Ma non c'è dubbio che l'indispensabile relazione tra lo spostamento geografico e l'impiego del veicolo, che connota e identifica il trasporto rispetto ad altre modalità di trasferimento, espone l'efficienza dell'operazione all'intervento di numerosissime variabili in grado di alterarne sensibilmente, se non di annullarne, le probabilità di riuscita. La stretta interdipendenza tra ambiti finisce infatti per rivelarsi momento di debolezza qualora il sopravvenire di un evento eccezionale ponga a rischio l'affidabilità di ciascuno di questi elementi. Le conseguenze diffuse dell'intervento di tali anomale sopravvenienze compromettono gli interessi, le aspirazioni, le prospettive che sono presupposte al concetto stesso di connessione.

Eventi eccezionali di rilevanza globale, quali l'emergenza pandemica e la crisi del conflitto esploso nel cuore dell'Europa tra Russia e Ucraina, confermano la delicatezza di questo rapporto proprio perché l'interconnessione rappresenta una aspirazione indefettibile e una politica di sviluppo essenziale sotto molteplici profili.

3. *Gli effetti della guerra nel settore dei trasporti*

Il caso del conflitto Russo-Ucraino è emblematico in questo senso. Lo è in particolare nel settore dei trasporti dal momento che gli effetti specifici che ne sono scaturiti conducono a risultati contra-

rità, la costituzione e lo sviluppo «di reti transeuropee nei settori delle infrastrutture dei trasporti, delle telecomunicazioni e dell'energia» per consentire ai «cittadini dell'Unione, agli operatori economici e alle collettività regionali e locali di beneficiare pienamente dei vantaggi derivanti dall'instaurazione di uno spazio senza frontiere interne». Cfr. sul punto, A. PREDIERI, *Le reti transeuropee nei Trattati di Maastricht e di Amsterdam*, in *Dir. Un. eur.* 3/1997, 287 ss. Cfr. anche G. GIACCARDI, M. MARESCA, *La politica europea in materia di infrastrutture nel settore dei trasporti: la sua attuazione in Italia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 1/1998, 267 ss.; C. MONTEBELLO, *Brevi considerazioni sulla rete transeuropea dei trasporti alla luce della riforma del titolo V della Costituzione*, in *Giureta* II/2004; F. DI PORTO, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, Padova, 2008, 26 ss.

stanti e non omologabili, e comunque non sovrapponibili a quelli che hanno riguardato ambiti diversi, quali le reti fisse di distribuzione e approvvigionamento rappresentate da oleodotti, gasdotti, cablaggi aerei o sottomarini, che pure sono state considerate, proprio con i trasporti, nei provvedimenti sanzionatori adottati dall'Unione europea.

La guerra, quale evento in grado di isolare aree geografiche molto estese dal resto del mondo, ha sempre avuto un impatto di grande rilevanza nel settore della navigazione e dei trasporti. Si tratta infatti di un evento che possiede tutte le potenzialità necessarie per incidere significativamente sulla libera fruibilità delle grandi vie di comunicazione, che siano marittime, aeree o terrestri, e sull'accesso e l'impiego delle grandi infrastrutture che ne costituiscono i terminali e gli snodi essenziali. Al tempo stesso, gli effetti immediati che tale evento genera sul mercato, dalla estrazione delle materie prime, alla lavorazione delle medesime, alla distribuzione dei prodotti semilavorati e all'approvvigionamento dei prodotti finiti, contrae la domanda di trasporto e comunque ne condiziona la regolarità fino, nei casi più gravi, ad escluderla del tutto.

Ma non c'è dubbio che il settore marittimo, per la sua dimensione globale e per le sue caratteristiche tecnico-funzionali, sia quello destinato ad essere maggiormente influenzato dal deflagrare di un conflitto quando questo abbia una dimensione significativa. E ciò a prescindere dalla marittimità o meno degli stati belligeranti. Rilevano infatti le grandi vie di comunicazione, le reti intermodali, gli snodi logistici, che svolgono in un sistema evoluto di trasporto un ruolo strategico che non può essere isolato, se non contro pesanti ripercussioni, dalla connettività mare-terra. Si pensi, ad esempio, a quali siano state le conseguenze che le difficoltà di accesso alle infrastrutture marittime e alle vie di navigazione da e verso l'Ucraina provocate dal conflitto hanno determinato nel trasporto del grano che rappresenta uno dei più rilevanti settori dell'esportazione di quel paese. Tutta la catena di distribuzione di tale prodotto, infatti, si è ricollocata, sostituendo al trasporto marittimo la modalità di trasporto terrestre, in particolare per ferrovia, ritenuta, in una prospettiva contestualizzata, maggiormente affidabile e sicura.

Volendo soffermarsi, seppure per approssimazione, sulle conseguenze più evidenti che il deflagrare del conflitto ha arrecato al comparto trasportistico, è possibile distinguere effetti diretti ed effetti in-

diretti. I primi sono primariamente rappresentati dalle sanzioni disposte in modo tale da colpire il trasporto come attività strumentale nella catena degli scambi commerciali con la Federazione russa. Tra i secondi, molto significativo, è l'evidente rallentamento del processo di elargizione e impiego delle risorse finanziarie finalizzate allo sviluppo delle grandi reti di trasporto. Essendo poi destinati ad avere una incidenza quanto mai ampia, e in grado di incidere prospetticamente sulla efficienza del sistema trasporto ben oltre la dimensione soggettiva e oggettiva che un apparato di sanzioni normalmente presuppone, converrà accennare in primo luogo a questi ultimi.

a) *La contrazione dei flussi finanziari*

È un fatto che la crisi economica innescata dagli eventi bellici abbia provocato una contrazione dei flussi finanziari destinati ad alimentare l'efficienza e la funzionalità delle grandi reti di trasporto. La situazione di improvvisa interruzione dei flussi di traffico con le zone di guerra, e con quelle ad esse contigue, ha momentaneamente disincentivato forme di investimento in risorse, non solo finanziarie, che dovrebbero alimentare il processo di sviluppo delle grandi reti TEN, tra le quali quella relativa ai trasporti è oggetto della recente proposta di modifica del regolamento 1315/2013¹⁵. Le prospettive di tale riforma¹⁶ sono infatti strettamente connesse al raggiungimento di un livello più alto di efficienza sotto profili non perfettamente sovrapponibili a quelli tradizionali. La ecosostenibilità, in primo luogo, attraverso la riduzione drastica delle possibilità di congestione delle reti e degli snodi di traffico, incrementando l'efficienza del trasporto

¹⁵ Reg. (UE) n. 1315/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2013, sugli orientamenti dell'Unione per lo sviluppo della rete transeuropea dei trasporti e che abroga la decisione n. 661/2010/UE (in G.U.U.E. 20 dicembre 2013, L 348/1).

¹⁶ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sugli orientamenti dell'Unione europea per lo sviluppo della rete transeuropea dei trasporti del 14 dicembre 2021 [COM (2021) 812 final]. Tale atto si propone di abrogare e sostituire il reg. (UE) n. 1315/2013, attraverso il quale sono stati definiti gli orientamenti dell'Unione europea per lo sviluppo della rete transeuropea dei trasporti. Proposta che si inserisce nell'ambito del «*Efficient and green Mobility package*», finalizzata alla realizzazione di una rete di trasporto multimodale europea con standard di alta qualità per rafforzare la coesione sociale, economica e territoriale dell'Unione Europea e contribuire alla creazione di uno spazio unico europeo dei trasporti che sia sostenibile, efficiente e resiliente.

ferroviario, di quello marittimo a corto raggio e per vie navigabili interne. Lo sviluppo della multimodalità, intesa quale opportunità di connessione tra differenti modalità di trasporto, dovrebbe valorizzare forme di logistica e mobilità urbana in grado di ramificare ulteriormente la rete verso aree urbane e pre-urbane. La possibilità di potere utilmente dirigere, secondo le linee sopra indicate, gli interventi, anche economico-finanziari, rischia di essere notevolmente rallentata, se non compromessa, dal deflagrare del conflitto.

La tipologia di interventi previsti è varia, tuttavia possono isolarsi le seguenti categorie di massima: *a)* interventi sulle infrastrutture in parte già esistenti volti a promuoverne lo sviluppo efficiente e funzionale, attraverso non solo la manutenzione e l'ammodernamento di quelle in esercizio e l'adozione di misure capaci di promuoverne un uso efficiente, ma anche mediante la realizzazione di nuove¹⁷. Tuttavia, proprio sotto il profilo finanziario si avverte una crescente preoccupazione circa la sorte dei finanziamenti disposti in tal senso; *b)* interventi che devono riguardare nuove infrastrutture di trasporto intese in senso evoluto, ovvero in grado di essere funzionali non solo al trasporto strettamente inteso, ma anche a quelle attività complementari, pur sempre essenziali per l'evoluzione in chiave sostenibile (la movimentazione dei combustibili alternativi, l'impiego delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione per i trasporti, ogni altra attività funzionale a servizi di trasporto sempre più efficienti e sostenibili)¹⁸.

Lo scorso 13 aprile, a Commissione Trasporti e Turismo (Tran) del Parlamento Europeo ha approvato all'unanimità la proposta di revisione delle regole alla base delle reti Ten-T. Si sostiene l'adozione di «standard tecnici e operativi unificati per ogni tipo di trasporto» e si sottolinea che quello intermodale dovrebbe essere svolto «principalmente su rotaia, su vie navigabili interne o tramite trasporto marittimo a corto raggio», limitando la modalità stradale alle tratte ini-

¹⁷ Direttiva UE 2021/1187 del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 luglio 2021 sulla razionalizzazione delle misure per promuovere la realizzazione della rete transeuropea dei trasporti TEN-T, in G.U.U.E. 20 luglio 2021, L 258/1, che gli Stati devono recepire entro il 10 agosto 2023.

¹⁸ D. BOCCHESI, *La proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sugli orientamenti dell'Unione europea per lo sviluppo della rete transeuropea dei trasporti*, in *El transporte ante el desarrollo tecnológico y la globalización*, a cura M.V. Petit Lavall, A. Puetz, C.V. Mampel, A.G. Gascón, Coruña, 2022, 849 ss.

ziali e finali. Quindi, «ferrovie completamente elettrificate sulla rete *core* Ten-T» consentiranno la circolazione tra gli Stati UE di treni merci a 100 km/h con la possibilità di attraversare le frontiere in meno di 15 minuti. Questo comporta che vengano completati (entro il 2030) i principali progetti infrastrutturali sulla rete *core* Ten-T ed entro il 2050 quelli della rete *comprehensive*, in particolare con l'eliminazione di strozzature e colli di bottiglia e la realizzazione dei collegamenti mancanti.

Tuttavia, il perdurare del conflitto condurrà inevitabilmente a rallentare la realizzazione e lo sviluppo di tali interventi; salvo poi doversi confrontare, in un secondo momento, con le necessità che la fase post bellica renderà insopprimibili tra le quali, per i fini che qui interessano, la realizzazione di canali di comunicazione, accesso e transito da e per le zone coinvolte nel conflitto, necessari a supportare gli ingenti flussi di trasporto di merci e passeggeri fisiologici per la migliore ripresa dei rapporti e delle relazioni tra comunità e territori e l'avvio delle iniziative volte alla ricostruzione e al ripristino infrastrutturale.

b) *Gli effetti del regime sanzionatorio adottato dagli Stati sul settore trasporti*

Il complesso sistema di sanzioni messo in atto unilateralmente da numerosi Stati e dalla UE¹⁹ ha finito per ridimensionare sensibilmente la libertà di azione di una moltitudine di operatori economici e commerciali, mortificando investimenti e piani di sviluppo.

Certo è che il primo importante fattore d'incertezza è rappresentato proprio dalla assoluta disomogeneità delle diverse azioni di carattere sanzionatorio messe in atto da Stati Uniti, Europa e Regno Unito. La mancanza di chiarezza ed uniformità influisce significativamente sul comparto trasporti e sul settore dello *shipping* in particolare. Soprattutto nel trasporto marittimo, l'incertezza normativa si traduce in una incertezza sul rischio, con problematiche ricadute sul comparto assicurativo da sempre strettamente funzionalizzato alle attività di trasporto.

¹⁹ Sul concetto di sanzioni unilaterali, cfr. H. KAEMPFER, A. D. LOWENBERG, *Unilateral Versus Multilateral Sanctions: A Public Choice Perspective*, in *International Studies Quarterly* (43), 1999, 37; S. SILINGARDI, *Le sanzioni unilaterali e le sanzioni con applicazione extraterritoriale nel diritto internazionale*, Milano, 2020.

Sanzioni che, peraltro, nel caso della UE, colpiscono non già individui, soggetti, operatori e imprese facenti capo alla Stato aggressore e, in quanto tale, sanzionato; esse, dirette a limitare gli scambi e rapporti tra Stati membri e Federazione Russa, colpiscono in primo luogo i soggetti sottoposti alla giurisdizione dello Stato che le emana e, quindi, per il caso della UE, le persone fisiche e giuridiche che di questo fanno parte²⁰. Situazione apparentemente paradossale ma evidentemente funzionale al raggiungimento del potenziale isolamento economico e commerciale che si ritiene determini il momento afflittivo della sanzione²¹.

Peraltro, alla diretta incidenza dell'apparato di sanzioni sugli scambi commerciali internazionali e sulle conseguenze indirette che si vengono a determinare nei settori contigui e strumentali, quale quello dei trasporti, si accompagnano previsioni specifiche proprio per quest'ultimo ambito con riferimento alle diverse modalità di trasporto (aereo, marittimo, terrestre). I regolamenti emanati in progressione dall'Unione dopo il 24 febbraio 2022, in continuità giuridica con quelli adottati nei confronti della Russia in concomitanza dell'annessione della Crimea²², intervengono, pur con alcune deroghe previste per specifici insopprimibili motivi di interesse superindividuale e diffuso (esigenze umanitarie, di sicurezza, di salvaguardia

²⁰ A. LEANDRO, *I rapporti internazionali d'impresa al vaglio delle misure restrittive adottate dall'Unione europea in occasione del conflitto russo-ucraino*, in *Dir. comm. intern.*, 2022, 243 ss.

²¹ L. PICOTTI, *Guerra, sanzioni, commercio internazionale, trasporti: profili contrattuali operativi*, in *Dir. trasp.*, 2023.

²² In particolare, il reg. (UE) n. 692/2014 concernente restrizioni sulle importazioni nell'Unione di merci originarie della Crimea o Sebastopoli, in risposta all'annessione illegale della Crimea e di Sebastopoli, il reg. (UE) n. 833/2014 concernente misure restrittive in considerazione delle azioni della Russia che destabilizzano la situazione in Ucraina. Il reg. (UE) n. 269/2014 del 17 marzo 2014, concernente misure restrittive relative ad azioni che compromettono o minacciano l'integrità territoriale, la sovranità e l'indipendenza dell'Ucraina, seguito della modifica apportata con Regolamento UE n. 476/2014 del Consiglio del 12 maggio 2014, all'art. 2 stabilisce «1. Sono congelati tutti i fondi e le risorse economiche appartenenti a, posseduti, detenuti o controllati, da qualsiasi persona fisica o giuridica, entità o organismo, o da qualsiasi delle persone fisiche o giuridiche, delle entità o degli organismi a essa associati elencati nell'allegato I. 2. È vietato mettere, direttamente o indirettamente, fondi o risorse economiche a disposizione delle persone fisiche o giuridiche, delle entità o degli organismi, o di qualsiasi delle persone fisiche o giuridiche, delle entità o degli organismi a essa associati elencati nell'allegato I, o destinarli a loro vantaggio».

della vita umana, di approvvigionamento di beni essenziali), anche stabilendo il blocco di veicoli nella disponibilità di soggetti russi²³ e

²³ Il problema del fermo dei mezzi o il congelamento dei medesimi per il periodo di vigenza delle sanzioni è di particolare delicatezza dal momento che la frequente ipotesi del disallineamento tra proprietà ed impiego commerciale determinata dalla prassi dei contratti di utilizzazione dei veicoli, soprattutto della navigazione marittima e aerea, quali i contratti di *charterparty* o di *lease aeronautico*, può condurre a forme di penalizzazione di posizioni che non sono direttamente riferibili ai soggetti destinatari *ex lege* delle sanzioni. Sul punto, si veda il celebre caso *Bosphorous Airways* (sentenza della Corte di giustizia del 30 luglio 1996, causa C-84/95, Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS c. Minister for Transport, Energy and Communications e al; e sentenza Corte europea dei diritti dell'uomo del 30 giugno 2005, Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS c. Irlanda, causa n. 45036/98) sul quale E. CANNIZZARO, *Sulla responsabilità internazionale per condotte di Stati membri dell'Unione europea: in margine al caso Bosphorus*, in *Riv. dir. intern.* 2005, n. 3, 762 ss. Analoga questione riguarda gli effetti dell'istituzione di trust e la configurabilità o meno di un effetto traslativo del conferimento dei beni che, in caso di affermativo, provocherebbe la potenziale successiva estromissione del disponente fra i possibili beneficiari, determinando il passaggio di proprietà in capo al trustee (*legal owner* dei beni fino al trasferimento ai successivi beneficiari). Non essendo configurabile, in virtù dell'atto istitutivo e della legge regolatrice, alcun potere (diretto o indiretto) di gestione e controllo risalente in capo al *settlor*, verrebbe messa in discussione la sussistenza, all'attualità, del presupposto per ritenere applicabile il provvedimento di congelamento al disponente dei beni nel trust in virtù del regolamento di esecuzione (UE) 2022/336 del 28 febbraio 2022 (modificativo del regolamento UE 269/2014). Da sottolineare che la direttiva UE n. 2015/849 del 20 maggio 2015, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo, che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e la direttiva 2006/70/CE della Commissione, all'art. 3, co. 6, lett. b) n. 1) prevede che, in caso di trust, il disponente rientra nel novero dei «titolari effettivi», ossia di quei soggetti «che in ultima istanza, possiedono o controllano il cliente e/o le persone fisiche per conto delle quali è realizzata un'operazione o un'attività». Analoga disposizione è vigente nell'ordinamento italiano a proposito delle misure a contrasto del riciclaggio e del terrorismo (art. 22, co. 5 d.lgs. n. 231/2007, come modificato con d.lgs. n. 90/2017). La questione è ovviamente rilevante tenuto anche conto dell'orientamento espresso dalla giurisprudenza della Corte di cassazione in ambito fiscale che ha ritenuto che l'intestazione formale al trustee non implichi un vero e proprio effetto traslativo dei beni, ma la semplice intestazione, a titolo gratuito, dei beni, con finalità che spesso sono essenzialmente di carattere segregativo (rispetto al patrimonio personale del *settlor* (Cass., 28 ottobre 2021, n. 30430; Cass., 21 dicembre 2020, n. 29199; Cass., 15 novembre 2019, n. 29727). Con ordinanza dell'11 aprile 2023 n. 6256/2023, il Tar Lazio, sez. II, nel giudizio 5205/2022, ha rimesso alla CGUE in via pregiudiziale la questione concernente «la possibilità di ritenere che i beni, le risorse e i rapporti oggetto di conferimento possano essere ritenuti comunque “appartenenti” al disponente, sebbene lo stesso non sia utilizzatore o gestore dei beni conferiti né beneficiario finale degli stessi, ovvero, a soggetto

limiti e interdizioni a mezzi immatricolati in Russia (navi e aeromobili) o in esercizio a vettori russi (direttamente o mediante l'esecu-

“associato” al disponente o, in ultima analisi, “controllati” dal disponente stesso, con il conseguente effetto di potere applicare, in caso di beni conferiti in trust dal disponente designato (o listato), le misure di congelamento previste dall'art. 2, co. 1 del Regolamento UE n. 269/2014». L'urgenza di una soluzione deriva da fatto che «si potrebbe pertanto ritenere che, relativamente alla nozione di “appartenenza” introdotta dall'art. 2, co. 1 del Regolamento UE n. 269/2014, la stessa si configuri non solo in caso di appartenenza formale o diretta del bene al soggetto designato, ma anche nei casi di “appartenenza sostanziale o indiretta”, in cui (come nell'ipotesi del trust), un soggetto (il disponente), pur non possedendo direttamente i beni conferiti né avendone la disponibilità o l'intestazione formale, è obiettivamente in grado di esercitare un'influenza sostanziale sui beni, vuoi perché è in grado di riacquisirne anche la proprietà formale (come detto, per scioglimento anticipato del Trust Fund ovvero per rifiuto o impossibilità di devoluzione ai beneficiari), vuoi perché, istituendo il trust e affidando la gestione ed il controllo a soggetti di sua fiducia, da lui scelti, è in grado preventivamente di orientarne l'utilizzo (e soprattutto la destinazione finale). Anche laddove al quesito fosse data risposta negativa, ritenendosi invece che il criterio di collegamento dell'“appartenenza” postuli un univoco riferimento alla formale intestazione del bene, e dunque non possa ritenersi che il bene “appartenga” al disponente, si prospetta la possibilità di ritenere che al disponente possa comunque applicarsi il criterio di collegamento relativo all'appartenenza a persona (fisica o giuridica) associata al disponente. Tale interpretazione sembra suffragata dal tenore letterale della disposizione, nella misura in cui essa dispone il congelamento non solo dei beni appartenenti ad una persona fisica o giuridica designata, ma anche di quelli appartenenti a persone fisiche o giuridiche (o entità o organismi) ad “essa associati”. L'inciso “ad essa associati” potrebbe fare riferimento a situazioni, come quella in esame, in cui il bene, pur essendo nominalmente non più intestato al soggetto indicato nell'allegato I, continui a mantenere, con quest'ultimo, un legame significativo, almeno finché il bene non sia stato trasferito ai beneficiari (uscendo quindi dal Trust Fund) [...] In via ulteriormente alternativa, laddove si dovesse ritenere che nemmeno l'appartenenza a soggetto associato al disponente designato nell'Allegato I sia configurabile in caso di trust, si potrebbe ugualmente sostenere che il disponente si trovi comunque in una condizione di “controllo” rispetto ai beni conferiti (legittimando quindi l'adozione delle misure di congelamento ai sensi dell'art. 2, co. 1 del Regolamento UE n. 269/2014), essendo in grado di spiegare un'influenza rilevante sui beni stessi» Il Tar ha quindi sottoposto alla Corte di giustizia le seguenti questioni pregiudiziali: «A) Se l'art. 2, co. 1 del Regolamento Ue n. 269/2014 debba interpretarsi nel senso che la misura del congelamento può essere adottata anche in caso di beni o risorse conferiti in trust dal disponente indicato nell'Allegato I del Regolamento (persona designata o listata), da ritenersi quale soggetto cui il bene o le risorse appartengono; B) (in caso di risposta negativa) Se l'art. 2, co. 1 del Regolamento Ue n. 269/2014 debba interpretarsi nel senso che la misura del congelamento può essere adottata anche in caso di beni o risorse conferiti in trust dal disponente indicato nell'Allegato I del Regolamento (persona designata o listata), da ritenersi quale soggetto associato alla persona cui il bene o le risorse appartengono; C) (in caso di risposta negativa) Se l'art. 2, co. 1 del Regolamento

zione, dal lato attivo o passivo, di accordi commerciali) rispetto alla possibilità di impegnare aree di competenza unionale, quali le strade, lo spazio aereo, le acque e infrastrutture di superficie (porti e aeroporti), come pure divieti e interdizioni alla possibilità di importare o esportare determinati beni.

In sostanza, si interviene talvolta *i)* con misure destinate ad incidere direttamente sulla regolarità degli scambi commerciali; *ii)* in altri casi, ci si rivolge agli operatori dei trasporti e della logistica, interrompendo o condizionando pesantemente la fruibilità delle vie di comunicazione e degli snodi ad esse dedicati; *iii)* in altri ancora si prevedono misure interdittive degli scambi di determinati beni e di tecnologie funzionali alla efficienza dei trasporti come pure di assistenza tecnica e finanziaria dei medesimi²⁴.

Ue n. 269/2014 debba interpretarsi nel senso che la misura del congelamento può essere adottata anche in caso di beni o risorse conferiti in trust dal disponente indicato nell'Allegato I del Regolamento (persona designata o listata), da ritenersi quale soggetto che controlla il bene o le risorse».

²⁴ Le ricadute sulla regolarità ed affidabilità dei flussi commerciali e dei contratti di compravendita internazionali regolati nella prassi dalle condizioni *Incoterms* sono intuitibili. Un esempio: con la resa di vendita sulla base della clausola franco-fabbrica o *Ex Works* (EXW) delle condizioni *Incoterms*, in ragione della quale la consegna delle merci all'acquirente si realizza all'uscita dallo stabilimento, a mani di un soggetto incaricato dal compratore, gli operatori rischiano di non essere in grado di conoscere chi sia colui che si occuperà del trasporto del carico spedito, rimanendo così esposti a sanzioni (in altri termini, non si può consentire che il trasporto sia eseguito da soggetto che non si è certi sia soggetto o meno al sistema sanzionatorio). Le condizioni *Incoterms* si sono affermate nella prassi operativa uniforme che ha ispirato la formulazione di clausole contrattuali diffuse a livello mondiale, assoggettate a verifica e periodica rielaborazione da parte della Camera di Commercio Internazionale con sede in Parigi. Sono state elaborate per la prima volta nel 1936; esse recano 11 termini commerciali, individuati con sigle che riflettono la prassi degli operatori nella distribuzione dei diversi rischi, dei costi, degli obblighi coinvolti in una operazione di compravendita internazionale, distribuendoli tra venditore e acquirente. La versione più recente risale al 2020. Sul punto, cfr. A. LA MATTINA, *Incoterms 2020: novità e sfide*, in *Dir. comm. intern.*, 4/2020, 1043 ss.; D. CASCIAO, *Cost and Risk in cross border transactions: Incoterms 2020*, in *Dir. traspr.*, 2022, 624 ss. Sul tema la dottrina è molto vasta; tra tutti, D.M. SASSON, *CIF and FOB Contracts*, London, 1975; F. EISEMANN-J. RAMBERG, *Die Incoterms heute und morgen*, Wien, 1980; M. BIANCHI, *Contratti internazionali di compravendita e di somministrazione*, Milano, 2019, 82 ss.; F. BORTOLOTTI, *Incoterms 2010, Norme Uniformi sulle garanzie, Principi UNIDROIT 2010 e Regolamento arbitrale CCI del 2012*, in *Giur. it.*, 2012, 1700 ss.; J. RAMBERG, *Incoterms: profili storici*, in *Giur. it.*, 2007, 1704 ss.; G. TELLARINI, *I nuovi Incoterms 2010 della Camera di Commercio Internazionale*, in *Riv. dir. nav.*, 2010, 665 ss.

c) *Gli effetti sul regime contrattuale del trasporto e sui rapporti tra operatori privati*

La guerra incide ovviamente sui rapporti contrattuali che caratterizzano il commercio internazionale e, per quel che qui più rileva, i contratti del trasporto. Ora, non c'è dubbio, che l'alto livello di sofisticazione raggiunto nella contrattualistica internazionale dei trasporti ha prodotto dei modelli contrattuali, quali quelli solitamente impiegati nel comparto, predisposti a monte da organizzazioni di operatori con altissima competenza e specializzazione²⁵, già perfettamente in grado di disciplinare le conseguenze dell'insorgere del rischio guerra.

Occorre premettere che la guerra rappresenta in primo luogo un tipico caso di forza maggiore esplicitamente annoverato in numerosi testi di diritto internazionale uniforme quale evento esonerativo della responsabilità, sia nel contesto di operazioni di compravendita internazionale ai sensi della Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980 sulla vendita internazionale che in favore degli operatori della navigazione e del trasporto nell'esercizio delle proprie attività²⁶; sotto il profilo contrattuale e sotto quello extracontrattuale. Nel primo caso, secondo una logica volta a valorizzare il momento dell'impossibilità anche in questi ambiti, si tratta di un evento che previene il sorgere della responsabilità, in quanto valutato come ipotesi di impossibilità della prestazione con valenza esonerativa secondo una logica che è evoluta tenendo conto anche della calcolabilità del rischio contrattuale²⁷. Nel secondo è un fatto che si frappone tra attività del

²⁵ Tra i quali, con riferimento al settore dello *shipping*, un ruolo molto importante è svolto dal *Baltic International Maritime Council* (BIMCO), costituito a Copenaghen nel 1905, associazione di armatori e di altri operatori specialisti del settore che si occupa della redazione di formulari di *charterparties* e *bill of lading* (polizza di carico) diffusamente impiegati nella prassi operativa.

²⁶ Valgano ad esempio, tra le numerosissime disposizioni con tale contenuto, l'art. IV.2 della Convenzione di Bruxelles sull'unificazione di alcune regole in materia di polizza di carico firmata a Bruxelles il 25 agosto 1924, che include, alla lett. e), l'ipotesi dei «*faits de guerre*» tra gli eventi esonerativi della responsabilità del vettore marittimo di merci per i danni da perdita e avaria del carico; e l'art. 18.2 della Convenzione di Montreal del 28 maggio 1999 per l'unificazione di alcune regole in materia di trasporto aereo internazionale che stabilisce, tra le specifiche ipotesi esonerative della responsabilità del vettore aereo di merci, «*an act of war or an armed conflict*».

²⁷ Mi sia consentito, su questi temi, il rinvio a A. ZAMPONE, *Il rischio dell'impossibilità della prestazione nel contratto di passaggio*, Napoli, 2008.

soggetto coinvolto e pregiudizio, in grado di escludere la relazione causale presupposto del sorgere della responsabilità.

Al tempo stesso, la guerra è uno degli eventi che ricevono nei contratti di trasporto una particolare attenzione sotto il profilo del rischio contrattuale tradizionalmente inteso secondo la logica delle attribuzioni patrimoniali, essendo in grado di modificare sensibilmente la concreta realizzabilità del programma convenuto dai contraenti e quindi di incidere sensibilmente nell'economia degli interessi sottintesi al contratto. Clausole di *hardship*, clausole di forza maggiore sono sistematicamente introdotte nei contratti del commercio internazionale e possono essere ricondotte al potenziale sopravvenire di tale evento quando si accolga nell'ambito delle impossibilità anche quella di natura temporanea che comunque pregiudichi la realizzazione dell'interesse presupposto delle parti²⁸.

Ma, nel settore della contrattualistica dei trasporti, normalmente si preferisce dedicare a tale accadimento specifica rilevanza. Il tema è soprattutto quello della sussistenza o meno di ipotesi di *frustration of charter* in funzione della dimensione nel tempo e nello spazio dell'evento impeditivo della realizzazione degli interessi contrattuali. Problema particolarmente delicato nei contratti di durata quali i *Time Charters*²⁹. «*War Cancellation Clauses*» e «*War Risks Clauses*» sono diffusamente impiegate nei maggiori formulari del trasporto internazionale e, in particolare, nei formulari marittimi; il trasporto marittimo, infatti, per caratteristiche tipiche, è normalmente il comparto dei trasporti maggiormente colpito da tale evento. Le prime, proprie dei contratti di durata, consentono alle parti di risolvere il contratto quando la guerra sia causa del repentino mutamento delle condizioni operative o di mercato tanto da rendere non più vantaggiosa l'esecuzione del contratto (di trasporto). Le seconde, previste anche nei contratti a viaggio, stabiliscono le modalità di rinegoziazione degli effetti del rischio guerra con l'obiettivo di conservare il contratto³⁰.

²⁸ È il caso della clausola di forza maggiore elaborata dalla ICC e impiegata con successo nella prassi internazionale (liberamente consultabile sul sito [iccitalia.org](https://www.iccitalia.org)): <https://www.iccitalia.org/wp-content/uploads/2020/05/icc-forcemajeure-hardship-clauses-march2020.pdf>. Sul tema, cfr. F. MARRELLA, *Forza maggiore e vendita internazionale dei beni mobili in un contesto di pandemia: alcune riflessioni*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.* 3/2021, 533 ss.

²⁹ M. WILFORD, T. COGLIN, J.D. KIMBALL, *Time Charters*, London, 1989, 332 ss.

³⁰ Cfr. V. CORONA, *Il rischio del nolo fra disciplina legale e charterparties*, Napoli,

Ora non c'è dubbio che il concetto di guerra inteso nelle clausole contrattuali che se ne occupano è piuttosto ampio. Valga ad esempio la descrizione che di rischio di guerra viene fatto nella BIMCO *War Risks Clause CONWARTIME* 2013 inglobata in numerosi formulari di *Time Charter*, tra cui il NYPE 2015³¹, o la VOYWAR 2013, inserita nei *Voyage Charters*, quali il GENCON 2022, impiegati nel trasporto marittimo di merci³².

Il rischio guerra, pertanto, è inteso in senso molto ampio e comprensivo³³, risultando ad esso riconducibili sia i tipici eventi bellici, sia gli eventi ad esso assimilabili quali il terrorismo e la pirateria. Soprattutto, per il particolare rilievo che assume nell'ambito del regime di sanzioni cui sopra si è fatto riferimento, è di rilievo la circostanza che tali clausole contemplano anche l'ipotesi del blocco (*blockades*) che può interessare tutte le navi o essere imposto solo alle navi battenti una certa bandiera o nella disponibilità di determinati soggetti, o interessare certi tipi di merci o equipaggi. Si tratta di una ipotesi che può certamente essere ricondotta estensivamente anche al regime di sanzioni predisposte dagli Stati contro la Russia, replicandone la fisionomia, a condizione che il concetto di «blocco» espresso dalla clausola non venga inteso in senso esclusivamente fisico; essendo invece necessario farvi rientrare ogni genere di ipotesi che im-

2019, 328 ss.; N. BALESTRA, *Rilevanza dei rischi di guerra nel contratto di noleggio*, in *Dir. maritt.* 1988, 574; R.G. BAUER, *Effects of War on Charter Parties*, in 13 *Tul. Mar. L. J.*, 1988-89, 13; L. TULLIO, *Contratto di noleggio*, Milano, 2006, 68.

³¹ «War Risks shall include any actual, threatened or reported: war, act of war, civil war or hostilities; revolution; rebellion; civil commotion; warlike operations; laying of mines; acts of piracy and/or violent robbery and/or capture/seizure (hereinafter "Piracy"); acts of terrorists; acts of hostility or malicious damage; blockades (whether imposed against all vessels or imposed selectively against vessels of certain flags or ownership, or against certain cargoes or crews or otherwise howsoever), by any person, body, terrorist or political group, or the government of any state or territory whether recognized or not, which, in the reasonable judgement of the Master and/or the Owners, may be dangerous or may become dangerous to the Vessel, cargo, crew or other persons on board the Vessels».

³² Il GENCON è un formulario di voyage charter-party elaborato dal BIMCO che ha grandissima diffusione utilizzato per carichi di rinfuse secche. La precedente versione risaliva al 1994.

³³ «The word "war" in a provision in a charterparty is not to be construed in accordance with the tests of international law, but is to receive the business or commercial meaning in which it would be understood in its context»; così A. ABRAHAM MOCATTA, M.J. MUSTILL, S.C. BOYD, *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading*, London, 1984, 222, e il riferimento a *Kawasaki Kisen, etc. v. Bantam S.S. Co.* (No. 2) [1939] 2 K.B. 544.

pedisca alla nave, alle merci, ai soggetti interessati, anche sul solo piano giuridico, di dare esecuzione al trasporto. Molte *War Clauses*, inoltre, prevedono diverse *liberties* in favore della nave nel caso vengano impartite, in ragione della guerra, direttive, raccomandazioni e ordini da parte di autorità. In questo caso la clausola prevede una dimensione soggettivamente molto dilatata del novero delle autorità i cui ordini e raccomandazioni vincolano il comandante e l'*owner* tanto da incidere sull'economia del contratto di trasporto (è infatti consentita in alcuni casi la risoluzione, in altri la scaricazione in porto diverso da quello contrattuale). Si considerano le autorità dello Stato di bandiera, ma anche altre entità sovranazionali, comprese UE e il Consiglio di sicurezza ONU.

Connesso al settore del trasporto è il settore assicurativo, particolarmente importante nel trasporto marittimo che si connota per la determinante presenza, accanto alle coperture tradizionali, del settore *Protection & Indemnity* (P&I) che si occupa anche della copertura extra *War Risks*. I porti e i fiumi russi, il Mar d'Azov e il Mar Nero sono considerate aree ad alto rischio per le quali i costi di copertura del rischio guerra sono notevolmente lievitati con il deflagrare del conflitto. L'esponenziale incremento dei premi è ovviamente riconducibile al prevedibile innalzamento del numero delle richieste di risarcimento nell'ambito delle polizze rischio guerra da parte di navi danneggiate o perse a causa di mine marine, attacchi missilistici e bombardamenti nelle zone di conflitto o per navi e carichi bloccati o intrappolati nei porti e nelle acque costiere ucraine. Chi vuole servire le rotte verso i porti russi e ucraini deve oggi sostenere costi molto elevati (si parla di cifre tra i 350 e i 500 mila dollari) e assumersi rischi importanti. La conseguenza è che molti armatori, non disponibili a sostenere tali costi, stanno rinunciando a operare in quelle rotte dal momento che la mancanza della polizza *War Risk* della copertura P&I impedisce di fatto l'utilizzabilità della nave la quale, in ragione di tale mancanza, verrebbe irrimediabilmente fermata al primo porto di scalo.

C'è poi un altro fattore significativo, in grado di influenzare pesantemente i flussi di traffico. Gli eventi inattesi di cui stiamo parlando hanno provocato un rimbalzo economico dei noli con aumenti record delle tariffe di trasporto e noleggio di navi e container. Se questo aspetto è positivo per le compagnie di navigazione, tuttavia si

traduce anche nella contrazione dell'offerta di trasporto dovuta in particolare alla carenza di capacità delle navi porta-container. Appare singolare, e tale da generare preoccupazione, la tendenza che si va registrando apparentemente volta a fronteggiare questa inattesa limitatezza dell'offerta di noli mediante soluzioni non sempre accolte con favore dal comparto del trasporto internazionale. Ci si vuole riferire all'estensione della vita attiva delle navi attualmente in esercizio o, con ancor maggiore preoccupazione, alla conversione di navi portarinfuse e porta prodotti, anche petroliere, in navi in grado di trasportare i container. Soluzioni che se possono rappresentare nell'immediato una risorsa, nel lungo periodo potrebbero rivelarsi dannose e controproducenti sotto il profilo della effettiva affidabilità delle navi e quindi della sicurezza della navigazione.

4. *Il nuovo ruolo del Mediterraneo*

Per le ragioni sopra illustrate e per le molte altre che la limitatezza del presente scritto non consente di esaminare, il conflitto Russo-Ucraina concorre a caratterizzare questa nuova fase del processo di globalizzazione nel cui contesto è destinata ad assumere nuova centralità, come rilevato da più parti, l'area del Mar Mediterraneo. Si tratta dell'espressione di quel processo di regionalizzazione che segue talvolta il sopravvenire di crisi geopolitiche e militari e che può coesistere, come si è detto, con il processo di liberalizzazione globale degli scambi pur sembrandone una contraddizione³⁴.

Le dinamiche economiche e geopolitiche globali alle quali sopra ho accennato, rapporti di scambio più selettivi, in cui le ragioni economiche dell'efficienza dovranno trovare un nuovo equilibrio con interessi di natura più generale, stanno progressivamente restituendo al Mediterraneo quel ruolo centrale che aveva in un risalente passato. I fattori che determinano tale progressivo cambiamento, infatti, sono senza dubbio il recupero della importanza strategica del *nearshoring* indotto dagli eventi di cui stiamo parlando, dal disallineamento tra le grandi potenze produttive USA e Cina, dalle nuove alleanze strategiche, dall'accorciamento delle catene produttive globali e dalla spinta

³⁴ E. BARONCELLI, *Democrazia, guerra e diplomazia commerciale nell'età della globalizzazione*, cit., cap. IX, 38.

al raggiungimento di un sufficiente livello di indipendenza dei paesi europei dalle fonti energetiche russe (gas, in primo luogo) in favore delle risorse energetiche provenienti dalla sponda sud-mediterranea. In questo contesto, il Mediterraneo si trasforma da semplice area di passaggio di merci dirette verso gli Stati Uniti o in nord Europa a fulcro di una regione economica e politica di crescente importanza. Nello scenario descritto, per le imprese con mercato di sbocco principalmente europeo la rilocalizzazione potrebbe orientarsi verso i Paesi dell'Europa orientale (in particolare Polonia, Repubblica Ceca e Ungheria), ma anche e soprattutto dell'area del Mediterraneo (in particolare, Nord Africa, Turchia e Balcani occidentali).

Ovviamente l'Italia dovrebbe avvantaggiarsi della sua posizione privilegiata in un contesto così ridisegnato, potendo svolgere un ruolo decisivo e sfruttare le opportunità che ne conseguono. La sua posizione strategica la propongono quale piattaforma logistica perfettamente funzionale in un contesto di riposizionamento e ridistribuzione dei flussi del commercio internazionale. Del resto, sono sempre più numerosi gli esempi virtuosi di realtà che, pur non godendo della medesima posizione preferenziale dell'Italia, sono comunque relativamente vicini e, proprio in funzione della loro collocazione geografica, hanno saputo cogliere convenientemente le opportunità offerte dal ruolo che l'area del Mediterraneo è chiamata ad interpretare. Basti pensare al Marocco, con il porto Tanger Med, cresciuto in maniera esponenziale, grazie ad investimenti pubblici e privati, che hanno consentito la creazione di una infrastruttura intermodale che vanta oggi la più elevata capacità di movimentazione container del bacino Mediterraneo (oltre 7 milioni di TEU) e costituisce l'avamposto di una vera e propria piattaforma industriale collegata direttamente, tramite ferrovia, agli stabilimenti produttivi di grandi industrie quali Stellantis e Renault. Analogo discorso può essere fatto per Porto Said in Egitto.

Tuttavia, l'Italia, rispetto a questi Paesi (tra i quali in prospettiva va inserita anche la Turchia) non ha il problema dell'instabilità politica e sociale che resta, ovviamente, agli occhi degli operatori, uno dei più significativi elementi di interdizione rispetto ai flussi di investimenti esteri nell'area e soprattutto in Nord Africa e Turchia. L'Italia quindi può avvantaggiarsi della fase di attuale riallineamento del processo di globalizzazione e della dinamica del *supply network* che

presuppone un parziale ritorno alla regionalizzazione degli scambi, da intendersi non in senso deteriore, ma funzionalmente collegata alle nuove ramificate filiere produttive, dal momento che è indubbio che il proprio il suo posizionamento strategico la candidano al ruolo di *hub* logistico per i flussi commerciali tra Nord Africa ed Europa continentale. Inoltre, l'Italia ha saputo sviluppare una importante posizione di preminenza nell'ambito del traffico marittimo a corto raggio (c.d. *short sea shipping*), una modalità di trasporto pienamente in linea proprio con le esigenze del commercio regionale. Secondo un recente documento di Cassa Depositi e Prestiti³⁵, in questo settore, grazie soprattutto al volume di traffico Ro-Ro (che permette di combinare trasporto marittimo e stradale/ferroviario consentendo un elevato grado di flessibilità rispetto all'evoluzione della domanda), l'Italia è il primo Paese in Europa per volume di merci movimentate, con una quota di mercato pari al 14% del totale, davanti a Paesi Bassi 13,5%, Spagna 10% e Francia 7%.

Tuttavia, per potere definitivamente assumere un ruolo di leadership in questo ambito, o almeno per poter competere con le altre realtà (tra le quali Grecia e Spagna), è decisivo che si realizzino gli obiettivi prefigurati dal Piano nazionale per la ripresa e la resilienza (PNRR) dandovi immediata attuazione.

È infatti necessario migliorare l'efficienza dei servizi portuali, riducendo in particolare i tempi di attesa e stazionamento delle navi nei nostri porti che risultano ancora decisamente elevati rispetto ai porti concorrenti. L'arrivo *just-in-time* si realizza quando all'arrivo della nave in porto segue prontamente l'inizio delle operazioni di carico e scarico, senza rallentamenti o soste in rada ad attendere il proprio turno. Ovviamente si tratta di un obiettivo virtuoso che presuppone che la gestione dell'infrastruttura portuale non venga attuata isolatamente e frammentariamente ma mediante una sovrintesa concertazione che coinvolga tutti gli operatori, pubblici e privati. Il PNRR prevede infatti che si superi la elevata complessità del ciclo portuale, anche mediante il superamento della disomogeneità attuale favorita dalla assenza di una opportuna centralizzazione raggiunta, di fatto, solo settorialmente. In questo contesto di particolare impor-

³⁵ *Deglobalizzazione e Mar Mediterraneo: quale ruolo per l'Italia?*, documento coordinato da Andrea Montanino e Simona Camerano, predisposto da A. Carriero, L. Romano, B. Scotti, S. Torreggiani, Cassa Depositi e Prestiti, aprile 2023.

tanza è il completamento dei processi di digitalizzazione e combinazione dei sistemi informativi e operazionali già operanti (quali il *Port Management Information System-PMIS* e il *Port Community System-PCS* impiegati rispettivamente da Autorità marittima e Autorità di sistema portuale) in grado di ottimizzare l'efficienza dello scalo proprio perché finalizzati a semplificare l'elevata complessità dell'intero ciclo portuale legato alla assistenza alla nave. Si tratta del resto di un obiettivo da tempo ampiamente condiviso. Infatti, il Piano Strategico Nazionale per la Portualità e la Logistica, approvato con d.p. c.m. 26 agosto 2015, all'obiettivo n. 6, individua come prioritaria tale necessità da attuare attraverso la piattaforma logistica nazionale³⁶.

Al tempo stesso, servizi e infrastrutture per l'intermodalità sono decisivi per il recupero di competitività, come pure lo sviluppo delle aree retroportuali, anche attraverso il ricorso alle Zone Economiche Speciali (ZES)³⁷ e alle Zone Logistiche Speciali (ZLS)³⁸ che costituiscono strumenti strategici di notevole potenzialità poiché in grado di incoraggiare le iniziative e gli investimenti del mondo imprenditoriale. In questo contesto, la realizzazione di *inland terminal* al centro dei corridoi europei Scandinavo-Mediterraneo, Reno-Alpi e di quello Europeo-Mediterraneo, che comprendono zone cruciali del Paese, quali il centro della Pianura Padana, o aree retrostanti porti di rilevanza economica decisiva, quali Genova, Trieste, Civitavecchia e

³⁶ La direttiva MIT n. 137 del 20 marzo 2018 ha indicato le «Linee guida per omogeneizzare ed organizzare i sistemi *Port Community System* (PCS)» attraverso la Piattaforma Logistica Nazionale poi concretamente attuata.

³⁷ Il d. l. 20 giugno 2017 n. 91, convertito con modificazioni dalla legge 3 agosto 2017 n. 123 e successive modificazioni, nell'ambito degli interventi urgenti per la crescita economica nel Mezzogiorno, ha previsto e disciplinato la possibilità di istituzione delle Zone Economiche Speciali (ZES) all'interno delle quali le imprese già operative o di nuovo insediamento possono beneficiare di agevolazioni fiscali e di semplificazioni amministrative. Con il d.p. c.m. 25 gennaio 2018 è stato adottato il Regolamento recante l'istituzione di Zone Economiche Speciali.

³⁸ La legge 27 dicembre 2017, n. 205, articolo 1, commi 61 e ss. ha previsto e disciplinato la possibilità di istituzione delle Zone Logistiche Semplificate (ZLS) nelle aree portuali delle regioni più sviluppate, così come individuate dalla normativa europea, ammissibili alle deroghe previste dall'articolo 107 TFUE attraverso l'adozione di un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta della regione interessata. L'articolo 1, comma 313, della legge 160/2019 ha apportato alcune modifiche normative alla disciplina delle zone logistiche semplificate (ZLS), riconoscendo, tra l'altro, alle imprese operanti in tali zone l'agevolazione fiscale prevista per le imprese operanti nelle zone economiche speciali (ZES) dall'articolo 5, comma 2, del d.l. 91/2017.

Napoli, convenientemente collegati alla rete ferroviaria veloce, consentirà alle merci di raggiungere agevolmente i poli intermodali, essere sdoganate e velocemente re-instradate verso le destinazioni finali, percorrendo i cosiddetti *last miles*, utilizzando prevalentemente il trasporto su ferro.

Questa evoluzione, ovviamente, non potrà prescindere dall'efficientamento degli scali in un'ottica di progressiva sostenibilità ambientale, puntando in particolare sull'elettrificazione delle banchine (c.d. *cold ironing*), sullo sviluppo di infrastrutture idonee a consentire l'accosto di navi GNL/dual-fuel o alimentate da combustibili alternativi (ammoniaca, metanolo, idrogeno) e sull'abilitazione all'uso di energie rinnovabili in porto. Ma tutto il sistema è chiamato ad evolvere secondo una prospettiva unitaria nella quale i singoli componenti di un processo integrato sono chiamati a dialogare e a interagire con le modalità maggiormente idonee a consentire il perseguimento degli obiettivi che ci si è preposti³⁹.

Il concorrente contributo che fattori geopolitici hanno portato al processo di riconduzione del Mediterraneo al ruolo di piattaforma strategica in un contesto logistico molto esteso pretende che le realtà portuali si adeguino velocemente nei termini sommariamente accennati. Del resto, come sappiamo, la scelta di un porto o di un altro da parte dell'utenza (armatori, operatori della logistica, operatori portuali) non dipende più dal solo fattore geografico e comunque presuppone che il valore geografico venga inteso in un senso evoluto. Il porto non si riduce solamente all'infrastruttura marittima, ma deve essere inteso e riguardato in questa sua prospettiva dinamica che valorizza anche l'efficienza e l'affidabilità della connessione intermodale. Con la collocazione geografica, infatti, devono esserne valutati altri elementi; questi sono rappresentati, appunto, dall'efficienza della integrazione sostenibile del porto nella rete logistica retroportuale e da tutti quegli altri fattori che coniugano gli aspetti di sicurezza tradizionali con le nuove ed evolute esigenze commerciali sottese al settore dello *shipping* (movimento delle navi, possibilità di accosto, meccanismi che consentano alle navi di compiere tutte le attività – nautiche, amministrative, commerciali – nel minor tempo possibile).

³⁹ Sul concetto di efficienza sostenibile del connubio nave-porto, cfr. F. LORENZON, M. PIRAS, *La clausola BIMCO per il Sea Traffic Management (STM) a supporto di un business model*, in *Dir. traspr.*, 2020, 95 ss.

5. *Esigenze dell'epoca de-globalizzata e nuovi ambiti del trasporto: la frontiera dello sfruttamento commerciale dello spazio extra-atmosferico*

Le situazioni emergenziali che hanno caratterizzato l'inizio della seconda decade del nuovo millennio hanno accelerato determinati progressi tecnologici. L'affacciarsi prepotente delle nuove tecnologie nel settore dei traffici e dei trasporti ha comportato conseguenze significative, prima tra tutte la tendenza ad un ulteriore ravvicinamento delle discipline delle varie modalità di trasporto. Automazione, intelligenza artificiale (IA), internet delle cose (IOT), blockchain, robotica hanno favorito e favoriscono senza dubbio il processo di integrazione tra le varie modalità di trasporto e, per tale ragione, rappresentano l'apparato di strumenti ai quali affidare la transizione verso una nuova logistica⁴⁰. Il progresso delle nuove tecnologie e la loro incidenza nei settori più svariati della vita sociale ed economica, tra i quali il settore del trasporto è senza dubbio primario, appare esponenziale e rappresenta, sotto molti profili, il cambiamento di un'epoca⁴¹. Ma il sopravvenire di accadimenti eccezionali – quali il conflitto tra Russia e Ucraina deflagrato di recente nel cuore dell'Europa – in grado di interrompere o vulnerare il fitto reticolo che il sistema produttivo e distributivo oggi presuppone, al centro del quale il trasporto continua a rivestire funzione essenziale, imprime una ulteriore accelerazione verso l'esplorazione di nuove frontiere, oltre le quali saremo costretti a confrontarci con ambiti nei quali l'impiego in senso commerciale delle nuove tecniche di trasporto rappresenta molto più di una semplice sperimentazione. Pensiamo in particolare alla navigazione sub-orbitale⁴² e alle opportunità in senso commerciale offerte dallo sfrut-

⁴⁰ Cfr. A. ZAMPONE, *La mobilità ciclistica strumento alternativo di progresso nella prospettiva multimodale del contratto di trasporto*, in *Riv. it. dir. tur.* 37/2022, 7 ss.

⁴¹ «La nostra non è un'epoca di cambiamenti: piuttosto è un cambiamento di epoca, una trasformazione profonda della nostra umanità»; in questi termini si esprime E. DEL PRATO, *Intelligenza artificiale e diritti della persona*, in *Intelligenza artificiale e diritti della persona* (a cura di D. BUZZELLI e M. PALAZZO), Pisa, 2022, 255.

⁴² M. SPADA, *Trasporti suborbitali e turismo spaziale: il Commercial Space Launch Amendments Act del 2004*, in *Dir. trasp.*, 2006, 85 ss., G. CATALANO SGROSSO, *Astronauti e turismo spaziale*, in *Studi in onore di Umberto Leanza*, III, Napoli, 2008, 1545; U. DASGUPTA, *Legal issues on sub-orbital space tourism: international and national law perspectives*, in *AASL*, 2013, 237; G. DÍAZ RAFAEL, *Aspectos jurídicos sobre el turismo espacial*, in *Rev. CIDA-E*, 37/2013, 57; S. HOBE, *Legal Aspects of Space Tourism*, in *Nebraska Law*

tamento dello spazio extra-atmosferico. Temi che impongono la necessaria preliminare riflessione circa la adeguatezza o meno dell'odierno quadro normativo. Occorre chiedersi quali potranno essere i riflessi, anche di natura giuridica, nel campo della navigazione e dei trasporti delle evoluzioni tecnologiche in altri settori non tradizionali e della effettività delle nuove opportunità che sembrano concretamente alla portata non solo per gli operatori ai quali normalmente viene riconosciuta maggior forza economica.

Così, ad esempio, dopo che per il trasporto di persone e il turismo l'evoluzione digitale ha ridimensionato lo spazio degli intermediari tradizionali, mediante l'affermazione delle piattaforme di commercio⁴³ e la compressione del ruolo (e della forza negoziale) delle imprese manifatturiere; dopo che l'avvento dei veicoli a guida autonoma o privi di condotta a bordo ha consentito di disegnare gli scenari di una nuova mobilità e di una nuova logistica avanzate⁴⁴, una ulteriore grande e affascinante sfida che dagli eventi emergenziali in discussione ha ricevuto nuovo impulso pare sia proprio quella della regolazione delle attività dei privati con finalità commerciali nello spazio extra-atmosferico. Le possibilità di sfruttamento commerciale dello spazio, ancora non perfettamente individuabili, rappresentano infatti, per definizione, una nuova frontiera della globalizzazione. Il principio, affermato a livello internazionale fin dal Trattato sullo spazio del 1967 (OST)⁴⁵, è quello del libero accesso allo spazio, rima-

Review, 86, 2007, 439; A. MARINO, *Space plane e voli suborbitali*, in *Le nuove frontiere del diritto dello spazio*, a cura di L. PANELLA e F. PELLEGRINO, Supp. di *Ordine internazionale e diritti umani*, 5/2018, 67 ss.

⁴³ Sul tema, si veda l'ampia analisi di S. BOBOC, *Las plataformas en línea y el transporte discrecional de viajeros por carretera*, Madrid, 2021.

⁴⁴ A. ZAMPONE, *Spunti sulla Advanced Air Mobility, nuova frontiera della mobilità e della logistica urbana*, in *Sostenibilidad, movilidad y vulnerabilidad en el transporte: una vision juridica*, a cura di M. ZUBIRI DE SALINAS e Maria Rosa GUTIERREZ SANZ, Navarra 2023, 177.

⁴⁵ «Trattato sulle norme per l'esplorazione e l'utilizzazione, da parte degli Stati, dello spazio extra-atmosferico, compresi la luna e gli altri corpi celesti», concluso a Washington, Londra e Mosca il 27 gennaio 1967, entrato in vigore il 10 ottobre 1967. L'Italia, con legge 28 gennaio 1970 n. 87, ha ratificato e dato esecuzione al Trattato (OST). Successivamente, i principi espressi nel Trattato sono stati ripresi in accordi successivi: 1) accordo per il salvataggio degli astronauti, il ritorno degli astronauti e la restituzione degli oggetti inviati nello spazio extra-atmosferico, adottato a Londra, Mosca e Washington il 22 aprile 1968 ed entrato in vigore il 3 dicembre 1968 (al quale l'Italia ha dato esecuzione con d.P.R. 5 dicembre 1975 n. 965); 2) convenzione sulla responsa-

nendo però vietata ogni forma di appropriazione. Spazio, luna, corpi celesti sono considerati *res communis omnium*. Ciò significa che vi è piena libertà di esplorazione e di uso pacifico da parte degli Stati, senza discriminazione, ma non è possibile alcuna appropriazione.

Gli Stati sono direttamente responsabili di tali attività. Ma essi devono anche garantire che tutte le iniziative nazionali svolte nello spazio, anche qualora eseguite da privati, debbano rispettare i principi del Trattato (art. VI OST)⁴⁶. Quindi i privati possono condurre attività nello spazio, ma tali iniziative devono essere autorizzate e devono soggiacere al controllo degli Stati di riferimento che ne sono re-

bilità internazionale per i danni causati da oggetti spaziali, adottata a Londra, Mosca e Washington il 29 marzo 1972 ed entrata in vigore il 1° settembre 1972 (l'Italia ha ratificato e dato esecuzione alla Convenzione con legge 5 maggio 1976 n. 426); 3) convenzione sull'immatricolazione degli oggetti lanciati nello spazio extra-atmosferico, del 14 gennaio 1975, entrata in vigore il 15 settembre 1976 (alla quale l'Italia ha aderito e dato esecuzione con legge 12 luglio 2005 n. 153); 4) accordo sulle attività degli Stati sulla Luna e sugli altri corpi celesti aperto alla firma il 18 dicembre 1979, entrato in vigore l'11 luglio 1984. Cfr. F. DURANTE, *Responsabilità internazionale e attività cosmiche*, Padova, 1969; T. BALLARINO, S. BUSTI, *Diritto aeronautico e spaziale*, Milano, 1988, 144 ss.; E. BACK IMPALLOMENI, *Spazio aereo e spazio extra-atmosferico*, in *Enc. dir.*, XLIII, 1990, Milano, 258; G. CATALANO SGROSSO, *La responsabilità degli Stati per le attività svolte nello spazio extra-atmosferico*, Padova, 1990; F. DURANTE, *Diritto spaziale*, in *Enc. dir.*, agg. VI, Milano, 2002, 345; C. GOLDA, *Lineamenti di diritto dello spazio*, Geneva, 2005; O. FERRAILOLO, *Il Trattato «incompiuto». L'accordo sulla Luna del 1979 e altre norme internazionali rilevanti per l'uso delle risorse naturali nello spazio esterno*, in *Studi in onore di Claudio Zanghì*, IV, *Diritto dello spazio e Miscellanea*, a cura di L. PANELLA e E. SPATAFORA, Torino, 2011, 51 ss.; S. MARCHISIO, *L'accordo sugli astronauti del 1968: tempo di revisione*, *ibidem*, 67; S. MARCHISIO, *The ITU Regulatory System: a Self-Contained Regime or a Part of International Law?*, in *Governing the Geostationary Orbit. Orbital Slots and Spectrum Use in an Era of Interference*, IFRI, Paris, 2014, 73 ss.; M.E. DE MAESTRI, *La responsabilità civile e le attività spaziali*, in *Dir. comm. int.*, 2015, 945; S. MARCHISIO, *Setting the Scene: Space Law and Governance*, in *Le nuove frontiere del diritto dello spazio*, a cura di L. PANELLA e F. PELLEGRINO, Suppl. di *Ordine internazionale e diritti umani* 5/2018, 67 ss.

⁴⁶ Article VI: «States Parties to the Treaty shall bear international responsibility for national activities in outer space, including the Moon and other celestial bodies, whether such activities are carried on by governmental agencies or by non-governmental entities, and for assuring that national activities are carried out in conformity with the provisions set forth in the present Treaty. The activities of non-governmental entities in outer space, including the Moon and other celestial bodies, shall require authorization and continuing supervision by the appropriate State Party to the Treaty. When activities are carried on in outer space, including the Moon and other celestial bodies, by an international organization, responsibility for compliance with this Treaty shall be borne both by the international organization and by the States Parties to the Treaty participating in such organization».

sponsabili. Di conseguenza, gli Stati, che rispondono dell'attuazione e del rispetto di questi obblighi internazionali, devono dotarsi di legislazioni nazionali che disciplinino le attività nello spazio da parte dei soggetti nazionali privati e stabiliscano le forme dei relativi controlli. Ovviamente, non tutti gli Stati parti dell'OST hanno raggiunto un punto di sviluppo tale da avere avvertito il bisogno di dotarsi di una propria legge nazionale.

Tra gli Stati che si sono dotati di leggi in tal senso figurano ovviamente gli USA; prima con il *National Aeronautics and Space Act* del 1958, e poi con atti normativi specifici, tra i quali, più di recente: a) lo *Space Act* del 2015 (*Commercial Space Launch Competitiveness Act*) che ha introdotto un Ufficio per il commercio spaziale e ha regolato le licenze di lancio e moltissime attività commerciali quali il trasporto spaziale e le attività di *remote sensing*⁴⁷; b) l'*American Space Commerce Free Enterprise Act* del 2017 che dichiara la libertà dei soggetti USA, pubblici e privati, di esplorare e utilizzare lo spazio, le sue risorse, senza condizioni e limitazioni se non il rispetto dell'OST e le ragioni di sicurezza nazionale⁴⁸.

Tuttavia, con interventi su base unilaterale di questo tipo, finisce per essere messa in discussione la natura di bene comune dello spazio. Ciò ovviamente può dare il via ad una corsa allo sfruttamento

⁴⁷ H.R. 2262. «An act to facilitate a pro-growth environment for the developing commercial space industry by encouraging private sector investment and creating more stable and predictable regulatory conditions, and for other purposes».

⁴⁸ H.R. 2809 - *American Space Commerce Free Enterprise Act*. Sec. II: «[...] b) Policy. - It is the policy of the United States that - (1) United States citizens and entities are free to explore and use space, including the utilization of outer space and resources contained therein, without conditions or limitations; (2) this freedom is only to be limited when necessary to assure United States national security interests are met and to authorize and supervise nongovernmental space activities to assure such activities are carried out in conformity with the international obligations of the United States under the Outer Space Treaty; (3) to the maximum extent practicable, the Federal Government shall interpret and fulfill its international obligations to minimize regulations and limitations on the freedom of United States nongovernmental entities to explore and use space; (4) to the maximum extent practicable, the Federal Government shall take steps to protect the physical safety of space objects operated by the United States that do not involve limitations on the freedoms of nongovernmental entities of the United States; and (5) nongovernmental activities in outer space shall only be authorized and supervised in a transparent, timely, and predictable manner, with minimal costs and burdens placed on the entities authorized and supervised». Cfr. L. HAO, F. TROCHETTI, *The American Space Commerce Free Enterprise Act of 2017: The Latest Step in Regulating the Space Resources Utilization Industry or Something More?*, in *Space policy*, 47/2019, 1-6.

commerciale ad opera di privati senza precedenti; una competizione che si prospetta assai delicata proprio con riferimento alle attività estrattive di risorse minerarie presenti nei corpi celesti (elementi scarsi sulla Terra ma molto importanti nell'industria informatica e delle nuove tecnologie).

Il presupposto necessario per partecipare a tale competizione impone che gli Stati, che sono i veri responsabili delle attività spaziali, si attrezzino sia dal punto di vista tecnologico che da quello normativo e amministrativo. L'Italia è senza dubbio uno dei Paesi maggiormente evoluti dal punto di vista tecnologico e della ricerca spaziale. Ma, dopo avere ratificato i più importanti trattati (fa eccezione quello sulla Luna del 1979) – e pur avendo emanato misure per il coordinamento della politica spaziale e aerospaziale e disposizioni concernenti l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia spaziale italiana (ASI) (con legge 11 gennaio 2018 n. 7)⁴⁹ – non si è ancora dotata della legislazione di attuazione dell'art. VI OST che, come detto, è necessaria per consentire le attività dei privati, a cominciare dalle attività di lancio di oggetti spaziali con tutto quello che ne consegue in termini di immatricolazione nei registri nazionali degli oggetti lanciati nello spazio extra-atmosferico⁵⁰. Dotarsi di una

⁴⁹ La legge 11 gennaio 2018 n. 7 ha apportato modifiche al d.lgs. 4 giugno 2003 n. 128 di riordino dell'ASI e ha affidato al Presidente del Consiglio dei ministri «l'alta direzione, la responsabilità politica generale e il coordinamento delle politiche dei Ministeri relative ai programmi spaziali e aerospaziali, nell'interesse dello Stato» (art. 1). Ha inoltre istituito, presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, il Comitato interministeriale per le politiche relative allo spazio e alla ricerca aerospaziale» (art. 2).

⁵⁰ La Convenzione sull'Immatricolazione del 1975 prevede che gli Stati contraenti istituiscano, secondo modalità che possono definire autonomamente, un Registro nazionale degli oggetti lanciati nello Spazio e forniscano al Segretario Generale delle Nazioni Unite le informazioni previste all'art. IV della Convenzione. L'art. 1 della legge 153/2005, mediante la quale l'Italia ha dato esecuzione alla Convenzione, ha istituito il Registro nazionale di immatricolazione degli oggetti lanciati nello spazio extra-atmosferico. L'Agenzia spaziale italiana (ASI) cura l'istituzione e la custodia del Registro e le annotazioni che discendono dall'applicazione della Convenzione. Prima dell'istituzione ufficiale del Registro Nazionale, l'Italia ha registrato gli oggetti lanciati nello spazio presso il Registro delle Nazioni Unite istituito ai sensi della Risoluzione n. 1721 (XVI) B del 20 dicembre 1961, «*International Co-operation in the Peaceful Uses of Outer Space*». L'art. 3.3 lett. a) della legge 153/2005 stabilisce che nel Registro nazionale venga presa nota di ogni lancio di oggetti spaziali da parte di persone fisiche o giuridiche di nazionalità italiana «o dalle stesse commissionato». In mancanza di una normativa nazionale di attuazione dell'art. VI dell'OST, è stato demandato all'ASI il compito di elaborare il regolamento istitutivo del Registro nazionale sul quale annotare gli oggetti spaziali per i quali

legge siffatta è indispensabile per consentire che le ottime premesse dalle quali l'Italia può concretamente muovere realizzino il ruolo di attore determinate che può esserle riconosciuto, anche mediante le iniziative dei propri soggetti privati, in tutte quelle attività commerciali di *space economy* (dai voli sub-orbitali a quelle di estrazione e uso di risorse naturali spaziali) che rappresentano la nuova frontiera delle catene economiche e produttive che, ancora una volta, pretenderanno sistemi di trasporto e navigazione evoluti, efficienti e sicuri.

Abstracts

L'articolo affronta il tema di come le crisi emergenziali degli ultimi tempi e, in particolare, le tensioni geo-politiche conseguenti al deflagrare del conflitto tra la Russia e l'Ucraina, abbiano inciso significativamente nella dinamica dei flussi del commercio internazionale in un contesto di progressivo stato di transizione del processo di globalizzazione. L'analisi viene condotta con particolare attenzione al comparto dei trasporti e della logistica. La stretta relazione tra filiere produttive, commercio e trasporto appare infatti oggi ancor più decisiva ma, proprio per questo, esposta ai rischi che prima sembravano potere essere meglio gestiti. La stretta interdipendenza tra questi diversi ambiti finisce, infatti, per rivelarsi momento di debolezza qualora il sopravvenire di un evento eccezionale, quale è la guerra, ponga a rischio l'affidabilità del sistema logistico. L'intervento di tali anomale sopravvenienze compromette gli interessi, le aspirazioni, le prospettive che sono presupposte al concetto stesso di connessione e genera quindi inevitabili conseguenze negative (la contrazione dei flussi finanziari) e reazioni protettive di diversa natura (il sistema sanzionatorio adottato dagli Stati, gli accorgimenti contrattuali). Al tempo stesso, tuttavia, determinati effetti

l'Italia risulti stato di lancio ai sensi dell'art. II della Convenzione sull'immatricolazione. Nel caso di più stati di lancio del medesimo oggetto spaziale, l'ASI procede all'iscrizione nel Registro se l'Italia è designata quale «Stato di immatricolazione» d'accordo con gli altri Stati di lancio. Non è possibile la registrazione in più registri nazionali dello stesso oggetto spaziale. Il Regolamento è stato quindi oggetto della delibera del Consiglio di amministrazione dell'ASI n. 10 del 2011 e approvato dal Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca Scientifica, dal Ministero degli Affari Esteri e dal Ministero dello Sviluppo Economico. Ai sensi dell'articolo 8 del Regolamento, l'ASI ha istituito un «Registro Complementare» per le annotazioni relative ad oggetti lanciati nello spazio extra atmosferico di cui persone fisiche o giuridiche di nazionalità italiana acquisiscono la proprietà mentre tali oggetti sono in orbita, qualora ciò comporti modifiche alla giurisdizione ed al controllo di detti oggetti.

promuovono nuove opportunità e accelerano la transizione verso una nuova fase del processo di globalizzazione. Ne sono riprova il nuovo ruolo che sta assumendo il Mare Mediterraneo nel contesto dei traffici globali: da semplice area di passaggio delle merci dirette verso gli Stati Uniti o in nord Europa a fulcro di una regione economica e politica di crescente importanza in cui l'Italia riveste il ruolo di piattaforma strategica di un contesto logistico molto esteso. Come pure la recente accelerazione nell'impiego delle nuove tecnologie dischiude la prospettiva della nuova fase della logistica e della mobilità avanzate e quella dello sfruttamento commerciale dello spazio extra-atmosferico.

The article deals with the issue of how the emergency crises of recent times and, especially, the geo-political tensions following the deflagration of the conflict between Russia and Ukraine, have significantly affected the dynamics of international trade flows in a context of a progressive state of transition of the globalization process. The analysis is conducted with particular attention to the transport and logistic sector. The close relationship between production chains, trade and transport appears today to be even more decisive but, precisely for this reason, exposed to risks that previously seemed to be better managed. The close interdependence between these different areas ends up, in fact, proving to be a moment of weakness if the occurrence of an exceptional event, such as war, jeopardises the reliability of the logistics system. The intervention of such anomalous contingencies undermines the interests, aspirations and prospects that are presupposed in the very concept of connection and thus generates inevitable negative consequences (the contraction of financial flows) and protective reactions of a different nature (the system of sanctions adopted by states, contractual arrangements). At the same time, however, certain effects promote new opportunities and accelerate the transition to a new phase in the globalization process. Evidence of this is the new role that the Mediterranean Sea is assuming in the context of global traffic: from being a simple transit area for goods bound for the United States or northern Europe to the fulcrum of an increasingly important economic and political region in which Italy plays a role of strategic platform for a very extensive logistical context. Just as the recent acceleration in the use of a new technologies opens up the prospect of the new phase of advanced logistic and mobility and that of the commercial exploitation of outer space.

IL PENSIERO E L'OPERA DI GIUSEPPE GUARINO*

* Atti del convegno su “Il pensiero e l’opera di Giuseppe Guarino”, tenutosi alla Sapienza Università di Roma il 21 aprile 2022.

SOMMARIO: 1. Il caso concreto elevato a sistema. – 2. L'uomo e l'istituzione. – 3. Lo scioglimento delle Assemblee parlamentari oltre la norma. – 4. Tra scienza ed esperienza. – 5. Fatti e teoria. – 6. "Note preliminari" sul Presidente della Repubblica. – 6.1. La dogmatica di Carlo Esposito. – 6.2. La pragmatica di Giuseppe Guarino. – 6.3. La funzione costituzionale del Presidente della Repubblica alla prova dei fatti. – 7. I tecnici e la Politica. – 7.1. I tecnici "accademici" e l'autonomia della scienza. – 7.2. i limiti della tecnica e l'ambito della scelta politica. – 8. Consigliare il Principe. – 9. La fine della politica. – 10. Il "colpo di Stato" in Europa. – 11. La virgola e il punto.

1. *Il caso concreto elevato a sistema*

Per comprendere il pensiero costituzionalistico di Giuseppe Guarino è essenziale partire da tre elementi: dalla sua lezione di *metodo*, dal suo particolare *approccio* al diritto, dalla sua idea del *ruolo e funzione* dei giuristi entro le nostre società complesse. Con riferimento a tutti e tre questi profili – metodo giuridico, approccio al diritto, ruolo e funzione del giurista – può dirsi, in sintesi, che egli abbia sempre provato – ed ha anche insegnato a generazioni di studiosi – a coniugare, da un lato, il *realismo* giuridico, il *rigore* per il diritto, l'attenzione ai *fatti* concreti della vita, dall'altro, la *passione e la fantasia*.

Quest'insieme di elementi forniscono una chiave di lettura dell'intera sua opera che ha origini antiche, trovando le proprie radici nella sua formazione giovanile. È nel periodo formativo, infatti, che la sua colleganza con Capograssi lo aveva convinto della complessità della conoscenza giuridica: la scienza del diritto va intesa come concreta esperienza giuridica. Ciò vuol dire che il diritto non può limitarsi a svolgere un ruolo meramente astratto e formale, ma deve collocarsi entro il solco di quella che Capograssi chiamava la "inesauribilità della vita giuridica". Il diritto non può ridursi ad "un insieme di norme", ma neppure ad un "insieme di tecniche". Esso si deve oc-

* Relazione presentata al Seminario di studi "Il pensiero e l'opera di Giuseppe Guarino" svolto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Roma "La Sapienza" il 29 ottobre 2020.

cupare della vita e dell'azione, partire dai fatti, anche i più minuti o circoscritti. Per poi – ma solo dopo – poterne fare “teoria”, “sistema”, sino a giungere a definire la *regola di condotta*. Una regola di condotta adeguata a specifici e predeterminati scopi sociali. Persino il giudizio, non solo quello strettamente giuridico, ma anche quello morale, politico, individuale deve fare i conti, anzitutto, con la realtà effettuale. È dai casi della vita che il giurista deve partire per scoprirne la più intima ratio e poi elevarla a sistema, raccordando i casi minuti ai principi generali. Guarino, entro questa prospettiva, è stato certamente un giurista realista, con forte capacità sistematica, ma che, ancor meglio, potrebbe essere definito un *giurista del caso concreto elevato a sistema*.

2. *L'uomo e l'istituzione*

Non deve ritenersi, però, che la sua attenzione ai casi concreti possa essere intesa come una propensione all'esaltazione del vitalismo, al dominio dei nudi fatti o delle pulsioni dei soggetti, degli individui, sui poteri e sul diritto. Tutt'altro. Guarino era del tutto consapevole della *terribile forza di condizionamento delle istituzioni*, della loro capacità di prevalere sugli interessi, di costringere sino a rendere vano ogni tentativo di cambiamento. Cionondimeno, riterrà che non ci si possa arrendere alle “macchine giuridiche”, ovvero agli ordinamenti giuridici, alle istituzioni, intesi come macchine. Così, egli affermerà che “l'uomo di natura” non esiste, poiché è solo quello che l'istituzione gli permette d'essere, riconoscendo la forte limitazione che questa esercita sulla libertà delle persone e sulla loro concreta capacità di agire. Ciò non toglie però che è pur sempre l'uomo ad istituire, rappresentare e caratterizzare l'istituzione.

A proposito del condizionamento dell'istituzione, scriverà, con una chiarezza che rasenta il cinismo, “andare contro corrente è faticoso, richiede impegno, il più spesso è dannoso se non impossibile”.

Ma, con altrettanta forza, aggiungerà che è ugualmente vero che le istituzioni devono godere dell'autorità. Un'autorità per nulla presupposta. Essa è data dalla “forza sociale”, che rappresenta l'elemento costitutivo dell'istituzione, ed è espressa dalla massa dei comportamenti conformi delle persone.

È chiaro a questo punto il collegamento biunivoco che Guarino stabilisce tra l'uomo e l'istituzione. Il primo non può fare a meno

della seconda e da questa è plasmato, ma se si estingue l'autorità dell'istituzione, ovvero se le forze sociali non vi si riconoscono più, cessa la funzione dell'istituzione e la sua capacità d'imporsi come macchina giuridica. Pertanto, al massimo di forza dell'istituzione viene associata il massimo della sua interazione con la sua funzione sociale. Al collegamento tra uomo e istituzione Guarino ha dedicato molta parte della sua attenzione, ed in particolare due straordinari testi (*Delle «macchine giuridiche» ovvero degli ordinamenti giuridici come macchine*, negli *Scritti in onore di Vezio Crisafulli* del 1985 e il volume *L'uomo-istituzione*, pubblicato per i tipi della Laterza nel 2005).

3. *Lo scioglimento delle Assemblee parlamentari oltre la norma*

La visione tra l'uomo e l'istituzione attraversa per intero i suoi studi più direttamente di diritto costituzionale. Sin dalle sue prime opere. Nel 1948, subito dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, all'età di 26 anni, scrive una prima monografia – *Lo scioglimento delle Assemblee parlamentari* – che rimane un esempio di come si possa uscire dal formalismo delle analisi giuridiche e di come si possano affrontare temi di natura propriamente politica senza perdere di vista la dimensione specificatamente giuridica, riuscendo a collegarla al valore vivo dei principi costituzionali.

Lo scioglimento delle Assemblee parlamentari è un'opera che ha ridisegnato la sistematica complessiva dell'istituto preso in considerazione; che classifica i diversi “tipi” di scioglimento a seconda delle diverse esperienze giuridiche nei diversi contesti europei e a seconda del tempo storico in cui opera. In tal modo, non solo mostra *l'importanza della comparazione* nello studio del diritto costituzionale (fitto è il dialogo che viene tessuto tra le esperienze francesi, tedesche e inglesi), ma riesce a *legare la scienza giuridica alla realtà e concretezza della storia*. Una dimensione storica in grado di riportare la cronaca così presente nel libro, esaminata anche nelle sue apparenti irrazionalità, entro una complessiva cornice sistematica e di evoluzione compiuta, di razionalità complessiva. Un'indagine realistica, che colloca il fatto politico dello scioglimento del Parlamento entro una prospettiva di esperienza giuridica, dove operano fatti, soggetti, norme, prassi, storie, teorie. Tutti elementi da considerare entro una cornice unitaria. È dalla realtà immediata, quale vive nelle diverse esperienze e nei contesti diversi, che la scienza giuridica e la rifles-

sione del giurista devono operare. Scomporre gli elementi, comprendere la loro funzione e considerare il loro peso entro il contesto giuridico (ma che è anche un contesto sociale), per poi giungere ad una sintesi. Questo il compito della scienza giuridica. Un compito cui Guarino si impegna con spirito critico e ben consapevole della difficoltà che nascono dal volersi spingere a prendere in considerazione ciò che opera “oltre la norma”.

4. *Tra scienza ed esperienza*

Il volume si apre con 27 pagine di straordinaria forza innovativa. Una introduzione che in realtà rappresenta una sintesi mirabile delle convinzioni metodologiche di Guarino e una lezione di realismo e concretezza che ancora fa scuola. Anzi, una lezione ancor più utile oggi, dove è forte la tendenza ad astrarsi dal reale per trincerarsi dietro un tecnicismo o un formalismo autoreferenziale.

Il punto di partenza della rivoluzione metodologica che si accingeva a compiere è rappresentato dalla constatazione della distanza incolmabile che passa tra i modelli costituzionali e la vita istituzionale, quella parlamentare, quella dei gruppi, quella dei partiti. Consuetudini – queste ultime – che spiegano le ragioni e i comportamenti, i “concreti e particolarissimi fini”, che portano a formulare norme ad assumere decisioni da parte delle Assemblee parlamentari. Prassi che vengono raccontate nei giornali quotidiani e sulle quali si forma la coscienza delle persone che seguono – specificherà – con “interesse medio” le vicende del parlamento. Una realtà però – e questo è il punto – percepita non conforme alla scienza giuridica, sebbene essa si rifletta persino – noterà – nei manuali correnti di diritto costituzionale.

Il commento di Guarino a questo iato non è certo quello di accusare di superficialità i giornali ovvero trincerarsi verso una alterigia professorale, ma – al contrario – interrogarsi sulla distanza tra la scienza e la nostra esperienza quotidiana. “La scienza – scrive – studia forse troppo spesso non il parlamentarismo qual è, ma quale dovrebbe essere, un parlamento ideale, il più allettante per gli uomini di cultura e d'*esprit*”. E poi, aggiungerà significativamente, “Le origini del parlamentarismo come idea non coincidono con le origini del parlamentarismo come fatto”. Una distanza incolmabile che rap-

presenta il più grande problema per il costituzionalista Guarino, ma direi per ogni costituzionalista consapevole del proprio ruolo di scienziato sociale e che non si accontenta di costruire teorie incorporee. In sostanza, un punto di rottura per chiunque non abbandoni l'idea che scopo della scienza giuridica sia quello di analizzare i fatti per tradurli in diritto, per poi ricondurli a sistema entro una solida cornice costituzionale.

5. *Fatti e teoria*

Un approccio che può dirsi dunque attento al significato istituzionale dei fatti. Ed è proprio sui “fatti”, anche i più minuti, esaminati nella loro concretezza e nella loro capacità di decifrare il ruolo delle istituzioni, che costruisce uno straordinario saggio, che aveva preceduto la monografia, pubblicato nel 1946 sulla Rassegna di diritto pubblico, dove, esaminando *Due anni di esperienza costituzionale italiana*, individua con sorprendente intuito e in largo anticipo sui tempi i principi del nuovo ordinamento repubblicano. Veramente – come s'è detto – Guarino si afferma come un giurista del caso concreto elevato a sistema.

Il suo è un metodo certamente non dogmatico, eppure tutt'altro che eclettico, ovvero poco controllato dal punto di vista della teoria. Lo dimostra subito, nel 1949, dove per dare prova della sua completezza di giurista e delle sue capacità sistematiche, scrisse un secondo libro rimasto nella storia del diritto su *Potere giuridico e diritto soggettivo*. Lui stesso ebbe a definirlo “il volume più astratto che ci sia” (nell'intervista rilasciata a Fulco Lanchester nel 2012). Tuttavia, uno studio che vale a dimostrare come anche la teoria generale – quella apparentemente più “astratta” – si debba porre al servizio della comprensione della realtà. Come ebbe a specificare in seguito (nello scritto del 1954 su *Oggetto, funzione e metodo della teoria generale del diritto*), la teoria generale “*studia quei soli oggetti che interessano l'esperienza giuridica*”.

6. *“Note preliminari” sul Presidente della Repubblica*

Nel 1950, a 28 anni, Guarino vince la cattedra di diritto costituzionale (I° ternato) ed ha già maturato un metodo di fare diritto di

forte originalità e innovazione. Come conferma subito dopo, quando scrive quel che è – con lo scioglimento – forse il suo studio più importante per l'innovazione della scienza costituzionalistica: le “note preliminari” su “il presidente della Repubblica”, pubblicato nella Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico nel 1951.

6.1. *La dogmatica di Carlo Esposito*

In questo lavoro Guarino mostra una sensibilità diversa rispetto a quella dell'altro grande studioso della figura del capo dello Stato, Carlo Esposito. E proprio dal confronto tra le riflessioni di due grandi maestri si riconosce la peculiarità del metodo di studio del diritto costituzionale di Giuseppe Guarino.

Nella voce enciclopedica dedicata al *Capo dello Stato* (pubblicata nel 1960, quasi dieci anni dopo il testo di Guarino) Carlo Esposito si porrà il problema di esprimere il “concetto” di capo dello Stato pervenendo ad un *alto grado di formalizzazione*: edificando una complessa costruzione dogmatica, giocata molto sulle distinzioni tra grado e supremazia di posizioni, tra dignità ed onori del ruolo, caratterizzato da diversi rapporti di preminenza, fortemente influenzato dalla natura politica dell'organo, cui veniva assegnato il compito di reggitore degli stati di crisi del regime. Uno sforzo di dare corpo alla figura del capo dello Stato con specifici caratteri di supremazia contrassegna l'opera espositiana. Un'opera che certamente rappresenta uno straordinario tentativo di ricostruzione organica della figura del Presidente della Repubblica, *ma che finisce per scontare una distanza* – non invece separazione – *tra la descrizione della realtà e la prescrizione del ruolo presidenziale*, con il rischio di non far coincidere fatti e diritto, finendo per ritrovarsi ad operare entro una dogmatica chiusa. Si pensi, ad esempio, alla tesi della c.d. controfirma delle esternazioni. Secondo la visione di Esposito nessuna manifestazione presidenziale svolta in pubblico, compresi i discorsi, sfuggono alla controfirma e non può neppure farsi valere la c.d. controfirma tacita (vedi il *Saggio sulla controfirma ministeriale* del 1962). La conseguenza di questa rigida ricostruzione assume forme impraticabili nella concretezza della vita politica. Quando il Capo dello Stato è all'estero e deve rilasciare dichiarazioni ufficiali, anche se di natura informale, ad esempio in sede di conferenza stampa, su questioni di

politica di governo, seguendo la concettualizzazione espositiana, questi dovrebbe prima concordare con il ministro al seguito tali dichiarazioni: tanto rigorosa la soluzione quanto inapplicabile nella realtà. Si palesa il rischio di dogmatismo chiuso. Un pericolo che Guarino, nel suo scritto del 1951, aveva brillantemente evitato.

6.2. *La pragmatica di Giuseppe Guarino*

Guarino era giunto a ricostruire la complessa e sfuggente figura del capo dello Stato per tutt'altra via. Ricomponendo il suo ruolo costituzionale attorno alla nozione di *garante politico* (ovvero *garanzia politica*), e non invece *giurisdizionale, della costituzione*. Anch'egli, come Esposito, aspira a fornire in tal modo una visione d'insieme, cui pervenire però partendo, ancora una volta, dai fatti minuti per ricondurli al diritto e per elevare questi a sistema. Una strada – un metodo preferisco dire – in grado di dare forma e sostanza al ruolo costituzionale di Presidente della Repubblica *in concreto*. In grado di giungere a dare – potremmo dire con Esposito – il “concetto”, ma in questo caso un concetto ricostruito alla luce dei fatti e della loro critica. Sono i fatti ad illuminare le costruzioni giuridiche concrete e non viceversa. Una prospettiva di natura essenzialmente pragmatica.

Una estrema valorizzazione dei dati che, però, non va per nulla confusa con un dominio di questi sul diritto costituzionale: Guarino non è mai stato un mero descrittore dell'esistente, mai arreso ai fatti. Non fa parte di quella sempre più nutrita schiera di giuristi legittimatori dell'esistente, quale che sia l'esistente; giuristi senza principi da far valere, tecnici senza valore. In caso i fatti vanno considerati per criticarli e cambiarli con la forza del diritto. In un eterno rapporto dialettico e a volte conflittuale tra fatti e diritto, tra fatti e ricostruzioni dogmatiche, alla ricerca delle soluzioni – come scrive – “*più confacenti*”, ovvero più aderenti ai principi.

Sicché, il potere politico potrà pure essere “libero nel fine” come da lui teorizzato, ma non per questo avrà la possibilità di appropriarsi delle prerogative presidenziali. E sarà proprio la considerazione unitaria dei fatti e la loro riconduzione al diritto che verrà posta alla base della tesi di un *indirizzo politico governativo* necessariamente altro rispetto *all'attività di indirizzo del presidente*. Ne consegue che se la funzione di garante del Presidente va intesa in senso

politico e ad esso vengono assegnati poteri tutti decisivi (dallo scioglimento a tutte le altre competenze nei confronti delle funzioni legislative, esecutive e giurisdizionali), *non potrà ammettersi che il governo si appropri del potere di nomina* – nella specie dei giudici costituzionali – configurabile necessariamente come un atto formalmente e sostanzialmente presidenziale. La controfirma, così come il “ministro proponente” che ne assume la responsabilità ai sensi dell’articolo 89 Costituzione, non possono essere intesi come una via per sottrarre la decisione sulla scelta del giudice costituzionale al titolare del potere di garanzia politica.

6.3. *La funzione costituzionale del Presidente della Repubblica alla prova dei fatti*

Questa visione teorica dei poteri presidenziali e del ruolo di garante (politico) della Costituzione verrà “messa alla prova” dei fatti quando, nelle sue “note preliminari” sul capo dello Stato, Guarino ricostruisce – in meno di cento serratissime pagine – il ruolo e la funzione costituzionale del presidente della repubblica nella nostra forma di governo. Una analisi *sviluppata tutta attorno ad un fatto*, qualcuno potrebbe ritenerlo un fattarello: la presentazione alla Camera da parte di un deputato (l’on. Fumagalli) di un emendamento durante la discussione sulle norme relative alla costituzione e al funzionamento della Corte costituzionale, con la quale si assegnava al Governo la nomina sostanziale dei giudici di spettanza presidenziale (nominati dal Capo dello Stato, ma su proposta del Ministro di Grazia e Giustizia e controfirmato dal Presidente del Consiglio dei Ministri). Emendamento prima approvato, poi, nel seguito dell’iter di formazione di quella che sarebbe diventata la legge 11 marzo 1953 n. 87, respinto. Forse anche grazie alla forza persuasiva e capacità critica poste in essere con tanta finezza da Giuseppe Guarino.

Al centro dell’analisi viene posto, dunque, un fattarello di cronaca parlamentare, ma che avrebbe comportato, se definitivamente accolto, una serie di permanenti e gravi distorsioni di sistema: lo squilibrio dei poteri tra Presidente e Governo, un organo di giustizia costituzionale non più garante giurisdizionale della costituzione, ma parte di un assetto *a dominanza maggioritaria*. In sostanza, lo stravolgimento della nostra forma di governo parlamentare. Un episodio di cronaca che avrebbe determinato un diverso sistema costituzionale

rispetto a quello che poi – venuto meno il “malfatto” – abbiamo avuto con la successiva approvazione della legge del 1953. Guarino ne era consapevole sin da allora: chiude il saggio con un “avvertenza”, nella quale chiarisce che “tutto quanto si è cercato di dire, dimostrare, costruire è valido sino a quando restano le condizioni obiettive che i costituenti dovettero affrontare e sino a quando la vita giuridica si svolga secondo quei binari che i costituenti intesero segnare. *Rebus sic stantibus*, fino a che le cose stanno come stanno”. Non si poteva avere maggior realismo, ma anche consapevolezza del ruolo decisivo (“*engage*” direi) della dottrina, del compito di tecnici consapevoli e non arresi. Un richiamo alla responsabilità dei giuristi – degli intellettuali più in generale – su cui dovremmo oggi a lungo meditare.

7. *I tecnici e la Politica*

Nel corso degli anni successivi la sua attenzione si rivolge al concreto funzionamento delle strutture di potere, delle istituzioni e delle organizzazioni pubbliche. Maturerà, anche grazie alla sua professione di avvocato, una sempre più approfondita conoscenza dell'amministrazione e riconoscerà all'economia un ruolo decisivo per la comprensione dei meccanismi di funzionamento delle istituzioni. Questo lo porterà negli anni '60 ad occuparsi prevalentemente delle questioni di diritto amministrativo e di diritto pubblico dell'economia. Si avvicinò come tecnico alla politica, ma – almeno per molti anni – non assumendo nessun ruolo di responsabilità propriamente politica, preferendo operare come ascoltato consulente.

Fu tra i protagonisti di quella stagione che vide l'impegno dello Stato in economia riuscendo a imprimere una forte concretezza alle politiche di governo del tempo. Il ruolo di Guarino fu decisivo in quel clima politico e imprenditoriale, che in verità appariva poco sensibile a prestare ascolto alle ragioni del diritto, ma in cui egli riuscì – nonostante tutto – ad imprimere una solida cultura giuridica almeno al sistema delle partecipazioni statali. Più in generale può essere indicato come il primo grande sistematizzatore del diritto pubblico dell'economia, come dimostrano i due volumi che raccolgono i suoi *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia* del 1962 e del 1970.

In questa sede, con riferimento a Guarino costituzionalista, vorrei soffermarmi solo sul saggio che apre la raccolta degli scritti: *Tecnici e politici nello Stato contemporaneo*. Si tratta della prolusione svolta a Roma nel 1962 in apertura del corso ufficiale alla Facoltà di Economia e Commercio. Una riflessione di grande interesse e profondità, ma soprattutto – riletta a sessant'anni di distanza – di grande attualità.

7.1. *I tecnici "accademici" e l'autonomia della scienza*

Le serrate argomentazioni svolte forniscono un quadro complesso: non ci si limita ad affermare una tanto semplice quanto impropria opposizione tra tecnica e politica. Ben distante da quelli che appaiono i discorsi semplificati oggi prevalenti, portati a contrapporre i governi dei tecnici (e della tecnica) ai governi di natura "politica". Il saggio di Guarino è dominato dalle *distinzioni*, non invece dalle separazioni.

Anzitutto, infatti, rileva che *non tutti i tecnici sono uguali*: nel lavoro sono presi in considerazione solo quelli che partecipano all'attività politica, anzi esclusivamente quelli che intervengono immediatamente *prima* che le decisioni politiche vengono assunte. Distinguendo, dunque, i tecnici direttamente coinvolti nella gestione del potere politico, collegati alla politica e gli altri "scienziati ovvero sapienti". In fondo un modo per preservare l'autonomia della scienza "pura", di tutte quelle attività anche tecniche i cui effetti non abbiano però un rilievo politico diretto.

Vorrei aggiungere che in tal modo si riesce a salvaguardare il pensiero critico, gli intellettuali, le accademie cui deve essere garantita la massima libertà e non possono essere limitati dalle ragioni del potere o delle decisioni politiche da assumere. Almeno per questa vasta parte dell'attività tecnica (per estensione scientifica e intellettuale) la responsabilità deve essere rinvenuta esclusivamente in valori di natura etica: l'obbligo di verità, il rispetto dell'argomentazione, la coerenza delle posizioni assunte, la propria coscienza.

7.2. *I limiti della tecnica e l'ambito della scelta politica*

Neppure però con riferimento ai tecnici che partecipano all'attività politica, i loro rapporti vanno – come è oggi solito ritenere –

definiti in termini di dipendenza dalla politica ovvero di prevalenza sulla politica. Sono due, invece, i caratteri che devono essere valutati per definire il giusto equilibrio tra i due poli. Da un lato, si tratta di indagare quali siano *a) i limiti della tecnica*; dall'altro bisogna stabilire quale sia *b) l'ambito della scelta politica*.

L'opera dei tecnici – scriverà Guarino – incontra dei limiti obiettivi, al di là dei quali si estende lo spazio riservato all'opera dei politici. La loro attività riguarda necessariamente problemi attinenti a settori specifici, estranea la visione complessiva, ma soprattutto *estranea alla ricerca del consenso* che spetta ai politici. Si noti che tale distinzione (ai tecnici l'analisi delle questioni specifiche, ai politici la ricerca del consenso) non è frutto di una separazione, bensì di una divisione di compiti che permetta il conseguimento degli obiettivi "comuni", ovvero voluti sia dai tecnici sia dai politici. Da parte del "tecnico" Guarino non si manifesta alcuna sottovalutazione per le competenze proprie e i profili specifici della politica, anzi si riconosce che il consenso politico è necessario per la riuscita delle stesse soluzioni indicate dai tecnici.

Anche l'ambito della politica deve essere meglio determinato, non potendo essere ridotto solo alla ricerca del consenso. La scelta politica che deve essere assunta non può fare a meno del giudizio sul grado di realizzabilità e ciò comporta valutazioni specializzate, l'acquisizione di un sapere e delle nozioni necessarie per il governo della società. Per questo, in fondo, *"anche i politici risultano dei tecnici"* e *"solo per convenienza linguistica i politici vengono contrapposti ai tecnici, ma ciò non può modificare la effettiva realtà"*.

Guarino specificherà ulteriormente e significativamente in che senso si deve parlare di una "tecnica" propria della "politica" e dei politici. Il politico deve possedere approfondite conoscenze dell'organizzazione dello Stato e sul modo di come concretamente utilizzare le competenze; in particolare egli deve essere in grado di selezionare le proposte dei tecnici in base all'interesse generale assieme agli interessi parziali di cui è espressione, potendo alla fine egli essere costretto a decisioni anche gravi e dolorose. Se questo è vero, *nei limiti in cui ciò è rispettato*, non si può e non si deve dubitare che *"spetta ai politici di adottare le decisioni ultime"*. Dunque, il potere di decidere è legittimato dal fatto che il politico è – deve essere – uno statista. Mentre il tecnico è – deve essere – uno scienziato di professione.

In termini weberiani: due professioni intellettuali, la prima che vive *per* la politica, non invece *di* politica; la seconda intesa come vocazione (*beruf*).

Il politico cui pensa Guarino è dunque uno statista, ovvero un politico di professione che ha appreso l'arte di governare a seguito di una specifica e complessa formazione che gli hanno permesso di svolgere il suo ruolo con competenza non improvvisata. Oggi, la scomparsa di ogni scuola di partito, il venir meno di tutti i tradizionali canali di selezione della nostra classe dirigente, l'affermatasi dell'estemporaneità o la selezione per appartenenza del ceto politico, rendono queste riflessioni inattuali, ma quanto infondate? Forse bisognerebbe ricominciare a riflettere su di esse.

Tornando al rapporto tra tecnici e politici, Guarino spiega che la massima utilizzazione dei tecnici è possibile una volta assicurata l'autonomia e l'autorità di entrambi i soggetti. Anzi – tiene a precisare – “la massimizzazione dei risultati può ottenersi solo se a ciascuno dei due gruppi si riesca ad imporre, nel modo più rigoroso, di non invadere il campo dell'altro”. Il presupposto, però, è che tanto i tecnici quanto i politici siano dotati di “autonomia” e di “autorità”. Anche in questo caso non pare che siano parole che possono essere richiamate oggi, se non come invito ad una ricostruzione e rilegittimazione delle diverse figure richiamate. Ed è così che si spiega perché, nel vuoto della politica, la tecnica aspira ormai ad imporsi assumendo la forma della tecnocrazia, ovvero, perduta la sua autonomia ed autorità, tende a farsi ancella di ogni possibile politica senza principi.

8. *Consigliare il Principe*

Guarino in quel lontano saggio del 1962 parlava anche di sé. A partire dagli anni '60, infatti, diventa uno dei più autorevoli tecnici che partecipano all'attività politica. Esattamente così come da lui stesso definita: intervenendo *prima* che le decisioni politiche siano assunte.

La sua attenzione si concentra – al tempo della massima crescita economica e della creazione del sistema delle partecipazioni statali – sui rapporti tra diritto ed economia. Inoltre, il prestigio sempre più esteso, portarono Guarino a svolgere, con “autonomia e autorità”, per diversi lustri – dal 1967 al 1987 – il compito di Sindaco della

Banca d'Italia. Sono anni in cui è massima la sua influenza sulla vita politica italiana, non tanto o solo per i ruoli politici direttamente ricoperti (solo nel 1987 diventa Ministro delle Finanze e poi, nel 1992, assumerà l'incarico di Ministro dell'Industria. Sarà anche deputato della X legislatura), ma ancor più per la sua attività di consulenza. Non solo come avvocato – nel suo studio di Piazza Borghese – ma come persona in grado di fornire soluzioni originali ai molti problemi della vita politica ed economica del Paese.

Guarino fu certamente un giurista autorevole, consigliere di molti “potenti”, avvocato di gran prestigio. Non fu però mai sottoposto al potere, anzi ne fu spesso un critico feroce. Sebbene avesse un forte senso delle istituzioni e dello Stato, pretendeva di portare in esse le sue idee.

Nonostante fosse convinto che le relazioni sociali e politiche imponessero un rapporto stretto con le istituzioni, le quali condizionano l'intera nostra vita (come ebbe a teorizzare nel già richiamato «*L'uomo-istituzione*», il significativo libro del 2005), non rinunciava a contrastare le deviazioni di queste.

9. *La fine della politica*

Sul finire degli anni '70 e per gran parte del decennio successivo egli si impegna in un'opera di rivisitazione del sistema sia amministrativo sia costituzionale, con accenti di sempre più evidente preoccupazione. Alcune opere si pongono ancora nella prospettiva ricostruttiva (da *L'organizzazione pubblica* del 1977, alle due edizioni del 1978 e del 1983 del *Dizionario Amministrativo* da lui curato e dove scrive l'importante voce *Atti e poteri amministrativi*), ma è nei due paralleli libri dedicati rispettivamente a *Quale costituzione?* del 1980 e a *Quale amministrazione?* del 1985 che mostra con chiarezza la necessità di un cambiamento.

Soprattutto nel primo dei due titoli richiamati mostra una chiara consapevolezza delle crisi del sistema politico, *ormai ipertrofico* (una denuncia che già da tempo in realtà aveva espresso), sempre più *disfunzionale*, sempre meno in grado cioè di rispondere alle trasformazioni “materiali” del sistema costituzionale. Il rischio di una autonomia della classe politica e di un parallelo distacco dalle esigenze e le esperienze reali del Paese era evidentemente un suo

cruccio. Un distacco che porterà ad immaginare *la fine della politica* come scrisse senza veli nel 1997 guardando *Verso l'Europa*.

10. *Il “colpo di Stato” in Europa*

Ed è proprio riflettendo sul piano europeo che Guarino giunge alle più radicali posizioni degli ultimi anni. Europeista convinto, divenne tra i più feroci critici quando si rese conto che l'eurosistema, ma poi l'intero assetto istituzionale europeo, stava portando verso la *fine* di ogni politica, *fagocitando* l'autonomia degli Stati ed *asserrendo* i governi nazionali a vincoli economici da lui ritenuti illegittimi, oltre che distruttivi per le possibilità di sviluppo. Uomo moderato e gentile, non si nascose dietro diplomatismi quando si avvide del tradimento degli ideali europei, questi ultime vittime – come scrive Guarino – di un “colpo di stato”, cui solo una prospettiva di “rinascita” poteva far fronte.

Sempre fedele al suo metodo induttivo, al suo modo di vedere, anche in questo caso il “colpo di stato” denunciato è stato innescato da un fatto marginale, sfuggito all'attenzione dei più, che però ha provocato una degenerazione. L'atto eversivo è rappresentato secondo Guarino dall'approvazione di un regolamento n. 1466/97. L'analisi delle sue posizioni non può essere qui svolta, mi limito allora ad alcune considerazioni d'insieme.

Le sue posizioni erano sempre nette, espresse con grande finezza, e con il permanere di un forte controllo sugli strumenti di analisi sia giuridica sia economica. Pur se in netto contrasto con l'evoluzione che era stata impressa all'Unione europea dopo Maastricht, *non scivolò mai in posizioni sovraniste*, ma denunciò con forza le politiche monetarie e la sostenibilità economica delle scelte compiute. Sempre con un atteggiamento propositivo, mai difensivo. Il giurista Guarino, grande conoscitore della “macchina istituzionale”, ci ha indicato nei suoi tanti scritti sull'Europa (basta qui ricordare il *Governo del mondo globale* del 2000, *Eurosistema* del 2006, *Ratificare Lisbona?* del 2008, *Cittadini europei e crisi dell'euro* del 2014) le norme, i regolamenti, gli atti da cambiare e le strade alternative da seguire.

In verità, non in tanti gli hanno dato ascolto, certamente non la politica *mainstream*, alla quale egli si rivolgeva. Semmai crescente è

diventato l'interesse che le sue analisi hanno suscitato in chi – magari in posizioni polemiche rispetto all'attuale complessivo assetto dell'Unione – ritiene non più sostenibile la politica monetaria sino ad ora seguita. Fonte d'ispirazione per chi pensa di poter ancora cambiare veramente l'Europa, recuperando una dimensione propriamente politica all'Unione europea.

Studi preziosi per chi avverte la necessità di tornare a ragionare su come il diritto e l'economia possano porsi al servizio di un rilancio tanto dell'economia europea quanto degli Stati membri, evitando gli squilibri attuali. “Se crolla l'Europa, crollano gli Stati” amava ripetere negli ultimi tempi.

Oggi, in piena crisi dell'eurosistema, sospeso il patto di stabilità, di fronte alle nuove sfide impreviste, dalla pandemia alla guerra alle porte, nel momento in cui sono evidenti i rischi rovinosi di un “crollo”, ci mancherà il suo punto di vista diventato – nel corso del tempo – così radicalmente critico, così radicalmente innovativo.

11. *La virgola e il punto*

Mi sia concessa un'ultima osservazione di natura personale. Guarino era un giurista attento ai particolari. Invitava sempre i suoi allievi a “leggere con grande cura tutte le carte” cercando un'idea fondamentale, che poteva trarsi dai risvolti più minuti, dentro una piega che spesso era sfuggita ai più. Ho sempre pensato che per lui *una virgola fosse più importante di un punto*, e che *una parola in sé non dicesse nulla*. Partendo dai particolari sapeva poi interpretare con vivacità e creatività i testi e le norme. Le sue idee non erano mai banali. Una straordinaria miscela di rigore e fantasia di cui sentiremo la mancanza.

1. Già nel Saggio del 1948 (*Potere giuridico e diritto soggettivo*, Napoli 1948, rit. 1990) il giovane Guarino aveva dato prova della sua vocazione per la teoria generale, delineando la trama delle diverse posizioni che il soggetto assume alla stregua dell’ordinamento, come tale, in posizione statica, o in movimento, in posizione dinamica, come autore dell’esperienza, mediante fatti ed atti a lui imputabili.

Ma nel Saggio del 1954, espressamente dedicato alla *teoria generale* (*Oggetto funzione e metodo della teoria generale del diritto*, Scritti Jovene, Napoli 1954), Guarino ne delinea con precisione la funzione duplice, *a*) di reperire gli oggetti che, nell’ambito dell’esperienza comune, sono intrinseci all’esperienza giuridica (qui è evidente l’insegnamento di Capograssi, che di Guarino fu maestro), *b*) di analizzare gli oggetti stessi individuando le figure minime che compongono il fenomeno complesso, e individuate queste come figure elementari dell’esperienza, invertire la direzione del lavoro per procedere ad operazioni combinatorie. L’esperienza, frantumata con la prima indagine, viene successivamente razionalmente ricomposta.

Secondo Guarino la materia della teoria generale non è formata da norme giuridiche; i suoi oggetti sono bensì regolati anche da norme, ma la teoria generale li studia prescindendo da queste, perché essa ha ad oggetto non le norme positive che si formano nell’ambito dei singoli ordinamenti, ma i fenomeni ad esse sottostanti. Essa scopre la trama segreta della vita giuridica (i fenomeni dell’esperienza giuridica nascosti nella trama dell’esperienza comune), libera dall’involucro delle norme l’ossatura del diritto.

Questi caratteri della teoria generale son ripresi molto tempo dopo, nella parte introduttiva del libro sull’organizzazione pubblica (*L’organizzazione pubblica*, Milano 1977), accentuando il divario e la reciproca autonomia tra teoria generale e diritto positivo, come due piani del lavoro del giurista, tuttavia interconnessi, nel senso che le acquisizioni della teoria generale divengono utili al giurista positivo per conoscere meglio e più correttamente interpretare la propria esperienza; e i dati elaborati dal giurista positivo divengono utili al teorico generale per comporre le sue teorie relative al mondo dei fe-

nomeni giuridicamente rilevanti, sottostanti alle diverse discipline positive; come ad esempio si riscontra nelle nozioni di teoria generale centrali in materia di organizzazione, come quelle di persona, di organo, di titolare di organi, e così via, direttamente utilizzate dal giurista positivo per sistemare i dati della propria esperienza.

2. La trama delle posizioni del soggetto, come autore dell'esperienza giuridica, è fissata da Guarino nel Saggio del 1948 e ad essa resterà fedele, salvi marginali aggiustamenti, sino agli ultimi scritti, nei quali la posizione del soggetto diviene componente costitutiva della vita dell'istituzione e dai meccanismi organizzativi di quest'ultima, condizionata (profilo, questo, assente nei primi studi).

Si tratta di una trama complessa nella quale la posizione del soggetto appare a volte come destinatario di norme giuridiche, a volte come attore dell'esperienza (situazioni soggettive attive e fattispecie dinamiche).

Anzitutto, il potere. Che cos'è il potere? Guarino espunge il concetto di potere da quello di diritto soggettivo (da quello di situazione soggettiva attiva), e inquadra tutta la materia distinguendo nell'ambito dell'esperienza giuridica, i fenomeni che attengono all'atto e i fenomeni che attengono al soggetto e contrappone il potere come nozione che attiene all'atto e il diritto soggettivo come nozione che attiene al soggetto.

Il potere è fattispecie normativa di atti, provvedimenti, negozi, delle stesse leggi (a seconda che si tratti di potere amministrativo, negoziale, politico).

Fattispecie normativa è "l'astratta definizione di un fenomeno contenuta in una norma, ovvero l'insieme delle note mediante le quali il fenomeno, cui la norma vuole concedere rilevanza, viene da essa rilevato" (distinta dalla fattispecie concreta, pensata nel suo storico divenire, astratta anche essa ma ricavata dall'interprete da tutte le possibili fattispecie reali).

Ogni fattispecie contempla un comportamento umano (attività, azione umana) che diviene rilevante per il diritto: se la fattispecie è vincolata (si esaurisce in una descrizione di specie) si ha il *comportamento prescritto*, e la fattispecie concreta è una sola, se invece la fattispecie contiene una descrizione di genere (e quindi le fattispecie concrete tratte da una medesima fattispecie normativa "sono, non

una sola, ma più”) si ha il *comportamento “libero”*, che si distingue nelle due fattispecie della *facoltà* e del *potere*, che si contrappongono a loro volta alla fattispecie del comportamento prescritto.

Si tratta di schemi astratti di comportamenti umani, la cui realizzazione in concreto resta sempre un’eventualità.

Il comportamento libero che si ascrive alla facoltà comporta nel suo esercizio una modificazione del mondo materiale; mentre il comportamento libero che si ascrive al potere, comporta nel suo esercizio, che esprime la volontà di un precetto, una modificazione giuridica, un effetto in senso tecnico. Il potere, a differenza della facoltà, contiene il necessario riferimento al momento interno del comportamento, alla volontà. La fattispecie reale del potere, a seconda che il potere è pubblico o privato, si traduce in provvedimento o in negozio.

Potere, facoltà e comportamento prescritto sono fattispecie dinamiche, le quali nella descrizione di un comportamento riflettono esclusivamente l’atto, cioè un movimento. Secondo Guarino, le tre fattispecie dinamiche esauriscono tutto il campo delle fattispecie dei comportamenti umani giuridicamente rilevanti.

Altra cosa sono le situazioni soggettive attive (*diritto soggettivo e dovere*) che attengono non all’atto, ma alla posizione del soggetto alla stregua dell’ordinamento e il loro contenuto non è un comportamento destinato a tradursi in un atto, ma un rapporto, quello che intercorre tra un soggetto e la fattispecie normativa di un comportamento dello stesso soggetto. Questo rapporto può essere di due tipi: di liceità (diritto soggettivo) o di necessità (il dovere). Secondo Guarino le situazioni soggettive non possono che essere solo quelle ascrivibili a questi due tipi.

Fattispecie dinamiche e situazioni giuridiche attive contemplano la stessa realtà (il comportamento umano) ma si pongono da due diverse prospettive: dal punto di vista del comportamento, ovvero dal punto di vista del soggetto. Ma le fattispecie dinamiche (il comportamento) necessitano della previa imputazione al soggetto della situazione giuridica attiva che contempli quel tipo di comportamento (il momento statico precede il momento dinamico). Fattispecie dinamiche e situazioni attive sono accoppiate: diritti che hanno come contenuto poteri, o facoltà, e anche comportamenti prescritti, doveri che hanno come contenuto poteri, o facoltà, o comportamenti prescritti.

Da qui la distinzione tra *illiceità* come violazione di una norma attributiva di dovere che comporta la responsabilità del soggetto per le conseguenze prodotte dal suo comportamento illecito e *illegittimità* come violazione di una norma relativa alla fattispecie dinamica che dà luogo all'invalidità dell'atto adottato in violazione.

Il soggetto che si trova nella posizione soggettiva (situazione giuridica attiva) di diritto soggettivo o di dovere, come situazioni statiche, può porre in essere comportamenti rispettivamente di potere o di facoltà, o comportamenti prescritti, a seconda dell'imputazione soggettiva delle rispettive fattispecie.

3. Alle situazioni attive (diritto e dovere) si contrappongono le situazioni inattive, nelle quali la fattispecie normativa ha ad oggetto un comportamento, non del soggetto della situazione stessa, ma di un soggetto terzo, a fronte del cui comportamento il soggetto titolare della situazione inattiva, si trova in una condizione di estraneità. Egli non può “né provocare il comportamento altrui, né impedire che esso avvenga”. Le situazioni inattive possono essere a loro volta favorevoli (*pretesa e interesse*) o sfavorevoli (*soggezione*). La pretesa corrisponde all'obbligo o al vincolo del comportamento altrui (è prevista al fine di procurare un vantaggio al pretendente). L'interesse (legittimo) corrisponde (“casualmente”) ad una situazione attiva altrui “senza che la norma abbia previsto o voluto il collegamento tra il vantaggio del titolare della situazione inattiva e la situazione attiva altrui”. La soggezione “è l'interesse affinché non si compia un comportamento altrui previsto dalla norma”.

La pretesa si distingue nettamente dal diritto soggettivo (situazione attiva) che è possibilità di agire, mentre la pretesa “è un attendere” (Pacchioni). La pretesa si distingue dall'interesse (legittimo), ciò che spesso dà luogo a delicati problemi di interpretazione: si tratta di stabilire quale è la funzione del vincolo, in un caso diretto alla soddisfazione dell'interesse di un soggetto (pretesa), nell'altro posto per ragioni che non sono connesse con l'interesse del soggetto.

In ordine al problema se il diritto soggettivo possa essere inteso come una forma di interesse protetto, occorre considerare gli interessi coinvolti nel rapporto, quelli che motivano la volontà del precepto nell'esercizio del potere: interessi liberi, interessi liberi solo entro un ambito predeterminato, interessi fissati dall'ordinamento come quelli ai quali solo può essere ancorata la volontà “per corri-

spondere allo schema descritto nel potere”. Gli interessi rilevanti per il diritto sono quelli che Guarino denomina “interessi secondo valutazione media”, mentre gli interessi meramente soggettivi sono irrilevanti per il diritto, attengono alla psicologia cangiante dell’individuo (vorrei dire, al mondo dei fatti); “il contenuto degli interessi rilevanti non deve variare da uomo a uomo e da momento a momento, ma per una singola situazione concretamente individuata, deve essere costante ed obiettivamente e preventivamente rilevabile”. Tra questi interessi, si distinguono *a*) l’interesse al comportamento “altrui, previsto dalla norma e considerato in sé o come contenuto di una situazione attiva”, che è propriamente l’interesse oggetto della pretesa e della situazione di interesse, mentre non esiste nel diritto soggettivo che è, come s’è detto, “una situazione attiva e non inattiva che consiste in una possibilità di azione e non in un interesse”. Mentre l’interesse al comportamento ridonda sulla distinzione tra pretesa (l’obbligo o il vincolo posto a carico di un soggetto al fine di soddisfare un altro soggetto, titolare, appunto, della pretesa) e interesse legittimo (“tra il comportamento di un soggetto, la norma che lo regola, e l’interesse altrui, non vi è alcun legame di funzionalità, l’interesse sorge in modo puramente occasionale”); *b*) l’interesse alla situazione della quale al soggetto è attribuita la titolarità, diretto alla conservazione della situazione stessa (favorevole), che può essere intenzionale come il diritto e la pretesa, od occasionale come l’interesse legittimo.

Su questo punto, la posizione di Guarino rispecchia le convinzioni della dottrina precedente, rispetto a quella formatasi nell’esperienza successiva sino ai tempi nostri, nella quale sempre più l’interesse legittimo ha acquistato la configurazione di situazione giuridica attiva di carattere sostanziale, direttamente protetta dall’ordinamento, sino ad arrivare alla sua risarcibilità (per tutti, F.G. Scoca, *L’interesse legittimo*, Torino 2019).

Gli esempi addotti da Guarino confermano questa posizione (l’interesse protetto dell’aspirante per un sussidio, non è quello mediato e soggettivo di ottenere il sussidio, ma quello “terminale e nel senso della valutazione media affinché siano osservati i vincoli cui è legato il potere della pubblica amministrazione di concedere il sussidio”).

Guarino riassume così il sistema delle posizioni dei soggetti nell’ambito dell’ordinamento: fattispecie dinamiche (il comporta-

mento), situazioni giuridiche (del soggetto rispetto ad un comportamento futuro ipotetico), le prime sono libere (potere e facoltà) o vincolate (comportamento prescritto), le seconde sono attive (comportamento del soggetto: diritto o dovere) o inattive (la posizione del soggetto nei riguardi di un comportamento altrui: pretesa, interesse legittimo, soggezione), favorevoli (diritto soggettivo, pretesa, interesse) o sfavorevoli (dovere, soggezione), tra le situazioni giuridiche favorevoli si distinguono le situazioni intenzionali (diritto e pretesa) e le situazioni occasionali (interesse).

Tutte queste, Guarino le qualifica come situazioni semplici (minime), e prosegue l'analisi alle figure composte cui le prime danno luogo, entrando "tra di loro in concreti rapporti"; distinguendo rapporti di corrispondenza (tra figure facenti capo a soggetti diversi), come la coppia diritto-dovere comunemente seguita in dottrina, che Guarino contesta richiamando la sua diversa classificazione, e rapporti di connessione (come il rapporto diritto-dovere nello stesso soggetto o in capo a diversi soggetti), i rapporti di connessione per oggetto, sui quali si fonda la distinzione tra diritti reali e diritti di credito, e così via.

4. Questa sistematica elaborata nel primo Saggio (che ha anche uno scopo di sistemazione dottrinale, il cui panorama, vastissimo e non solo italiano (ovviamente) viene analizzato con la massima puntualità, mediante adesioni e rilievi critici, come è proprio di uno studio giovanile di alto livello), viene ripresa successivamente, sino ai più recenti studi di teoria generale (con alcune semplificazioni), dedicati com'è noto ai temi dell'organizzazione. L'assetto delle posizioni dei soggetti giuridicamente rilevanti diviene componente fondamentale e condizionante l'organizzazione, incidendo sulla tipologia dei modelli di organizzazione, da quelli caratterizzati dalla "dominanza pubblicistica" (esercizio di poteri pubblici) a quelli nei quali tende a farsi strada un assetto dei rapporti di tipo paritario.

La tecnica della imputazione di situazioni soggettive diventa quella utilizzata per la definizione dei compiti di ciascuna "cellula", come microorganizzazione che va a formare, in virtù di successive aggregazioni, il contenuto dell'organizzazione complessiva. Le situazioni che Guarino riprende dallo studio giovanile, sono ancora il potere (dal cui esercizio si produce una modifica di situazioni sogget-

tive in essere), la facoltà (dal cui esercizio si produce “una variazione materiale lecita del mondo esterno”), che possono essere attribuite a titolo di diritto, ciò che comporta la scelta di esercitare o non esercitare il potere o la facoltà, o a titolo di dovere, dove l’esercizio del potere o della facoltà è vincolato nell’an e anche nel contenuto, totalmente o parzialmente.

Guarino chiarisce (accomunando tuttavia nel concetto di situazione soggettiva, come oggetto precipuo della teoria generale, quelle che prima erano distinte tra fattispecie dinamiche e situazioni soggettive in senso proprio) il contenuto della situazione soggettiva di potere nella quale il titolare pone in essere una dichiarazione di volontà produttiva di effetti, che possono prodursi nella sfera dello stesso titolare o di altri soggetti consenzienti (poteri negoziali o privati) ovvero nella sfera di terzi a prescindere dal loro consenso (poteri autoritari o pubblici); e della situazione soggettiva di facoltà dal cui esercizio si verificano mutazioni materiali, senza produrre effetti giuridici (comportamenti meramente leciti, che sono di gran lunga più frequenti, nota Guarino, nell’esperienza corrente, rispetto agli atti di esercizio del potere).

Le situazioni si riducono a quattro, in ognuna delle quali le variazioni sono molteplici (basti pensare alla diversa tipologia dei poteri, da quello politico, dove le scelte sono pressoché libere, a quello discrezionale, tipico della pubblica amministrazione, che a sua volta va da un’ampia libertà di scelta sino a sfiorare la politicità).

5. Nella seconda parte della sua produzione di teoria generale, l’attenzione e l’analisi di Guarino è tutta presa dai problemi e dagli assetti dell’organizzazione. Il suo sguardo si sposta dall’uomo nella sua identità giuridica, all’uomo nelle istituzioni, nell’organizzazione sociale che lo circonda, che lo avvolge nelle sue forme, nei suoi schemi, nella sua forza. La vita dell’uomo si configura come tutta condizionata, retta, dalle istituzioni. “L’uomo fuori o senza l’istituzione non esiste... esiste solo l’uomo quale si forma attraverso la mediazione delle istituzioni” (*L’uomo istituzione*, Roma Bari 2005).

Questa tematica è svolta nel Saggio del 2005 e successivamente nel Saggio, più articolato e ricco di riferimenti concreti, del 2011 (*Teoria economica e teoria formale del diritto*, in Quaderni di economia italiana).

Il concetto di istituzione del Saggio del 2005 diventa “organismo” nel Saggio del 2011, ma si tratta a mio avviso, di due nozioni coincidenti (Guarino non spiega il perché del mutamento terminologico).

L'istituzione (o organismo) è un'organizzazione sociale (che coincide con l'ordinamento giuridico, secondo l'impostazione romana che Guarino segue) formata dai seguenti elementi: una pluralità di uomini, una pluralità di norme, una organizzazione di comando (l'organismo attuativo delle norme che reggono l'istituzione), fini ed obiettivi comuni, nonché la forza sociale, definita da Guarino come la generalità delle condotte dei partecipi dell'istituzione, che siano conformi alla generalità delle norme e dei comandi che provengono dall'organizzazione di comando dell'istituzione.

L'istituzione può essere formata al suo interno, oltre che da una pluralità di uomini, da una pluralità di istituzioni o di organismi di carattere minore.

Fondamentale nel concetto guariniano di istituzione è la *forza sociale*, senza la quale, consolidata, protratta nel tempo, l'istituzione non può vivere; ché, invero, la forza organizzata dell'istituzione (organismo di comando chiamato all'attuazione delle regole), la forza formale possiamo dire, non è capace, da sola, di reggere l'istituzione (“è un'illusione vana e pericolosa quella di ritenere che la forza organizzata sia sufficiente da sola ad ottenere comportamenti conformi alla norma”). Se all'insieme delle norme della singola istituzione e a ciascuna di esse singolarmente, deve essere inerente il carattere dell'autorità, è indispensabile che vi sia una forza che la sostenga. La forza sociale, appunto. “Per cogliere nella sua essenza la natura reale della forza sociale occorre prescindere dalla... forza organizzata”. Bisogna assumere a base i comportamenti delle singole unità comprese nella istituzione.

Nell'esperienza comune, sottolinea Guarino, la grandissima parte di questi comportamenti risulta conforme alle norme ed è la massa di questi comportamenti conformi che esprime la forza sociale: “la percentuale di questi comportamenti che risultano difforni dalla norma corrispondono ad una frazione minima. Il numero delle violazioni volontarie e consapevoli è, rispetto al totale, addirittura infimo”. Ma se la forza sociale si affievolisce, l'autorità perde peso, e se si estingue, con essa cessa l'istituzione; se si indirizza verso un'orga-

nizzazione di comando diversa, ispirata a nuovi principi, ciò conduce all’instaurazione “di fatto” di un nuovo governo o di un nuovo regime (essa non è un dato assoluto, né permanente).

L’impostazione di Guarino su questo punto, centrale nella sua trattazione, riecheggia il Vico, nella distinzione tra il *certo delle leggi* che è frutto dell’autorità (la forza organizzata di Guarino) e il cui rispetto dipende dall’autorità (“onde obbligare gli uomini ad osservare la legge, quando a ciò non sarebbe bastevole lo spontaneo rispetto”), e il *vero*, che è frutto della ragione ed esprime la conformità della legge al fatto e perciò il consenso degli uomini. Si ricordi che il pensiero del Vico è fortemente presente nell’opera di Capograssi cui l’opera di Guarino è a sua volta fortemente ispirata.

L’organismo è necessariamente composto di norme, anzi la pluralità delle norme ne è l’elemento costitutivo essenziale. Ma nel concetto di organismo vi è qualcosa in più delle norme. Sul punto, com’è noto, S. Romano affermava che l’istituzione (lo Stato e ogni altra istituzione come ordinamento giuridico) è un’entità che si muove “in parte secondo le norme ma soprattutto muove, come pedine, le norme, che rappresentano piuttosto l’oggetto e anche il mezzo della sua attività che non l’elemento della sua struttura”.

L’organismo (l’istituzione) è entità vivente come gli uomini, opera solo e necessariamente avvalendosi di uomini ma è diverso dagli uomini che lo compongono, più forte, più duraturo e dotato di conformazione più complessa. Sul punto, ancora S. Romano affermava che “l’istituzione da cui derivano le norme giuridiche conferisce a queste una effettiva e obiettiva persistenza oltre il momento in cui in esse si concreta la volontà che le pone”.

Il Saggio del 2011 approfondisce il concetto di organismo, con maggiore puntualizzazione degli aspetti organizzativi e della modellistica, rispetto al precedente Saggio piuttosto incentrato sulla posizione dell’uomo dentro l’istituzione.

Guarino analizza i fattori che compongono l’organismo, che possono essere morbidi e diventare flessibili negli ingranaggi dell’organizzazione, o duri e dare luogo ad elementi di durezza dell’organizzazione. Il collegamento o la connessione tra più fattori (nella loro reciproca influenza tra flessibilità e durezza) dà luogo alla formazione di una struttura che tende a consolidarsi, generando a sua volta “effetti ad essa imputabili”. Le aggregazioni successive dei fat-

tori danno luogo a meccanismi di sviluppo che portano alla formazione di un sistema (“nella coesistenza di molteplici fattori, reciprocamente autonomi o addirittura indipendenti, la cui operatività... si espande fin dove la sua forza lo consente, sin dove non trovi un limite segnato da altri organismi”).

Gli organismi sono creati dagli uomini a volte con decisioni consapevoli a volte in via di fatto. Ma sempre gli uomini (la loro volontà, i loro comportamenti) sono all'origine dell'organismo, con la loro condotta fanno vivere l'organismo (secondo gli schemi formali delle situazioni soggettive ad essi imputate che sono quelli di cui s'è detto, sempre ritornanti nella teoria generale di Guarino). L'uomo vive nell'organismo come parte dell'organismo, al di fuori “c'è l'uomo astratto, l'uomo in natura, che invero non esiste”.

Il Saggio si dilunga in una puntuale analisi delle principali specie di organismi, dallo Stato nel quale la forza organizzata di comando riveste un ruolo preminente, agli organismi religiosi nei quali la religiosità dei comportamenti dei partecipi è piuttosto frutto dell'adesione che dell'imposizione esterna della forza organizzata di comando, sino agli organismi imprese che erompono nella scena del mondo dopo la rivoluzione dei secoli XVII e XVIII (che “infranse il tabù sul quale era poggiato per lunghi millenni lo scenario degli organismi”).

L'organismo impresa (centrale nell'analisi) nasce da un fatto di libertà, ma appena creata, l'impresa tende ad assoggettare “alla doverosità i suoi stessi creatori”, legati alle necessità della produzione, come funzione propria dell'impresa, fattore di potenza, ricchezza, cui lo Stato tende a portare attenzione e protezione, riducendone lo spazio di libertà e allargando lo spazio di doverosità (la “produzione sarebbe diventata il regno di organismi nei quali la doverosità è assoluta”).

Gli organismi imprese sono distinti dallo Stato sotto molteplici aspetti. I fini dello Stato non sono in genere formalizzati, i fini delle imprese sono specifici e formalizzati. Nella regolazione dello Stato si distinguono due comparti: le norme che disciplinano gli apparati... e quelle che regolano i rapporti dei soggetti terzi tra loro e nei confronti dello Stato in senso stretto. Negli organismi imprese esiste il primo comparto ma non il secondo. Negli organismi imprese non vi è luogo per poteri formalmente autoritari. Invero, il fatto di non potersi avvalere di questo tipo di poteri è ciò che differenzia l'organi-

smo imprese dall’organismo Stato. Ma sia gli organismi imprese che l’organismo Stato (anzi, tutti gli organismi/istituzioni) sono accomunati nel fatto della necessità di una forza sociale (certamente a composizione diversa nei primi e nel secondo) che ne sostenga la stessa sussistenza e lo sviluppo.

6. I Saggi del 2005 e del 2011, hanno ad oggetto, secondo gli schemi qui brevemente riassunti, l’organismo/istituzione come organizzazione sociale che si identifica nell’ordinamento giuridico, nella quale l’uomo vive e ne è condizionato in tutte le sue attività.

Si tratta di studi che, a mio giudizio, completano e ad essa danno nuovo vigore, le teorie istituzionalistiche del diritto, di ricca elaborazione nel secolo passato. Le pagine di Guarino sulla forza sociale componente centrale e ineliminabile di ogni istituzione, possono essere considerate il punto più alto nel completamento di quelle teorie. Basti pensare al fine rapporto delineato da Guarino tra forza sociale e forza organizzata, che è “un coadiuvante della forza sociale”. La primo potrà fronteggiare i casi di dissenso, anche per periodi sufficientemente lunghi, “manipolando eventualmente il consenso con mezzi artificiali”, comprimendo manifestazioni estese di ribellione, ma il dissenso organizzato (la forza sociale che inverte il consenso all’istituzione) “potrebbe cogliere qualsiasi opportunità e colpire l’istituzione nel suo cuore”.

Altri importanti studi di Guarino, ascrivibili in parte alla teoria generale e in parte all’analisi del diritto positivo da noi vigente, hanno ad oggetto l’analisi degli apparati organizzativi deputati all’esercizio delle funzioni pubbliche (delle funzioni di governo nell’ambito dell’istituzione), insomma, all’organizzazione pubblica, nella sua differenziata modellistica. È merito di Guarino aver richiamato l’attenzione della dottrina ai modelli differenziati dell’organizzazione pubblica: a fronte del fenomeno, che erompe nella nostra esperienza a partire dagli anni ’50 (ma già si erano affacciati durante il fascismo), della presenza dello Stato nell’economia, nel settore dei grandi servizi (energia, trasporti, telecomunicazioni) e delle grandi imprese collocate sul mercato anche al di là del settore dei servizi pubblici (in una posizione meramente economica).

Compiti nuovi, diversi rispetto a quelli tradizionali dello Stato di diritto, che necessitano di modelli organizzativi nuovi. L’analisi di

Guarino si incentra proprio su questa questione, se a fronte dei nuovi compiti dell'organizzazione pubblica (dello Stato) è riuscito l'obiettivo (pur proclamato) di istituire modelli organizzativi adeguati (*L'organizzazione pubblica*, cit.; *Sulla utilizzazione di modelli differenziati nell'organizzazione pubblica*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Milano 1970).

Questi compiti nuovi, non solo hanno modificato radicalmente il volto stesso dello Stato, si direbbe, ma hanno messo in crisi l'assetto dell'organizzazione pubblica, quale formatosi via via nell'esperienza dello Stato unitario attraverso l'apporto determinante degli istituti del diritto amministrativo (a loro volta, frutto, com'è noto, piuttosto che di specifiche norme di legge, dell'elaborazione della giurisprudenza con il supporto della dottrina). Gli istituti di diritto amministrativo sono stati elaborati per dare assetto conforme ai principi dello stato di diritto, ai rapporti della pubblica amministrazione con i soggetti esterni nei cui confronti si esercitano poteri amministrativi e si adottano atti produttivi di effetti a carattere autoritario, i quali, a tutela delle posizioni dei soggetti terzi seguono procedimenti di formazione e criteri e principi circa l'adozione delle decisioni, vincolate nei fini da perseguire (c.d. discrezionalità), caratterizzate da una forte rigidità (che si contrappone all'autonomia dei soggetti privati), per renderne possibile il controllo dall'esterno (c.d. evidenza pubblica). Questa trama dei rapporti esterni della pubblica amministrazione (potere - atto amministrativo - effetti autoritari - controlli) si è via via spostato dentro l'organizzazione, costituendone a sua volta la trama, il materiale compositivo (come direbbe Guarino). In conseguenza, le organizzazioni pubbliche hanno acquisito una fortissima rigidità interna e sempre più si sono distaccate dai modelli civilistici (persone giuridiche pubbliche contrapposte alle organizzazioni/persone giuridiche del codice civile). Il rapporto di lavoro è diventato pubblico impiego contrappuntato da atti amministrativi (che solo di recente, com'è noto, sono tornati ad essere atti datoriali), l'esercizio dei compiti e delle funzioni da parte dei diversi uffici dell'organizzazione si è irrigidito nel vincolo della competenza, i rapporti tra uffici hanno assunto lo schema della gerarchia o della direzione che si svolgono mediante l'esercizio di poteri amministrativi formali, e così via.

Interventi di riforma di questo assetto organizzativo, come si è auspicato, ad esempio, con l'introduzione delle regioni ma anche con

i vari tentativi di riforma della stessa organizzazione dello Stato susseguitesì negli anni, non hanno ottenuto risultati, spiega Guarino con estrema lucidità, perché quel materiale compositivo restava lo stesso, o restava dominante, al di là di modifiche di contorno ininfluenti su elementi di rigidità propri dell'organizzazione tradizionale.

Questo assetto dell'organizzazione, già in se stesso (dell'organizzazione tradizionale dello Stato) presenta elementi di criticità (ponendo in secondo piano esigenze di efficienza e produttività in termini di risultati), ma diviene del tutto inutilizzabile nei nuovi settori di intervento dello Stato, i grandi servizi, la produzione industriale, la finanza, nei quali vengono in primo piano esigenze di flessibilità dell'organizzazione, prontezza nelle decisioni, possibilità fisiologica dei rischi, e così via.

E a fronte di queste esigenze, sono stati creati modelli differenziati, appunto, di organizzazione pubblica, dalle agenzie alle aziende autonome, agli enti pubblici economici, sino alle società in mano pubblica. A fronte di questi modelli differenziati il materiale compositivo della organizzazione si è andato via via modificando in una prospettiva di progressiva privatizzazione (come in materia di rapporti di lavoro riportati nel diritto comune del lavoro, in materia di rapporti con i terzi riportati nello schema contrattuale, e così via). Ma “la dominanza pubblicistica” non è stata eliminata, a causa di una serie di istituti generali del diritto amministrativo che restano operativi e influenzano tutto l'andamento del sistema. E così ad esempio, i controlli della Corte dei conti e lo stesso esercizio dell'azione di responsabilità che tende ad estendersi agli amministratori ed agenti pubblici al di là dello spazio proprio della pubblica amministrazione tradizionale; l'imputabilità per reati contro la pubblica amministrazione (fra tutti emblematico, l'abuso d'ufficio) che lambisce, con oscillazioni della giurisprudenza, amministratori anche di enti pur agenti prevalentemente mediante strumenti privatistici; le procedure amministrative c.d. di evidenza pubblica per la formazione dei contratti pubblici, e così via. La stessa relazione di “vigilanza” che lega ogni organizzazione rapportabile anche indirettamente al circuito della pubblica amministrazione, allo Stato (ai singoli ministeri) e si esprime attraverso l'esercizio di poteri pubblici, tende ad immettere elementi di “rigidità” (secondo la terminologia di Guarino) anche nelle organizzazioni operanti con strumenti di diritto privato.

In conseguenza, la differenziazione dei modelli organizzativi, indispensabile a fronte della differenziazione dei compiti di governo e di amministrazione, non si realizza compiutamente (anzi, per certi aspetti resta marginale) finché l'assetto tradizionale e consolidato dell'organizzazione pubblica (formatosi nello Stato, originariamente deputato all'esercizio di poteri giuridici prevalentemente a carattere autoritario piuttosto che a compiti di prestazione e di produzione) tende ad espandersi anche ai nuovi modelli spesso in contrasto con gli assetti organizzativi necessari per lo svolgimento dei nuovi compiti (segnatamente, sul versante imprenditoriale).

Sul punto, l'analisi di Guarino si fonda, in questo come in altri contributi, sul criterio metodologico, che, per l'analisi di un istituto, non debba limitarsi all'analisi delle norme che direttamente ne fanno oggetto, ma bisogna guardare a tutto il contesto ordinamentale, nel quale l'istituto è chiamato ad operare. Si pensi all'esempio, considerato da Guarino, attinente al sistema dei controlli della Corte dei conti, esteso alle società pubbliche nella forma della presenza del magistrato della Corte negli organi di amministrazione. Il magistrato riferisce alla Corte circa l'andamento della gestione e produce in conseguenza l'introduzione di criteri per l'assetto contabile delle società pubbliche improntato a carattere di rigidità, che appaiono in contrasto con le esigenze di flessibilità (che comportano anche l'assunzione di rischi) proprie di una gestione imprenditoriale. Insomma, l'asserito carattere privatistico sia dell'organizzazione che della gestione, viene ad essere impedito nella sua piena operatività, da un elemento di organizzazione, non soppresso, il quale ne modifica indirettamente l'assetto.

La teoria generale di Guarino, come s'è visto in questi brevi spunti, è diffusa in numerosi scritti, in diverse epoche della sua vasta opera, spesso intesa alla soluzione di problemi applicativi nella vita dell'ordinamento, confermando la interconnessione costante tra i due piani dell'attività del giurista, che utilizza le categorie della teoria generale per l'analisi compiuta dei dati del diritto positivo e di questi si serve per corroborare la validità di quelle categorie.

SOMMARIO: 1. I primi studi di diritto amministrativo. – 2. Notazioni sullo stile “guariniiano” come emerge anche dagli studi amministrativistici. – 3. L’immersione nel diritto amministrativo attraverso la lente del diritto dell’economia e dell’energia. – 4. Dal primato dell’atto amministrativo (e sue patologie) al primato dell’organizzazione. – 5. L’attenzione anche ai temi non organizzativi (e del rapporto di strumentalità tra organizzazione e garanzie). – 6. Silloge di criteri di cui si compone il metodo “guariniiano”. – 7. Gli studi e le proposte sul sistema delle partecipazioni statali. – 8. La interazione tra diritto ed economia come caposaldo del pensiero di Guarino. – 9. Il giurista “pro-futuro”. – 10. La teoria delle istituzioni: provocazione-denuncia della insufficienza dei metodi “monade”. – 11. Non ripulsa della dogmatica: anzi necessità di nuova dogmatica. – 12. Una ultima notazione.

1. *I primi studi di diritto amministrativo*

È appena il caso di ricordare che Guarino si è formato come costituzionalista. Tuttavia ha ben presto dedicato le sue ricerche e i suoi studi all’organizzazione e all’attività amministrativa, senza peraltro trascurare i suoi interessi originari, ed anzi questa simbiosi ha trovato ulteriore epifania negli studi della ultima quanto densa fase del suo multiforme percorso culturale, la quale si caratterizza per essere stata innervata da uno scrutinio vivace quanto approfondito sui meccanismi di funzionamento della macchina amministrativa europea¹ e alle relative ricadute e interconnessioni con il sistema di organizzazione di vertice dei poteri e con il complesso delle garanzie, profili che appunto costituiscono l’oggetto precipuo della lente di indagine del costituzionalista. Anche se – come noto – la distinzione tra i due settori disciplinari può avere un valore con riferimento ai campi spe-

¹ Ma anche della organizzazione internazionale, del mercato globale, del c.d. *global government*: temi su cui può leggersi, G. GUARINO, *Il governo del mondo globale*, Le Monnier, Firenze, 2000. Quanto ai saggi sull’Unione Europea, non è il caso di citarli, tanto sono conosciuti, anche al di fuori della cerchia dei giuristi, sicché mi limito per ora a ricordare *Eurosistema. Omaggio a Giuseppe Guarino*, Firenze, Passigli, 2008 con interventi sul pensiero europeista di Guarino di G. MORBIDELLI, G. CERRINA FERONI, E. CHELI, R. COSTI, G. NARDOZZI e conclusioni dello stesso G. GUARINO. Si vedano comunque le opere citate nelle note 41, 58, 63, 79.

cifici di ricerca (si narra che Carlo Esposito fosse solito estremizzare la distinzione sottolineando che i costituzionalisti si occupano di Capi di Stato, di Parlamenti, di Corti costituzionali, di diritti fondamentali, mentre gli amministrativisti si occuperebbero per lo più di fognature, di licenze per ambulanti *et similia*), ha comunque un luogo geometrico di incontro sia nelle tante disposizioni che la Costituzione dedica direttamente o *de relato* all'Amministrazione², sia nella presenza di un territorio comune di nozioni e principi, a loro volta interagenti, che vanno dalla nozione di potere a quella di situazione soggettiva, da quella di organo a quella di competenza, da quella di responsabilità a quella di efficacia, da quella di controllo a quella di autonomia, sia infine in tutta una serie di acquisizioni e meticcianti reciproci, messi in evidenza da ultimo, prima da Massimo Luciani³ e poi da Giuliano Amato, il quale ha appunto rilevato che diritto costituzionale e diritto amministrativo: necessariamente “camminano insieme”⁴. Non per nulla è stato osservato da Sabino Cassese che tutti i veri costituzionalisti sono anche amministrativisti⁵ e che tra le due materie vi è quasi indistinzione⁶. Ed infatti i grandi hanno coltivato entrambe le discipline: il pensiero corre subito a Orlando, a Cammeo, a Romano, ma così è stato anche per Giannini, per Sandulli, per Benvenuti⁷.

² Come del resto aveva insegnato lo stesso C. ESPOSITO, *Riforma dell'Amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1954, 248 quando aveva scritto “*chi voglia sapere come è disciplinata l'amministrazione nella nostra Costituzione, non deve leggere due soli articoli, ma l'intera Costituzione*”.

³ M. LUCIANI, *Diritto costituzionale e diritto amministrativo. Brevi note*, in *Unità della scienza giuridica. Problemi e prospettive*. (a cura di F. MANNELLA), Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 105 ss.

⁴ G. AMATO, *Diritto costituzionale e diritto amministrativo*, in L. TORCHIA (a cura di), *Attraverso i confini del diritto. Giornata di studi dedicata a S. Cassese*, Il Mulino, Bologna, 2016, 266.

⁵ V. S. CASSESE, *Il contributo di Alberto Predieri agli studi giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubblico*, 1996, 1005.

⁶ V. S. CASSESE, L. TORCHIA, *Diritto amministrativo. Una conversazione*, Il Mulino, Bologna, 2014, 25.

⁷ Molto esattamente P. RIDOLA, *Ricordo di Giuseppe Guarino*, in *federalismi.it*, paper, 18 aprile 2020, 3, ha scritto: «*insieme a Aldo M. Sandulli e a Massimo Severo Giannini, (Guarino è: n.d.r.) uno degli ultimi maestri della scienza giuridica italiana che hanno coltivato la tradizione illustre, rappresentata da Vittorio Emanuele Orlando e Santi Romano, della unità della scienza del diritto pubblico, senza conoscere divisioni disciplinari*

Da aggiungere peraltro che Guarino anche nei suoi primi scritti ha avuto intensa e diretta attenzione verso i temi amministrativistici. Si pensi al suo scritto *“Osservazioni sulla potestà regolamentare”* del 1948⁸ o alla sua nota sui provvedimenti in materia di disciplina militare e art. 113 Cost. (del 1949)⁹ o anche alla recensione ad un testo dedicato allo studio di un tema amministrativistico seppur alla luce della Costituzione¹⁰, nella quale è significativo l'incipit *“finalmente una monografia dedicata ad un istituto particolare del diritto amministrativo! Ed è tempo che si finisca con il ridurre tutto il diritto amministrativo alla parte generale, che è oggetto necessario, ma non deve essere l'oggetto esclusivo delle scienze giuridiche”*, incipit nel quale giungo a ravvisare il germe degli studi dedicati al diritto dell'economia e a quello dell'energia. E si veda anche la recensione al noto studio assolutamente di taglio amministrativistico di E. Silvestri – *“L'attività interna della pubblica amministrazione”*¹¹. Non solo anche la monografia su *“Potere giuridico e diritto soggettivo”*, risalente al 1949 ripercorre aree tipiche del diritto amministrativo: dall'interesse legittimo¹² al diritto affievolito, dall'annullamento alla illegittimità dei provvedimenti, tanto che si confronta con il fior fiore della dottrina amministrativistica (da Orlando a Cammeo, da Ranelletti a Romano,

tra diritto costituzionale e diritto amministrativo che, sebbene con importanti eccezioni, avrebbe caratterizzato, nelle generazioni di studiosi più giovani, il panorama degli studi giurispubblicisti del nostro paese».

⁸In *Rass. di diritto pubblico*, 1948, II, 81 ss., ripubblicata in G. GUARINO, *Dalla Costituzione all'Unione Europea (del fare diritto per cinquant'anni)*, I, Jovene, Napoli, 1994.

⁹V. *Provvedimenti presi in violazione delle norme del regolamento di disciplina militare e articolo 113 Costituzione*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1950, I, 39 ss. nonché in *Dalla Costituzione all'Unione Europea*, I, cit., 229 ss.

¹⁰G. FERRARI, *“Costituzione e funzioni del Consiglio Superiore della Pubblica Istruzione”*, Giuffrè, Milano, 1950: la recensione è pubblicata ora in *Dalla Costituzione all'Unione Europea*, V, cit., 39.

¹¹Giuffrè, Milano, 1950. La recensione è ora pubblicata in *Dalla Costituzione all'Unione Europea*, V, cit., 55 ss.

¹²Che definisce “situazione di fatto”: v. p. 49, nt. 35 e poi aggiunge (v. p. 52) *“gli interessi sono rilevanti come situazioni di fatto; che gli interessi possono avere una rilevanza, ma questa non è mai generale, e sussiste sempre nel solo ambito delle norme specifiche, che fanno ad essi riferimento; che la trasformazione delle situazioni di interesse in situazioni giuridicamente rilevanti è dettata da ragioni di ordine pratico e resta in ogni caso una pura eventualità”*; anche se poi precisa *“sono da tenersi presenti anche – gli artt. 103 e 113 cost. che pongono in modo inequivocabile gli interessi legittimi sullo stesso piano dei diritti”*.

da De Valles a Zanobini, da Forti a Guicciardi, da Miele ad Amorth, da Sandulli a Giannini, ecc.). Ed anzi, tale testo assurge a livello di teoria generale tanto che nella introduzione alla ristampa del 1990 i suoi allievi Giuseppe Cuomo e Giovanni Motzo, ebbero così a rilevare “*solo il trascorrere del tempo ci ha reso consapevoli dell'ampio respiro che il tema del potere giuridico e del diritto soggettivo, riletto nelle sue partiture essenziali, ha conservato anche al di fuori dell'ambito disciplinare più strettamente giuspubblicistico*”.

Invero il primo ampio studio, dedicato *in toto* a temi classici del diritto amministrativo è quello del 1955 su “Deliberazione, nomina, elezione”¹³, nel quale rileva che si tratta di “termini frequentatissimi nei testi legislativi, ma che non hanno ancora formato oggetto di adeguata elaborazione dottrinarica, né sono registrati nelle elencazioni manualistiche delle varie categorie di atti amministrativi o costituzionali sulla base di una attenta analisi del diritto positivo”. Merita altresì rammentare la nota del 1951¹⁴ su “Competenza, incompetenza, invasione di competenza” che si segnala per una ricostruzione funzionale-soggettiva della nozione di competenza così come affermata in giurisprudenza nel periodo statutario, tendente a ricomprendere ogni atto viziato per difetto di causa o in genere non conforme alla fattispecie normativa, in tal maniera assolvendo ad una funzione garantistica onde aggirare quelle disposizioni di cui era costellata la legislazione anteriore alla Costituzione la quale, in relazione a particolari atti o escludeva del tutto la tutela giurisdizionale o l'ammetteva per la sola incompetenza. Sicché – osservava Guarino – la concezione soggettiva permise di camuffare come incompetenza quei casi di illegittimità altrimenti non sindacabili.

2. Notazioni sullo stile “guariniano” come emerge anche dagli studi amministrativistici

Gli scritti menzionati sono già emblematici di tratti comuni dello stile e del metodo “guariniano” ovvero: *a*) una tecnica argomentativa puntuale, lapidaria e quasi epigrammatica (v. ad es. la frase

¹³ In *Rivista italiana di scienze giuridiche*, 1953, 73 ss., ora pubblicato in *Dalla Costituzione all'Unione Europea*, II, cit., 189 ss.

¹⁴ In *Giur. compl. Cass. Civ.*, 1951, 808 ss. e ora pubblicato in *Dalla Costituzione all'Unione Europea*, I, cit., 399 ss.

“la competenza, e l'incompetenza ex art. 26, malgrado la parentela letterale, sono concetti giuridici che si muovono su piani totalmente diversi”¹⁵; b) una attenzione estrema al diritto positivo (come si ricava dai continui e dettagliati richiami a T.U. leg. com. prov., T.U. sui pubblici servizi, T.U. Cons. Stato, varie leggi elettorali, regolamenti parlamentari, ecc.); c) una piena padronanza delle nozioni di teoria generale ed un continuo risalire ad esse come è tipico del costituzionalista; d) una assoluta originalità di pensiero confermato per di più dal parco richiamo alla *auctoritas doctorum*¹⁶, caratteristica questa che è pressoché esclusiva delle opere di Guarino post cattedra, conseguenza questa anche della autoconvinzione e della certezza con cui comunicava le proprie opinioni, e che a loro volta nascevano da un fortissimo senso di sé, delle sue capacità e delle proprie doti, rivelato senza alcuna ipocrisia ed anzi con un che di candore nella lunga e oltremodo confidenziale intervista a Lanchester¹⁷, profilo tra l'altro su cui ha posto l'accento Giuliano Amato¹⁸; e) il ricorso ad una vera e propria messe puntuale e documentata di notazioni tratte dalla esperienza e dalle discipline più varie: di fatto lo specchio della sua cultura senza steccati e di una curiosità continua, alimentata non solo dai suoi incarichi in prestigiose commissioni di inchiesta e di studio anche internazionali¹⁹ e in qualificate istituzioni (uno per tutti: l'incarico di Sindaco di Banca d'Italia) ma anche per i suoi contatti fruttuosi con circoli ed istituzioni culturali e di ricerca, a partire dal suo inserimento nel circolo del “Mondo” ove ebbe a frequentare tra gli altri gli economisti Saraceno, Sylos Labini, Carli, il fisico Amaldi, i

¹⁵ V. G. GUARINO, *Competenza e incompetenza*, in *Dalla Costituzione all'Unione Europea*, cit., 190.

¹⁶ Tanto che una volta in cui, trovandomi ospite nel suo *buen retiro* di Porto Ercole e quindi in una atmosfera di confidenzialità, alla domanda sul perché era così parco (anzi di più) in punto di note ebbe testualmente a rispondermi “meglio un libro senza note che le note senza libro”.

¹⁷ F. LANCHESTER (a cura di) *Intervista a Giuseppe Guarino. Il diritto pubblico negli ultimi 70 anni: dallo Stato nazionale accentrato alla globalizzazione*, in *Nomos*, 1-2020, 2 ss.

¹⁸ G. AMATO, *Ricordo di Giuseppe Guarino*, in *Nomos*, 1-2020, 39.

¹⁹ Valga solo ricordare che ha rappresentato l'Italia nelle sedi competenti per l'adozione della Convenzione internazionale sull'arbitrato (Washington) e per la disciplina delle telecomunicazioni (Stoccolma) e ha fatto parte della speciale Commissione della Comunità economica europea per l'ammissione dell'UK alla CEE, nonché della Commissione di studi per l'armonizzazione fiscale.

giuristi Ascarelli e Picardi nonché altri illustri personaggi della politica, del diritto, dell'imprenditoria, della scienza, come Ernesto Rossi, Enrico Mattei, Giuseppe Montalenti.

3. *L'immersione nel diritto amministrativo attraverso la lente del diritto dell'economia e dell'energia*

Sta comunque il fatto che la dedizione più approfondita di Guarino agli studi di diritto amministrativo emerge allorché inizia ad indagare su temi di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia (il che avvenne già sul finire degli anni '50). Così del resto è intitolata la sua raccolta di saggi del 1962²⁰ e lì, nella premessa, rileva come il diritto dell'energia costituisca “*una singola parte del più ampio quadro costituito dal diritto dell'economia*”, e che, a sua volta, si caratterizza per “*lo strettissimo intreccio degli istituti costituzionalistici, amministrativistici e privatistici*”, il che giustifica “*il riconoscimento della autonomia di questa branca del diritto*”. Si tratta di studi che, per quanto siano strutturati anche attraverso indagini che si muovono nell'ottica del diritto costituzionale e del diritto privato, hanno appunto per oggetto precipuo l'attività e l'organizzazione amministrativa. Ciò è manifesto dal fatto che giunge ad esaminare tematiche amministrativistiche ultra settoriali, quali ad es. la disciplina delle raffinerie, degli oleodotti, dei distributori di carburanti, dei permessi di ricerca, dei sovracani idroelettrici, oltre che – secondo un filone di ricerca che contraddistingue la produzione di Guarino – tutta una serie di profili organizzativi sia specifici, ad esempio potere di nomina e di revoca dei dirigenti, sia di tono generale, riguardanti in specie Ministero delle partecipazioni statali, enti di gestione, imprese pubbliche e tutti i connessi rapporti che si sostanziano in poteri di nomina, di revoca, di indirizzo, di coordinamento, ecc.

Non si scopre pertanto nulla nel rilevare che gli scritti di Guarino, dedicati espressamente a settori regolati dalla legislazione amministrativa, affrontano i temi più svariati e nello stesso tempo sono intrisi di originalità e di visione non racchiusa entro le maglie del mero diritto positivo. Non è certo il caso di ripercorrerli attesa la

²⁰ G. GUARINO, *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Giuffrè, Milano, 1962.

loro numerosità e varietà²¹, anche se taluni di essi verranno via via evocati più avanti, salvo ricordare l'ampio saggio e – credo unico – non meramente descrittivo dedicato alla Ragioneria di Stato²², dove tra l'altro, credo per la prima volta, negli studi amministrativistici sono stati messi in luce l'importanza e l'impatto sulla pubblica amministrazione del ricorso all'informatica.

4. *Dal primato dell'atto amministrativo (e sue patologie) al primato dell'organizzazione*

Un dato di fondo del pensiero guariniano che dimostra l'attenzione ai criteri metodologici e all'oggetto stesso del diritto amministrativo e alle problematiche che contraddistinguono tale disciplina è la constatazione che il diritto amministrativo è nato secondo una logica non più attuale, e in definitiva riduttiva, in quanto inidonea a svelare nella sua giusta dimensione problematiche e oggetto che invece dovrebbero essere al centro degli studi. Muove infatti dal rilievo che il diritto amministrativo, grazie alla impostazione originaria tracciata da Spaventa nel noto discorso dal titolo "La giustizia nell'amministrazione" pronunciato del 6 maggio 1880 davanti all'Assemblea Costituzionale di Bergamo²³, si è formato avendo come baricentro e guida l'atto amministrativo. ed anzi i vizi dell'atto amministrativo. Di talché è venuta a consolidarsi una costellazione di principi che hanno come centro di gravità la patologia, per di più riferita ad atti nella loro fase finale, trascurando tutto ciò che vi è dietro²⁴. In altri termini

²¹ A parte quelli già ricordati e quelli di diritto dell'economia e dell'energia, vi sono ad es. saggi sul silenzio-assenso in edilizia, sulle USL, sugli interventi nei centri storici, sulle concessioni di linee aeree, sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, sui prezzi amministrati.

²² *Efficienza e legittimità dell'azione dello Stato. Le funzioni della Ragioneria dello Stato nel quadro di una riforma della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969, 671 ss.

²³ Su cui vedi ora la raffinata ricostruzione dovuta a F.G. SCOCA, *Silvio Spaventa, patriota ardente, politico rigoroso, fine giurista*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, 125 e ss.

²⁴ Questo rilievo è ricorrente in numerosi saggi a partire dal fondamentale *Qualche riflessione sul diritto amministrativo e sui compiti del giurista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 955 ss. (e in *Scritti in memoria di Carlo Esposito*, Cedam, Padova, 1974, 2671 ss.); in particolare poi è sviluppato in G. GUARINO, *È ancora attuale il pensiero di Silvio Spaventa? in Silvio Spaventa. Filosofia, diritto, politica, Atti del Convegno*, Istituto Italiano

– osserva il Nostro – il diritto amministrativo è ancora “avvinghiato” alle “materie prime” della costituzione liberale, vale a dire al potere amministrativo e alle garanzie di tutela giurisdizionale tradizionale, che si inverano nell’annullamento, il quale per di più sovente non soddisfa le pretese dell’interessato e nello stesso tempo arreca danno all’agire amministrativo e dunque all’interesse pubblico. La stessa esigenza di tutelare i cittadini nei confronti dell’autorità (indubbiamente una delle principali manifestazioni dello «Stato di diritto») portò alla costruzione di una nozione uniforme di atto amministrativo, che riecheggiava le conclusioni cui era pervenuta la dottrina privatistica nell’elaborazione del negozio giuridico. *L’influenza della dottrina privatistica e la circostanza che molti principi generalissimi (ad esempio, le nozioni di discrezionalità e di eccesso di potere, la maggior parte delle norme sul funzionamento dei collegi, i principi attinenti alla responsabilità) si siano affermati senza alcun intervento del legislatore, come frutto esclusivo della elaborazione giurisprudenziale, nonché gli stessi collegamenti sul piano personale tra insegnamento universitario ed esercizio della professione di avvocato, hanno prodotto nello studio del diritto amministrativo una forte accentuazione dei profili di relazione, ovvero dei rapporti tra Stato e cittadini. Sicché per molti decenni l’interesse prestato ai problemi dell’organizzazione è stato ridottissimo, tanto che i testi classici del diritto amministrativo trattano principalmente della «attività» e della «giustizia amministrativa»²⁵. Non per nulla – prosegue Guarino – gli stessi istituti di organizzazione hanno formato oggetto di attenzione soprattutto per le conseguenze che ne derivavano per i terzi e quindi sono stati studiati per lo più in chiave di attività: es., diritti e doveri dei pubblici impiegati, diritti e doveri del concessionario, autorizzazioni di polizia, mentre l’organizzazione è il motore dell’azione amministrativa in quanto è attraverso di essa e la sua funzionalità che passano garanzie, tutela ed effettività dei diritti, soddisfazione dei bisogni.*

Non mancava però di osservare che i profili organizzativi erano stati trascurati non solo per effetto della “attrazione” verso l’atto amministrativo e relative garanzie giurisdizionali, ma anche perché nello

per gli Studi Filosofici, Napoli, 1991, 423 ss., e in *Dalla Costituzione all’Unione Europea*, IV, cit., 291 ss., e in *Quale amministrazione? Il diritto amministrativo degli anni 80*, Giuffrè, Milano, 1985, 1 ss.

²⁵ V. ancora GUARINO, *Quale amministrazione*, cit., 5 ss.

Stato liberale erano minime le funzioni esercitate e caratterizzate prevalentemente dalla produzione di beni giuridici, e minima avrebbe dovuto essere la dimensione organizzativa, tra l'altro necessariamente e volutamente omogenea ed uniforme. Di contro nello Stato sociale, atteso l'espandersi dei compiti dell'amministrazione volti alla prestazione di utilità sociali e di benessere, si è dato di necessità luogo ad una corrispondente e pervasiva espansione dell'organizzazione.

La centralità della organizzazione nel percorso scientifico di Guarino ha trovato anche sede in un volume ad hoc²⁶, basato sulle constatazioni che nelle società contemporanee l'aspetto organizzativo prevale sulla disciplina dei rapporti tra singoli; che a partire dal momento in cui l'organizzazione assume rilevanza primaria, diviene indispensabile considerare gli effetti che sulla organizzazione produce qualsiasi altro istituto, ivi compresa la disciplina dell'attività; che, nel difficile compito di predisporre buone organizzazioni, bisogna ridurre gli ostacoli rappresentati da limiti non necessari; che gli istituti giuridici, pubblici o privati vanno considerati come mere tecniche di organizzazione²⁷. In sintesi, siamo di fronte ad uno studio delle tematiche principali della organizzazione (ad esempio circa la nozione di organo, circa la nozione di ente pubblico e delle varie categorie in cui si declina) a sua volta inserite entro la cornice dei principi generali in punto di soggetti di diritto, centri di imputazione, in una continua dialettica e contaminazione tra istituti privatistici e pubblicistici, con tutta la complessa disciplina contrattuale, finanziaria, del personale, ecc. Questo perché non si può ottenere un quadro completo e quindi veritiero di un'organizzazione pubblica se, oltre le norme che individuano i suoi organi e che ne disciplinano le competenze, non si conoscono la natura dei poteri, che formano il «materiale compositivo», il regime dell'acquisizione e dell'erogazione dei mezzi finanziari, la regolamentazione dei rapporti con amministratori e dipendenti, la normazione in tema di responsabilità degli agenti, i limiti dei poteri di sindacato dei soggetti terzi, l'entità e la qualità dei controlli e il tipo della dipendenza da altre organizzazioni, e così via.

Nella stessa premessa Guarino mette in luce che le sue riflessioni sono il combinato di distinti filoni di ricerca e di esperienza,

²⁶ G. GUARINO, *L'organizzazione pubblica*, parte I, Giuffrè, Milano, 1977.

²⁷ G. GUARINO, *L'organizzazione pubblica*, cit., VII.

quali la teoria generale del diritto, il diritto costituzionale, il diritto pubblico dell'economia, la conoscenza delle istituzioni dall'interno, la pratica amministrativa quotidiana.

Tutto questo in simmetria con la sua continua attenzione, quasi ossessione, alla realtà e al concreto operare degli istituti e al loro condizionamento in virtù dell'ambiente politico e sociale, ciò in antitesi con gli indirizzi un tempo prevalenti caratterizzati da tecnicismo e analisi di dettaglio, ma che però in tal maniera finivano per lasciare insoluti interrogativi quali quelli sulle caratteristiche complessive dell'organizzazione pubblica in Italia, sul suo modo effettivo di operare, e in genere sui fattori che incidono sul suo rendimento e su quelli che ne ostacolano una pur necessaria riforma. In altre parole, per indagare sotto il profilo giuridico la organizzazione amministrativa è necessario altresì indagare su tutte le componenti che incidono sull'organizzazione stessa e che vanno dalle ideologie all'influenza dominante di imprese in posizione oligopolistica o monopolistica, come pure di società sovranazionali, dagli effetti condizionanti provenienti da classe burocratica, classe politica, sindacati, stampa e televisione, alle dotazioni di risorse umane e materiali adeguati, dallo sviluppo economico all'evoluzione tecnologica e a quella dei costumi.

Questo non significa che Guarino rimanga sempre *in apicibus* e trascuri le analisi più specifiche dei profili organizzativi. Anzi spesso usa calarsi in essi avvalendosi del resto della profonda conoscenza della "ragion pratica" in cui operano le pubbliche istituzioni. Ad esempio quando rileva la necessità dell'utilizzazione dello strumento negoziale nell'azione amministrativa, allora da molti avversata perché considerata contraria ai principi ritenendosi vietato l'incontro tra potere pubblicistico e potere privato²⁸, oppure quando ripercorre criticamente la nota monografia di Ottaviano sugli enti strumentali ritenendo che l'identificazione degli enti strumentali non abbia dietro di sé criteri univoci, soprattutto perché *"la definizione stessa appare fondata sulla considerazione dei soli rapporti organizzatori tra Stato ed ente, senza tener conto né della struttura interna dell'ente, né dei rapporti tra enti e terzi, cioè dell'attività volta dall'ente"*. Sicché, tale definizione di ente strumentale si radica su di una prospettiva parziale e secondaria, in quanto dà rilievo, in prevalenza, ai soli po-

²⁸ V. la sintesi di questa tesi in P. VIRGA, *Contratto (diritto amministrativo). Teoria generale del contratto di diritto pubblico*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, IX, Milano, 1961, 979.

teri organizzatori spettanti allo Stato nei confronti degli enti pubblici²⁹.

5. *L'attenzione anche ai temi non organizzativi (e del rapporto di strumentalità tra organizzazione e garanzie)*

Come pure l'attrazione, se non fatale ma comunque centrale verso l'organizzazione, non vuol dire che Guarino abbia nel suo percorso di studi e riflessioni trascurato i temi tradizionali, che sono pur sempre tra i cardini del diritto amministrativo. Prova ne sia che ha dedicato uno studio di circa 200 pagine all'atto e ai poteri amministrativi nel contesto del Dizionario di diritto amministrativo da lui curato (e che ha avuto due edizioni)³⁰. Come pure vanno ricordate alcune sue intuizioni sempre nel campo della giustizia e dei provvedimenti amministrativi che hanno trovato riscontro anni dopo nella legislazione. In particolare, quando aveva scritto di considerare eccessivo l'accoglimento del ricorso giurisdizionale per qualunque vizio anche minimo (principio dell'"eguale rilevanza dei vizi")³¹, e di rimando aveva rilevato che sarebbe maggiormente produttivo per la funzionalità dell'amministrazione affidare al giudice la valutazione dell'opportunità dell'annullamento in relazione alla circostanza e agli effetti, salvo prevedere in tal caso forme di indennizzo per le situazioni soggettive pregiudicate dal provvedimento. Anticipando così rispettivamente la previsione dell'art. 21 *octies* l. 7 agosto 1990 n. 241, con riguardo ai vizi minori, e quella dell'art. 125 cpa (che la legislazione successiva ha esteso a numerose fattispecie)³², con riguardo alla non annullabilità a fronte di interessi pubblici prevalenti.

²⁹ G. GUARINO, *Enti pubblici strumentali, sistema delle partecipazioni statali, enti regionali*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, cit., 31 ss.

³⁰ V. *Atti e poteri amministrativi*, in *Dizionario amministrativo*, a cura di G. GUARINO, I, II ed., Giuffrè, Milano, 1983, 266. Tra gli studi dedicati ai temi tradizionali, valga la pena ricordare, tra gli altri, G. GUARINO, *Pubblico ufficiale ed incaricato di pubblico servizio*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia. Seconda serie*, Giuffrè, Milano, 1970, 220 ss.

³¹ V. G. GUARINO, *Atti e poteri*, cit., 270.

³² V. sul punto G. MORBIDELLI, *Sulla non inderogabilità della tutela costitutiva davanti al giudice amministrativo (riflessioni a seguito dell'estensione del campo di applicazione dell'art. 125, comma 3, c.p. a.)*, in corso di pubblicazione in *Scritti per Salvatore Raimondi*.

Come pure negli anni '60 aveva fatto riferimento alla amministrazione di “risultato”^{33 34}, molto più tardi diventata *la page*³⁵. È altresì da ricordare come abbia elaborato una tesi, anticipatrice di ogni sviluppo in punto di tutela dell'affidamento, volta a proteggere le situazioni giuridiche dei sovvenzionati attraverso una configurazione della disciplina d'ausilio quale legge rinforzata, in virtù dell'applicazione del principio di buona fede³⁶.

D'altra parte in Guarino è sempre presente il filo doppio che lega le garanzie alle strutture organizzative. Il sottofondo di tutte le sue ricerche e sue proposte per una amministrazione efficiente è dato difatti dalla consapevolezza, dovuta anche alle acquisizioni provenienti dagli studi di scienza dell'amministrazione e delle scienze aziendalistiche, della simmetria tra l'assetto strutturale e il perseguimento degli scopi, nonché dall'esigenza di modelli organizzativi diversificati, attesa la estrema varietà di compiti della pubblica amministrazione e dato che tra tipi di funzione e tipi di organizzazione vi è una correlazione necessaria³⁷.

Di qui la riflessione per cui la efficiente struttura organizzativa della pubblica amministrazione è lo strumento principale per dare effettività alle stesse garanzie costituzionali.

³³ V. il saggio *Efficienza e legittimità dell'azione dello Stato: le funzioni della Ragioneria dello Stato nel quadro di una riforma della pubblica amministrazione*, cit., 671 ss.

³⁴ Questo profilo dell'indagine di Guarino è stato sottolineato soprattutto da G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, Cedam, Padova, 1998, I, 151 ss.

³⁵ V. in tale direzione, L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 299 ss.; G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, in *Annuario AIPDA 2002*, Giuffrè, Milano, 2003, 127 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione. Introduzione*, ivi, 3 ss.; S. CASSESE, *Che cosa vuol dire “amministrazione di risultati?”*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 941; M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Jovene, Napoli, 2005, 556 ss.

³⁶ *Profili costituzionali, amministrativi e processuali delle leggi per l'Altopiano siliano e sulla riforma agraria e fondiaria*, in *Foro it.*, 1952, IV, c. 73 ss. e in *Dalla Costituzione all'Unione Europea*, I, cit., 439. Trattasi di scritto continuamente citato da tutti coloro che si sono occupati dalle leggi provvedimento: v. da ultimo F. MERUSI, *Legge e giustizia amministrativa durante e dopo il ventennio fascista*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 792, nota 119.

³⁷ V. sul punto diffusamente G. GUARINO, *Sulla utilizzazione di modelli differenziati nella organizzazione pubblica*, in *Riv. di scienza politica e dell'amministrazione*, 1968, 3 ss. e in *Scritti di diritto pubblico dell'economia* (seconda serie), cit., 3 ss.

6. *Silloghe di criteri di cui si compone il metodo “guariniano”*

Questi primi rilievi valgono già a delineare i tratti essenziali della cifra del metodo di Guarino, metodo – è appena il caso di precisarlo – che investe anche gli scritti di diritto costituzionale e di diritto europeo, nonché quelli relativi alla globalizzazione a dimostrazione di un comune e costante sentire nel suo “fare diritto” per riprendere una frase di Gianni Ferrara posta nella introduzione e nello stesso titolo che accompagnava la ripubblicazione della sua *opera omnia* (al 1994).

Il metodo ruota attorno ad una serie di criteri da impiegarsi congiuntamente e quindi sistematicamente e che è possibile riassumere nei seguenti termini.

a) Attenzione minuta al diritto positivo.

Potremmo fare tanti esempi: ma è sintomatico anche perché è rinvenibile in uno degli scritti di Guarino che ha avuto maggiore rilevanza mediatica, ovvero la sua confutazione della illegittimità del Reg. 1466/97, del Trattato sul *fiscal compact*, attraverso una analisi puntualissima direi al limite del causidico, peraltro confortata da ampi richiami alla *ratio* delle norme e ai principi fondamentali del costituzionalismo tra cui la sovranità del Parlamento in sede di bilancio³⁸.

b) Ed infatti, nello stesso tempo si ravvisa in Guarino una continua applicazione della teoria generale del diritto, su cui del resto si è direttamente cimentato più volte, teoria che da un lato ne indirizza la interpretazione ma dall'altro fa da incubatore per la elaborazione dei principi, e in particolare la innervatura costituzionale che traluce in tutti i suoi scritti anche in quelli più tecnici e legatissimi al diritto positivo. Sintomatica la sua attenzione invero *ante litteram* alla partecipazione dei privati all'agire dell'amministrativo. Difatti, già nel convegno di Varenna del 1956, con la sua consueta aderenza alla realtà Guarino precisò come sia necessario che l'interesse pubblico venga amministrato con il concorso di tutti coloro che ne sono par-

³⁸ G. GUARINO, *Euro: venti di depressione (1992-2012)*, in *Nomos*, 2012, n. 2; G. GUARINO, *L'Europa imperfetta. Ue: problemi, analisi, prospettive*, in www.constituzionalismo.it, 2011. G. GUARINO, *Un saggio di “verità” sull'Europa e sull'euro*, in G. GUARINO, *Cittadini europei e crisi dell'euro*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, 31 ss. Una accurata ricostruzione del relativo dibattito in R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Maggioli, Rimini, 2016, 351 ss.

tecipi: l'interesse acquista un immediato carattere di estraneità non appena la cura ne venga affidata impervamente a terzi³⁹.

È cioè sempre dominante l'attenzione alle fonti, alle garanzie sia giuridiche che politiche, ed è del pari avvertibile la sua naturale tendenza a risalire, anche nella trattazione dei temi amministrativistici più periferici, alle linee di insieme. Ed è proprio ciò che ha fatto dire a Gianni Ferrara che Guarino è costituzionalista *sempre*, nel senso che anche quando coltiva campi ultra specifici del diritto amministrativo o comunitario non dismette la sua *stimmung* di costituzionalista⁴⁰. Del resto le sue tesi verso la modernizzazione dell'amministrazione, la acquisizione di efficienza e di produttività sono funzionali a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale così come prescrive l'art. 3 comma 2, Cost. e ad inverare tutte le varie garanzie civili e sociali previste in Costituzione. Sicché in tutte le sue riflessioni su organizzazione amministrativa vi è sempre un ordito e una finalità costituzionale.

c) La continua iterazione con il diritto privato, sia ai fini interpretativi, attesa la unitarietà del fenomeno giuridico e comunque la consolidata dogmatica che sovrintende al diritto privato che non può non trascinare sulle altre discipline, sia per i modelli organizzativi e procedurali che sono più flessibili e meno rigidi di quelli amministrativi, talché il loro impiego è funzionale ad una amministrazione maggiormente produttiva⁴¹. Nella sostanza, attraverso l'ibridazione con gli istituti privatistici, pone le premesse per rendere cedevole l'amministrativizzazione del potere organizzativo⁴², il che poi ha trovato (parziale) riscontro nella privatizzazione di tanti enti pubblici e del pubblico impiego⁴³.

³⁹ Lo ha ricordato O. SEPE, *A quarant'anni dal primo convegno di Varenna*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, cit., vol. III, 659 ss.

⁴⁰ G. FERRARA, *Guarino, Costituzionalista sempre*, in *Lo Stato*, 14/2020, 473 ss.

⁴¹ V. sul punto quanto rileveremo più avanti al § 5, ma v. anche G. GUARINO, *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra Costituzione e istituzioni comunitarie*, in *Quad. cost.*, 1992, 32 laddove rileva che la tendenza alla adozione di regole di natura consensuale cessa di essere un *quid* eccezionale nell'attività amministrativa (come poi ha invero espressamente stabilito l'art. 1, comma 1 *bis*, l. 7 agosto 1990 n. 241, così come novellato dall'art. 1, l. 11 febbraio 2005 n. 15). Di rilievo per l'utilizzazione dei moduli privatistici, v. comunque, il saggio *L'impresa come modello organizzativo tipico*, in *Giur. comm.*, 1978, 196 ss.

⁴² V. *La riforma dell'amministrazione*, (1981) ora in *Dalla Costituzione all'Unione Europea*, cit., vol. IV, 8.

⁴³ Il contributo di Guarino all'immissione di istituti tratti dalla disciplina privati-

d) Il rifiuto della dogmatica tradizionale, ma non della dogmatica in quanto tale. Guarino avverte che “*vi è una ideologia giuridica, formata dalle nozioni tramandate, che esercita una forte influenza pratica, ed opera come forza di conservazione tanto più rilevante quanto inavvertita*”, mentre “*ci si deve considerare liberi nei confronti di schemi, istituti, concetti, dommi utilizzati per il passato ed appartenenti quindi non al dato normativo, ma alla tradizione del giurista*”.

e) L'apertura alla comparazione, oltremodo estesa negli scritti di taglio costituzionalistico⁴⁴, ma di cui sono costellati anche i saggi di taglio amministrativistico attesa la sua propensione⁴⁵ a valutare il rendimento degli istituti nei vari ordinamenti onde trarne le dovute conseguenze sul piano interno.

f) L'attenzione ai documenti, alla prassi, ai dati di fatto. Un esempio di tale metodo è dimostrato dall'episodio che ricorda nella sua intervista a Lanchester⁴⁶. La sua tesi per cui lo scioglimento anticipato del Senato del 1953 era stato frutto della esclusiva volontà del Presidente del Consiglio dei Ministri⁴⁷, suscitò subito la sorpresa del Segretario Generale Picella che gli telefonò confermandogli che le cose erano andate proprio come Guarino aveva scritto e chiedendogli, temendo fughe di notizie al Quirinale, chi glielo avesse detto: al che Guarino rispose: “*nessuno, ho solo guardato le carte e notato tutta una serie di dettagli grandi e piccoli*”.

g) Sulla stessa lunghezza d'onda il suo continuo richiamo ad esperienze storiche. Si pensi allo scritto per Crisafulli⁴⁸, caratterizzato da continui richiami storici (dalla scoperta dell'America alla Repubblica di Venezia, dalla Guerra di Troia alla conquista dello spazio), o

stica nell'organizzazione della pubblica amministrazione e di rimando alla attenuazione della specialità tradizionale del diritto amministrativo è sottolineato da C. FRANCHINI, *Tendenze recenti dell'amministrazione italiana e accentuazione delle “interferenze” tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, cit., vol. II, 375 ss.

⁴⁴ G. GUARINO, *Riflessioni sui regimi democratici*, in *Politica del diritto*, 1991, 3 ss., ora in *Dalla Costituzione all'Unione Europea*, cit., vol. IV, 375 ss.

⁴⁵ Già dichiarata e praticata in *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari*, cit., 1 ss.

⁴⁶ V. *Intervista a Giuseppe Guarino*, cit., 16 ss.

⁴⁷ V. *Lo scioglimento anticipato del Senato*, in *Foro it.*, 1953, IV, cit., 89 ss. ora in *Dalla Costituzione all'Unione Europea*, II, 43 ss.

⁴⁸ G. Guarino, *Delle macchine giuridiche ovvero dagli ordinamenti tome macchine*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Cedam, Padova, 1985, 333 ss., e ripubblicato in *Dalla Costituzione all'Unione Europea*, IV, cit., 91 ss.

il suo scritto su “*Teoria economica e teoria formale del diritto*”⁴⁹, ove ancora ripercorre una serie di momenti topici della storia, dalle guerre persiane alle repubbliche marinare, al formarsi l'impero britannico e così via, che attraverso la suggestiva e incalzante prosa di Guarino si traducono in una vera e propria fucina suggestiva quanto motivata di ammonimenti, di ammaestramenti, di indicazioni, di proposte.

b) Ulteriore componente del metodo guariniano è la dotazione di una forte base conoscitiva rappresentata da rapporti, indagini, studi economici e sociali, dati statistici (attinenti ad esempio alla produzione, ai consumi, al tasso di istruzione, ecc.), aventi ad oggetto fattori geografici o climatici o politici (tutti ampiamente documentati), ma anche dotazione di risorse minerarie ed energetiche, struttura e qualità delle pubbliche amministrazioni, presenza e ruolo dei partiti politici, funzione della stessa classe politica⁵⁰ e dei sindacati, accordi internazionali, situazioni economiche (monopoli, inflazione, depressione, ecc.). Il tutto innervato dalla sua insaziabile curiosità per tutto ciò che è nuovo, come emerge dal pionierismo dei suoi studi sull'energia e più tardi sulla globalizzazione.

Né manca il richiamo alla comune esperienza. Basti pensare al suo scritto sulle “dimore storiche”, dove la rilevanza culturale in sé della *res* si accompagna ad una rilevanza immateriale, nel senso che vengono configurate come vere e proprie vestali della tradizione poiché le dimore storiche sono anche luoghi di elezione per lo svolgimento e con esso la tutela di attività artigianali tradizionali che in tanto si perpetuano in quanto hanno oggetto su cui esercitarsi e perfezionarsi, sicché si verifica un circolo virtuoso tra *res* e manutentori della *res*.⁵¹

Tutti elementi che sotto più profili rifluiscono sulla esperienza giuridica concorrendo a formare o a interpretare il dato normativo,

⁴⁹ In *I Quaderni di economia italiana*, Unicredit, Milano, 2012, 11 ss.

⁵⁰ Cui Guarino ha dedicato i saggi *La classe politica come istituzione*, (traendo spunto dall'esperienza italiana), in *Scritti in onore di Paolo Barile*, Cedam, Padova, 1990, 357 ss., ora in *Dalla Costituzione all'Unione Europea*, cit., vol. IV, 276, ma v. anche il saggio *Riflessioni sui regimi democratici*, cit., nonché la lettura del pensiero di Guarino su tale tema offerta da C. PINELLI, *Sulla nozione di classe politica: implicazioni e raffronti*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, III, cit., 277 ss.

⁵¹ V. *In tema di beni culturali: Le dimore storiche, le dimore gentilizie* in *Studi per Giovanni Motzo*, Giuffrè, Milano, 2003, 255 ss.

che pertanto è il luogo geometrico di incontro di tutti i criteri sovraricordati. Del resto, la sua più volte citata osservazione secondo cui il diritto costituzionale lo si apprende dai giornali più che dai libri è una conseguenza di tale criterio⁵². Il che, nello stesso tempo, sottintende una non tanto velata critica del metodo di indagare istituti giuridici senza tener conto di tali fattori e dunque della realtà in cui essi vivono. Si potrebbe dire che – nel pensiero di Guarino – il fatto se da un lato è alla base delle determinazioni del legislatore dall'altro ha pure un'influenza relevantissima in sede di interpretazione. E invero la conoscenza dei dati economici, politici, storici, fa acquisire quella competenza tecnica attraverso cui è possibile individuare la *“vera sostanza giuridica che si cela sotto la veste formale sotto... le spoglie di un istituto si cela la realtà di un istituto del tutto diverso”*⁵³.

Tutto questo del resto era ben evidente già nella sua monografia sullo scioglimento delle assemblee parlamentari, scritto nel 1948. Difatti nelle conclusioni fa mostra di un chiaro criterio metodologico ovvero lo scontro tra la realtà (nella specie quella nel rapporto Parlamento - Governo), quale appunto emerge anche dalla lettura dei quotidiani, con ciò che si legge nei manuali. *“Questo è un grave errore, fatto e norma sono inscindibilmente legati, nascono, per così dire, in simbiosi”*⁵⁴. E ancora *“La norma giuridica non ha vita metempirica, nasce, vive, opera per gli uomini. Essa si interpreta in termini di realtà sociale: la sua ratio non è altro che la realtà sociale, come è voluta dalla norma, in contrapposto a quella che sarebbe se le norma non ci fosse, e la sua conoscenza, di conseguenza, presuppone già la conoscenza del fatto nella sua struttura: per sapere come va modificata devo prima conoscere la realtà sociale come è”*⁵⁵.

i) La capacità di individuare tematiche rimaste sotto traccia o addirittura del tutto inedite ma in realtà destinate ad assumere un ruolo centrale nelle dinamiche sociali e di riflesso nell'ordinamento giuridico: si pensi agli scritti sull'energia.

Esempi ed applicazione di questi criteri li troviamo a iosa nella produzione del Nostro. Ma per Guarino i criteri interpretativi sono

⁵² Lo ricorda lo stesso Guarino nella intervista a cura di F. LANCHESTER, cit., 19, precisando come tale precetto fosse di continuo rammentato da Francesco Cossiga (che era stato il suo primo assistente nell'Università di Sassari).

⁵³ G. GUARINO, *Stato ed energia nucleare*, cit., 239.

⁵⁴ Così *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari*, cit., 256.

⁵⁵ *Op. ult. cit.*, 256.

non solo un ausilio per intendere il vero e più utile significato della legge, sono anche il manifesto del compito del giurista, anzi della sua missione⁵⁶, su cui si interroga continuamente in quanto assegna al giurista un ruolo sia di garanzia, sia di censore, sia infine di portatore di innovazioni e di sviluppo. La conoscenza delle problematiche sottese, il connubio tra la ragion pura e la ragion pratica, la consapevolezza che la norma giuridica non produce soltanto effetti giuridici diretti, che sono quelli stabiliti o consentiti dall'ordinamento, ma anche effetti indiretti, socio-economici ed organizzativi, che si identifica nelle modificazioni quantitative e qualitative che si producono nella realtà, o in una parte di essa, a seguito della verifica dell'effetto giuridico. L'effetto diretto si ricollega alla singola fattispecie: l'organizzazione è invece predisposta per realizzare un risultato complessivo, che sarà prodotto a mezzo di serie di fattispecie singole, la cui realizzazione potrà essere valutata considerando globalmente gli effetti giuridici di tutti gli atti giuridici compiuti⁵⁷. Il che si raccorda alla tesi di fondo per cui il compito del giurista non può restringersi ai soli problemi interpretativi e sistematici del diritto vigente od alla costruzione del diritto attraverso la interpretazione e la sistemazione, ma deve abbracciare allo stesso modo i problemi organizzatori ed includere tale tipo più complesso e specializzato di costruzione tra i compiti della "dommatica". Tutto questo del resto è stato messo a fuoco nella introduzione agli Scritti in suo onore⁵⁸ ove appunto si rilevava come Guarino facesse ricorso ad una *"tecnica analitica che penetra nei più riposti recessi degli enunciati normativi, ne scova i significati contingenti e quelli di lunga durata, li fissa per utilizzarli come momenti di un'operazione di logica interpretativa più ambiziosa. Che non è certo quella di officiare l'ossequio rituale ad un formalismo più o meno esangue. È volta, invece, ad individuare dei singoli istituti e del complesso sistema in cui sono inseriti i fondamenti economici, sociali e politici, ne rivela la forza legittimante nella misura concreta che il momento storico determina, cioè, la configurazione attuale del rapporto esatto tra norme ed interessi reali"*.

⁵⁶ Di missione del giurista già parlava ne *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari*, cit., 235 ss.: *"la scienza giuridica è vera ancella della politica, ma ha la propria dignità e completa autonomia, sa di essere insostituibile nella sua funzione e che questa è, però, una missione"*.

⁵⁷ *Qualche riflessione sul diritto amministrativo e sui compiti dei giuristi*, cit., 955.

⁵⁸ *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, cit., vol. I, VIII.

7. *Gli studi e le proposte sul sistema delle partecipazioni statali*

Campo di elezione di questo metodo di studio e della ricerca dell'efficienza dell'Amministrazione è il settore delle partecipazioni statali. La rilevanza del contributo di Guarino a tale "comparto" del diritto pubblico (e non solo: si pensi a tutti i profili societari, pur essi finemente indagati) è indiscussa e confermata per fatto concludente, dai continui richiami agli scritti del Nostro che troviamo pressoché in tutti i saggi e monografie dedicati al tema⁵⁹ e comunque in tutti i più significativi. Non è il caso di ripercorrere tutti i suoi studi in materia, con i quali ha contribuito a definire le regole di organizzazione che presiedono a decifrare il rapporto a più dimensioni tra Governo, Cipe, Ministero delle partecipazioni statali, enti di gestione, società partecipate, tra l'altro giungendo a porre punti fermi sulla nozione e sugli effetti della direttiva, figura tra le più dibattute del diritto amministrativo⁶⁰. In questa sede è sufficiente quanto sintomatico ricordare come Guarino contrasti tutte quelle interpretazioni che, per la forza delle dogmatiche consolidate, leggono il "nuovo" sul metro del "vecchio" e in tal maniera vanno a visionare il sistema delle partecipazioni statali con la lente delle regole tradizionali della pubblica amministrazione. Punto di partenza è la definizione degli enti di gestione come enti politici sì da distinguerli nettamente da tutti gli altri enti pubblici. Attraverso gli enti di gestione lo Stato si prefigge obiettivi di carattere imprenditoriale: gli enti di gestione hanno per scopo la produzione di beni e servizi economici e tale scopo perseguono ricorrendo ad una forma giuridica privatistica tipica delle società capitalistiche più avanzate, qual è il "gruppo di imprese" (*holding*). Né gli enti di gestione vanno confusi con gli enti pubblici economici, che hanno per scopo la gestione di servizi pubblici, tramite i quali enti lo Stato persegue la finalità di assicurare ai cittadini l'erogazione di pubblici servizi e non obiettivi puramente imprenditoriali.

⁵⁹ Per tutti basti richiamare F. MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Giuffrè, Milano, 1965; F. A. ROVERSI MONACO, *Gli enti di gestione. Struttura, funzioni, limiti*, Giuffrè, Milano, 1967; G. AMATO, *L'indirizzo degli enti di gestione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969, 529-561, testi ove il richiamo agli scritti di Guarino è una costante.

⁶⁰ Sulle problematiche che circondano l'istituto della direttiva, v. per tutti F. MERUSI, *Il problema delle direttive da parte degli enti pubblici economici nella realtà istituzionale e nella ideologia giuridica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 275 ss.

È ricorrente in tali studi la convinzione e la dimostrazione per cui gli istituti di diritto privato sono più adatti per l'esercizio di attività economiche, in quanto conferiscono al soggetto il massimo di libertà e di responsabilità e nello stesso tempo la possibilità di interventi rapidi e tempestivi, senza le catene e le griglie del "regime amministrativo" e per di più con la possibilità di reperire risorse nel mercato e dar luogo a fusioni o scissioni. Sicché ogni interpretazione volta ad applicare al sistema delle partecipazioni statali le medesime regole della pubblica amministrazione è antitetica al modello societario e pertanto pregiudica gli obiettivi perseguiti. Non sto qui a ripercorrere tutta la serie di studi e di analisi che Guarino ha dedicato al tema del resto già ricostruiti finemente da Salvatore Alberto Romano⁶¹, salvo mettere in luce la sua attenzione al percorso evolutivo del sistema delle partecipazioni statali. Percorso di cui è stato in parte protagonista, che l'ha visto sempre come acuto osservatore anche delle tante distorsioni⁶² e nello stesso tempo propositore di nuove soluzioni anzi di totale revisione a seguito della evoluzione del mercato, delle norme europee che vietano aiuti di Stato, sino a proporre l'ingresso di azionisti privati nelle società a partecipazione pubblica⁶³, tesi questa a cui dette positivizzazione una volta che nel primo Governo Amato fu nominato Ministro sia dell'Industria e sia delle Partecipazioni statali dove, come noto, dette luogo allo smantellamento dell'intero sistema delle partecipazioni statali imperniato sugli enti pubblici di gestione che vennero trasformati in società per azioni dando luogo poi al percorso di privatizzazione che ha inve-

⁶¹ V. S.A. ROMANO, *Compiti del giurista, modelli organizzativi e partecipazioni statali nel pensiero di Giuseppe Guarino*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, cit., vol. III, 441 ss.

⁶² Ha tra l'altro scritto: "Un accorto inserimento nel gioco delle correnti ha creato casi di feudalesimo industriale; l'acquisizione e la conservazione del potere talvolta sono considerati interessi dominanti rispetto allo stesso sviluppo industriale; il frazionismo, anzi la contrapposizione, all'interno del gruppo dirigente, mina la capacità decisionale, che è condizione in-defettibile per l'attività industriale; la programmazione di lungo periodo dei gruppi, nell'ambito di una corrente visione strategica, ha ceduto il passo ad una tattica contingente": v. G. GUARINO, *L'impresa nel nuovo diritto del lavoro. Le partecipazioni statali: crisi del sistema o della collettività*, in *Massimario della giurisprudenza del lavoro*, 1975, (8-9 dell'estratto).

⁶³ Questa tematica è particolarmente esaminata in G. GUARINO, *L'Atto Unico Europeo e la dinamica del processo di integrazione comunitaria*, in G. GUARINO (a cura di) *Europa 1992: le libertà e le regole*, Il Mulino, Bologna, 1988, 63 ss.

stato enti pubblici economici, enti pubblici strumentali, enti pubblici associativi, enti pubblici culturali, ecc.

8. *La interazione tra diritto ed economia come caposaldo del pensiero di Guarino*

La continua e necessaria integrazione fra il diritto e la realtà su cui impatta e da cui a sua volta è impattato e dunque il conseguente criterio ermeneutico ha in Guarino il suo *genius loci* nella interconnessione con i fattori economici⁶⁴. È vero che questo è implicito in quanto appena rilevato, ma tale e tanta è in Guarino la sottolineatura del rapporto tra diritto ed economia che essa richiede una segnalazione specifica nella silloge dei criteri metodologici cui Guarino ricorre, anche perché ravvisa un rapporto osmotico tra libertà economica e tutte le altre garanzie costituzionali. Ed infatti, non manca di censurare la tendenza tra gli economisti come tra i giuristi, di considerare termini quali la moneta, il PIL, la bilancia valutaria, quella commerciale, la liquidità, il tasso di cambio, il tasso di sconto, la spesa pubblica, l'inflazione, il mercato ed altri, come di esclusiva pertinenza della sfera dell'economia. Di contro *“di questi termini corrispondono a “poteri giuridici” ben definiti ed altri sono relativi a situazioni che sono a loro volta condizionati per l'esercizio di poteri giuridici specifici. Le scelte economiche non sono mai “pure”, ma sono relative al tipo di poteri di cui si dispone, alle modalità fissate dal sistema giuridico quanto ai soggetti che ne sono titolari, alle procedure da osservare, alle integrazioni con altri distinti poteri”*⁶⁵.

Il punto di partenza è che nell'era capitalistica l'economia ha esercitato un condizionamento decisivo determinando movimenti di masse, il modo della vita quotidiana, lo sviluppo scientifico e tecnologico, lo stesso ordine morale⁶⁶. Nello stesso tempo muove dalla convinzione che non vi è istituzione economica che possa prescindere da regole per la sua organizzazione e la sua attività. La modifi-

⁶⁴ Una messa a punto della tesi di Guarino sul rapporto tra diritto ed economia in S. D'ALBERGO, *Economia e diritto nella dinamica delle istituzioni* in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, cit., vol. I, 795 ss.

⁶⁵ G. GUARINO, *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità fra Costituzione ed Istituzioni comunitarie*, cit., 53.

⁶⁶ V. in tal senso *Premessa*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, cit., VI.

cazione di queste regole, o più in generale la scelta tra l'uno o l'altro schema organizzatorio, influisce sulla struttura dei processi produttivi, sul loro rendimento e, per ciò stesso, sul tipo e sul grado di condizionamento che gli stessi possono esercitare sugli altri fattori: “*non vi è condotta economica, per quanto minima od insignificante che possa prescindere da una qualche regolamentazione giuridica. Ma nello stesso tempo non vi è comportamento umano, il più disinteressato ed altruista che non si traduca immediatamente o mediamente in qualche atto di rilevanza economica*”⁶⁷. Di rimando non vi è istituzione economica che possa prescindere da regole per la sua organizzazione e la sua attività.

In tal maniera prende posizione sul dibattito in ordine alla priorità e in genere ai rapporti tra ordine economico e ordine giuridico. C'è chi ha sostenuto che la normazione giuridica è la condizione logica di qualsiasi enunciazione politico-economica, tantovero che la regolamentazione giuridica è sempre presente laddove vi sia un fenomeno rilevante per la vita economica, e chi invece ha ritenuto che l'ordine economico è del tutto autonomo rispetto a quello giuridico, in quanto la regolamentazione normativa è una componente importante, ma soltanto una componente causale dell'agire economico, non però il suo *prius* naturale⁶⁸. La sua conclusione è nel senso che i due ordini di regolamentazione e prima di analisi sono di necessità in continua integrazione nel senso che non vi è dualismo ma monismo in quanto l'istituto economico è anche istituto giuridico, non concepibile fuori dalle norme, e appieno s'identifica con esse⁶⁹.

Di qui il rilievo per cui il giurista deve avere gli strumenti necessari a tal fine, senza un rapporto di soggezione all'economia. Già nel 1970⁷⁰ scriveva “il diritto una disciplina ancella dell'economia? Tutt'altro. Lavorare insieme non significa svolgere funzioni ancillari.

⁶⁷ Cfr. G. GUARINO, *Riflessioni sulle teorie economiche e sulle teorie delle istituzioni*, in *Diritto e cultura*, 2004, 46. Ma v. già *Premessa*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, cit., VI.

⁶⁸ I termini del dibattito sono riassunti con efficacia da N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Bari, 1998, 44.

⁶⁹ Sulla stessa linea era anche il pensiero di Einaudi: v. quanto ho avuto modo di rilevare in G. MORBIDELLI, *Il costituzionalismo in Luigi Einaudi*, in *Percorsi costituzionali*, 2020, 1-3, 157 ss.

⁷⁰ G. GUARINO, *Qualche riflessione sul diritto amministrativo e sui compiti dei giuristi*, cit., 1970, 997.

Il diritto e l'economia cooperano insieme per scopi umani. Il corso delle società è governabile, quando lo si sappia e lo si voglia governare. L'ascesa e la decadenza degli Stati sono largamente collegate alla funzionalità degli istituti giuridici. Anche sotto il profilo giuridico si verificano fenomeni ciclici". Come non vedere qui una anticipazione, e quasi mezzo secolo prima dal famoso testo di Daron Acemoglu e James A. Robinson dal titolo *"Perché le nazioni falliscono. Alle origini di prosperità, potenza e povertà"*⁷¹, i quali giungono alla conclusione che le origini di prosperità e povertà risiedono nelle istituzioni politiche ed economiche che le nazioni si danno e che pertanto sistemi politici inclusivi e pluralisti diffondono la crescita economica a ogni latitudine?. E come non vedere in questo suo pensiero un parallelismo con l'opera di Douglass C. North, premio Nobel per l'Economia nel 1995, il quale ha posto al centro della teoria dello sviluppo economico le istituzioni⁷²? Ed anzi Guarino va molto più avanti in quanto non si ferma alle ricostruzioni storiche e alle riflessioni ad ampio spettro bensì si cala in concreto scendendo in *corpore vili* cioè all'interno delle amministrazioni proponendo specifiche correzioni e soluzioni. Non per nulla scrive: *"illuminati economisti (North e, con elaborazioni più complesse, Coase) hanno intuito che in qualche modo ed in qualche misura il diritto influisce su singoli andamenti economici. Né North, né Coase avevano conoscenza delle forme giuridiche e degli organismi. Le loro elaborazioni sono rimaste a livello di informazione. Non hanno potuto portare ad applicazioni pratiche condivisibili"*⁷³.

9. Il giurista "pro-futuro"

Non solo. Guarino non si ferma alle interrelazioni fra diritto, economia e società. Osserva infatti che i fattori esterni economici, sociali, ecc. che rifluiscono sul diritto non sono un dato statico: se da

⁷¹ Il Saggiatore, Milano, 2013.

⁷² V. *Istituzioni, cambiamento istituzionale, evoluzione dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1999, testo tra l'altro cui fa precipuo riferimento da ultimo G. AMATO, *Bentornato Stato, ma*, Il Mulino, Bologna, 2022, per ribadire il filo doppio che lega le istituzioni alla crescita economica, al mercato, alle innovazioni, alle stesse garanzie costituzionali e al loro *enforcement*.

⁷³ V. *Teoria economica e teoria formale del diritto*, cit., 85.

un lato condizionano il formarsi il diritto e la sua influenza, dall'altro hanno anche un rilievo *ex post*.

Sulla base di questo rilievo propone infatti quella che potrei definire la lettura interpretativa “pro-futuro” ovvero la valutazione degli effetti delle norme. Già nello saggio del 1948 sullo scioglimento⁷⁴ scriveva che “*La considerazione degli effetti pratici è particolarmente avvertita nel diritto amministrativo*”. E nella più volte ricordata intervista a Lanchester⁷⁵, testualmente: “*Il diritto non m’interessava per quello che dicevano le singole norme – sono stato sempre colpito dalla famosa frase di Hermann von Kirchmann per cui “una parola del legislatore manda al macero intere biblioteche”: se il diritto deve essere una scienza, devo avere cause ed effetto e, quindi, leggendo attentamente, devo sapere come andrà a finire*”. Con elegante raffronto Guarino rileva come l’esperienza nel mondo del diritto, come in genere in quello delle scienze sociali, sostituisce l’esperimento ma i giuristi non hanno la possibilità di riprodurre in laboratorio le condizioni di applicazione di una norma al fine di poterne prevedere il rendimento per cui si deve operare all’inverso: dai risultati, quali si sono prodotti, si cerca di risalire alle cause⁷⁶.

Fatto è che la ricerca delle interrelazioni “movimentiste” tra società e diritto offre a Guarino prospettive non solo ermeneutiche ma sul piano ricostruttivo, per non dire maieutico. In altri termini non critica per criticare ma per indicare il che fare, il rimedio. La funzione dei giuristi non è di constatare il male, ma di preparare il bene. Testualmente: “*Ho sotto gli occhi le belle parole di un libro dimenticato (Arangio Ruiz G., Delle guarentigie costituzionale, Napoli, 1885, pag. X) che gli scrittori non fanno opera saggia a solo censurare, screditare, distruggere, e che ad ogni male v’è da contrapporre il rimedio. La scienza non conclude con l’accertamento dell’ingiustizia, ma opera perché l’ingiustizia scompaia, non constata che la Costituzione è stata violata, ma indica la strada perché essa nel fatto non sia violata*”⁷⁷. Si tratta di quello che Guarino stesso chiama criterio predittivo anzi scienza

⁷⁴ V. G. GUARINO, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari*, 259, nt. 4.

⁷⁵ V. F. LANCHESTER, *Intervista a Giuseppe Guarino*, cit., 16.

⁷⁶ Così G. GUARINO, *Stato ed energia nucleare* (1959), in *Scritti di diritto pubblico dell’economia e di diritto dell’energia*, cit., 324-5.

⁷⁷ Così G. GUARINO, *Profili costituzionali, amministrativi e processuali etc.*, in *Foro it.*, 1952, c. 95.

predittiva⁷⁸. Finalità e criteri che erano già in nuce nella sua prima monografia “*la scienza parte dal fatto per creare norme ed istituti. Questa è la funzione più alta e più piena di responsabilità della scienza; qui essa, per così dire, ricostituisce giuridicamente la natura iuxta propria principia; fa della alta giurisprudenza, della giurisprudenza costruttiva*”⁷⁹. Un esempio tra tanti: molti anni fa, studiando la legge bancaria e il sistema creditizio, la interpretazione che ne dava Guarino era quella di abbandonare la visione della banca come semplice intermediaria e proponeva da un lato un superamento del sistema bancario frammentato, e dall’altro una integrazione tra le istituzioni bancarie ed assicurative nazionali, onde si raggiungano dimensioni adeguate a costituire un efficace supporto per il sistema produttivo Italia, tale da valorizzarne anche le capacità espansive nel quadro di una necessaria integrazione tra banca e imprese. Inutile dire che è proprio ciò che è avvenuto per effetto prima della privatizzazione delle banche pubbliche e poi in virtù delle ragioni di mercato al fine di assicurare competitività con i grandi istituti bancari degli altri Paesi.

Guarino è infatti giurista che se da un lato percepisce il nuovo con immediatezza (come dimostrano anche i suoi studi pionieristici sul diritto dell’energia) e lo inserisce nel sistema dando luogo a nuove costruzioni, dall’altro si proietta nel futuro. Più volte del resto ha scritto che la *pars costruens* è specifica responsabilità del giurista. I suoi scritti dedicati all’organizzazione amministrativa, alla disciplina costituzionale e amministrativa dei rapporti economici o anche quelli dedicati all’attività e alla giustizia amministrativa sono innervati di indicazioni prospettiche motivate e basate su accertate carenze e lacune. Peraltro, riprendendo il tema più volte sottolineato del pensiero guariniano, ovvero quello del primato dell’organizzazione, e con esso quello della necessaria riforma della P.A. (e dei tanti scogli e difficoltà che incontra tale obiettivo) sostiene che è parte essenziale la progettazione di nuovi schemi organizzatori⁸⁰, il

⁷⁸ V. G. GUARINO, *È proponibile una scienza giuridica predittiva?* In *Rivista di diritto pubblico e scienze politiche*, 1995, n. 3-4, 413 ss. Tale finalità è riscontrabile anche in G. GUARINO, *Il metodo-postfazione*, in *Cittadini europei e crisi dell’euro*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, 11. Sul punto v. anche V. ATRIPALDI, *Giuseppe Guarino: giurista “predittivo”*, in *Nomos*, 1-2020, 43 ss.

⁷⁹ V. *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari*, cit., 273.

⁸⁰ V. *Qualche riflessione sul diritto amministrativo e sui compiti dei giuristi*, cit., 995.

che richiede che il giurista abbia una sufficiente «informazione» socio-economica, tecnica e politica. “Quella che altre volte è stata considerata una qualità del giurista, l’incapsularsi all’interno del sistema da applicare, è una mentalità che va corretta. Il giurista deve uscire dal suo guscio, ma deve uscirvi non per abbandonare la sua tipizzazione, ma per acquisire elementi indispensabili ai fini del lavoro tecnico che esso è chiamato a compiere e per affermare la rilevanza della sua specializzazione. La integrazione conoscitiva deve essere particolarmente sviluppata per quanto concerne le possibilità operative create da nuovi ritrovati tecnici ed i rapporti con la economia”⁸¹. Non per nulla la sua profonda e vissuta conoscenza dei problemi delle imprese, non solo a partecipazione pubblica, lo induce ad elaborare uno “statuto delle imprese”, quale insieme di norme coerenti, dirette a salvaguardare l’autonomia e l’efficienza della impresa, per la sua natura di *istituzione di interesse collettivo*: regole chiare e tassative sul bilancio e sulla gestione, disciplina delle offerte pubbliche di acquisto, applicazione delle regole pro-competitive previste dal Trattato di Roma, regolamentazione del diritto di sciopero, riduzione ai minimi termini del regolamento dei prezzi amministrati, ecc.⁸².

10. *La teoria delle istituzioni: provocazione-denuncia della insufficienza dei metodi “monade”*

Si tratta di un compito molto complesso. La sua attenzione agli effetti diretti e indiretti e prima ancora delle concause degli assetti normativi è sintomatica della complessità: i poteri giuridici, come qualsiasi altro strumento, producono diversi effetti secondo la qualità, l’abilità e gli intendimenti di chi li adopera: di qui – aggiunge il Nostro – la necessità di estendere il discorso alle varie classi di detentori dei pubblici poteri (classe politica, classe degli amministratori e classe burocratica) e di studiare le regole che ne condizionano i relativi comportamenti, in sintonia o meno con l’opinione pubblica, di fattori di vario genere (dalle scoperte tecnologiche, agli accordi internazionali, dai cambiamenti climatici ai conflitti bellici, dall’aumento dei prezzi alle materie prime, ai nuovi indirizzi giurisprudenziali).

⁸¹ *Qualche riflessione sul diritto amministrativo e sui compiti dei giuristi*, cit., 995.

⁸² V. sul punto diffusamente G. GUARINO, *L’impresa come modello organizzativo tipico*, cit., spec. 210 ss.

Al punto che Guarino giunge in un certo senso ad uscire dai confini delle discipline giuridiche, seppur permeate di interrelazioni con la società nel senso già messo in risalto più volte, per proporre addirittura una nuova scienza, la scienza delle istituzioni. In sintesi, muove dal rilievo che non vi è nulla di fermo nelle istituzioni in quanto movimenti intensi ed inarrestabili condizionano in modo determinante la condotta dello Stato e delle organizzazioni pubbliche: flussi di popolazione, flussi monetari, flussi di merci, e così via. Ma la maggiore variabilità si registra negli elementi esterni, cioè nei bisogni da soddisfare in quanto in parte prevedibili; ma in parte di formazione improvvisa, travolgente, imprevedibile.

Ma come si fa a seguire e comprendere processi così complessi e da essi trarre le relative coordinate giuridiche sia interpretative sia prospettiche *de jure condendo*? Le conoscenze giuridiche se pur non astrette secondo i criteri tradizionali non sono sufficienti. Occorre una integrazione conoscitiva che indaghi le possibilità operative create da nuovi ritrovati tecnici ed i rapporti con la economia. Tanto che Guarino avanza la esigenza di una nuova scienza che appunto definisce “teoria delle istituzioni”, il cui oggetto è costituito dalle istituzioni⁸³. Ad essa spetta di chiarire i meccanismi di base che ne regolano il dinamismo o comunque lo condizionano, con cerchi sempre più ampi di osservazione che dai singoli tipi di istituzione salgano fino alla comprensione della rete delle istituzioni nella sua inscindibile integrazione mondiale. La teoria delle istituzioni non va a confondersi né con il diritto, né con la politica, né con la sociologia, né con l’economia, né con la filosofia. Dovrebbe essere informata delle acquisizioni ultime delle singole discipline ed osservare come le stesse, sia separatamente sia nelle possibili integrazioni, vengono assorbite e mediate dai sistemi parziali e da quelli globali delle istituzioni, quali condizionamento ne ricevono, quali influsso esercitano sulle dinamiche istituzionali. *La teoria delle istituzioni dovrà altresì recepire le previsioni circa gli sviluppi in singoli settori* (disponibilità di materie prime, crescita della popolazione mondiale, innovazioni tecniche, sostenibilità ambientale). Lo studio di questi aspetti e di tutti gli altri consimili prescinde di norma dai condizionamenti istituzionali. Sarà poi compito della teoria delle istituzioni adeguare

⁸³ V. G. GUARINO, *Riflessioni sulle teorie economiche e sulla teoria delle istituzioni*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, II, Giappichelli, Torino, 2005, 391.

le previsioni alla realtà istituzionale e, spostando sulle istituzioni il polo di riferimento, indagare se e quali svolte potranno prodursi nelle dinamiche istituzionali e nello stesso tempo svolgere una funzione integrativa essenziale per gli studi di economia, dovendosi studiare i riflessi reciproci dei fattori non economici, tra gli stessi e tra questi ed i fattori economici e individuare i dati istituzionali rigidi, basi stabili per le elaborazioni economiche.

Questa tesi, oltre che essere espressione stessa del metodo guariniano incentrato sull'osmosi tra diritto, fattori sociali, eventi storici, evoluzione tecnologica, situazioni politiche, capacità della classe dirigente, condizioni economiche ma anche climatiche e geografiche ecc., a mio avviso va letta come una provocazione, atta soprattutto a mettere in luce le assolute insufficienze delle basi conoscitive su cui lavorano i giuristi (come pure gli economisti) o comunque, come del resto aveva scritto nel saggio del 1970 più volte ricordato sui compiti del giurista, un invito al lavoro di squadra trattandosi appunto se non di una scienza, di una metodologia non praticabile a livello di singolo studioso. Ma il retroterra è sempre quello: uscire dal recinto dell'orto giuridico, e acquisire informazioni e conoscenze a 360° utili per la interpretazione del dato normativo che sia coerente con la realtà e in simbiosi con i principi costituzionali e, nello stesso tempo, che consenta di elaborare proposte costruttive⁸⁴.

Nello stesso tempo la proposta di Guarino si ascrive in una vera e propria ansia di sistematizzazione della frastagliata realtà in continuo divenire, e che è oggetto permanente del suo scrutinio acuto e informato; sistematizzazione che richiede orizzonti ben più vasti di quelli tradizionali del giurista. Oltremodo emblematico è il saggio dal titolo *Teoria economica e teoria formale del diritto*⁸⁵, dedicato all'organismo giuridico. Secondo il Nostro “*gli uomini sono direttamente o indirettamente all'origine della nascita di qualsiasi organismo, Con le loro condotte li fanno vivere. Li fanno vivere, è una precisazione essenziale, nel modo stabilito dall'organismo. L'uomo nell'organismo è diverso dall'uomo fuori o in assenza dell'organismo. Ma*

⁸⁴ Il messaggio è raccolto da ultimo da V. CERULLI IRELLI, *La responsabilità del giurista-pubblicista. Spunti critici*, in *www.federalismi.it*, 2020, seppur astretto all'impiego strumentale delle altre scienze sociali tra cui *in primis* la scienza dell'amministrazione, e non come fattori componenti di una nuova scienza.

⁸⁵ In *Quaderni di economia italiana*, cit.

l'uomo senza organismo non esiste". Nel contempo l'organismo dà vita ad una realtà che è autonoma e nuova rispetto a tutti gli elementi che lo compongono.

L'organismo è una entità che viene ad esistenza quando coesistono, integrandosi, i seguenti elementi: una pluralità di uomini; una pluralità di norme; un organismo attuativo, della cui conformazione la parte più estesa è costituita da una organizzazione; la forza sociale derivante dalla generalità delle condotte dei partecipi che siano conformi alla generalità delle norme e comandi; fini comuni; una funzione di vertice, e infine il raggiungimento di un grado minimo di complessità e di stabilità. Fatto è che la definizione e il ruolo dell'organismo sono il risultato di una serie stratificata di riflessioni di ordine storico e di apporti tratti dalla teoria generale, di osservazioni sugli organismi principali: Unione Europea, Stati, ordinamenti religiosi, imprese.

L'ampio saggio è pieno di suggestioni e apre molti interrogativi.

La ricostruzione di Guarino, a mio giudizio, ha in sé il precipitato della teoria romaniana della pluralità degli ordinamenti giuridici così come della tesi di Mortati sulla costituzione materiale riconducibile alla forza sociale cioè al collante invisibile che deve, in realtà, legare ogni organizzazione. Vero è che Guarino non ha mancato di criticare la tesi di Mortati, soprattutto perché non condivideva l'attribuzione alla costituzione materiale di forza normativa⁸⁶. Ma è comune in Guarino come in Mortati l'idea della presenza di forze organizzate (partiti, classe politica, enti pubblici, sindacati, istituzioni, ecc.) che incidono sull'ordinamento giuridico formale e ne guidano l'interpretazione. È del pari condivisa la proposta di una analisi giuridica oltre il dato formale delle disposizioni, onde guardare alle forze reali che determinano il formarsi e il vivere dell'ordinamento al fine di sollevare il velo dal testo normativo, sì da valutare la concretezza dei rapporti giuridici, la loro storia, la loro dialettica con la società e con l'evolversi di essa.

⁸⁶ V. in tal senso i saggi giovanili di G. GUARINO, *I decreti legislativi luogotenenziali sulla normatività della costituzione materiale* (1947), ora in *Dalla Costituzione all'Unione Europea*, cit., vol. I, 127-148; G. GUARINO, *Materia costituzionale, costituzione materiale, leggi costituzionali* (1948), ivi, 171-182, nonché più di recente G. GUARINO, *Riflessioni sui regimi democratici* (1991), cit., ora in *Dalla Costituzione all'Unione Europea*, cit., vol. IV, 375 e ss.

In ogni caso il saggio tende ad una sistematica tale da offrire coordinate da impiegare sia ai fini “interpretativi” sia soprattutto ai fini “predittivi”. E per comprendere le finalità cui Guarino tendeva non ritengo di violare il segreto epistolare se riporto alcuni passi di una lettera che ebbe a scrivermi in proposito il 4 agosto 2010: *“ho completato i primi due capitoli di un saggio intitolato “Gli organismi giuridici”. Un titolo insolito. Gli organismi giuridici di cui mi occupo rispondono ad una specifica “forma” giuridica. Non si confondono con le parecchie nozioni di diritto positivo, che portano nomi analoghi. Il nuovo saggio si inquadra in qualche modo al filone dello “Uomo istituzione”, ma va oltre. Se le riflessioni fossero accettabili, ne deriverebbero conseguenze rilevanti in vari campi. Il secondo dei due capitoli, dedicato a Smith, potrebbe dimostrare l'utilità del concetto anche per la comprensione di singole fasi storiche. Ho distribuito il testo a pochi, cultori amici di materie diverse”*.

11. *Non ripulsa della dogmatica: anzi necessità di nuova dogmatica*

Si è visto come Guarino fin dai suoi primi scritti abbia sempre avuto la percezione dell'esigenza di un metodo che andasse oltre la interpretazione degli enunciati normativi alla luce dei soli canoni dettati dalle preleggi. I criteri e sottocriteri metodologici che ho più sopra sommariamente enunciati non solo sono il risultato di processi induttivi generati dai suoi scritti ma sono anche la ostensione di criteri metodologici dettati dallo stesso Guarino. Criteri che sente come una sorta di vocazione necessaria del giurista il quale ha una specifica responsabilità nell'interesse del Paese e delle istituzioni.

Non c'è dubbio che a tale ricerca spasmodica e incessante per coordinare il diritto alla realtà circostante ha concorso la sua vastissima quanto qualificatissima esperienza professionale e istituzionale, la sua immersione nella vita culturale, non solo giuridica, la sua propensione, arricchita dai tanti incarichi rivestiti e dalla partecipazione a commissioni nazionali o internazionali di studio o di elaborazione normativa, ad indagare a fondo sulle tante e cangianti cause che sono all'origine dei plessi normativi nonché dei molteplici effetti diretti e indiretti degli stessi. Nello stesso tempo v'è in Guarino un vero e proprio costume, sentito come dovere di proporre soluzioni costruttive, e che nasceva anche dal suo sentirsi al servizio dello Stato come

docente, come professionista, come intellettuale, come uomo pubblico. Le soluzioni proposte sono a loro volta il frutto di stratificate acquisizioni di cui è intriso in virtù di una profonda conoscenza delle tante ragioni pratiche e delle tante variabili che incidono sulle decisioni amministrative nonché sui relativi risultati. Non si deve però credere che questa attenzione ai fatti e alle situazioni sociali ed economiche, alla evoluzione tecnologica, ecc. metta da un canto gli strumenti tradizionali del giurista. Infatti, nel suo scritto più volte ricordato sui compiti dei giuristi scrive *“i profili interpretativi e giurisprudenziali non devono mai essere trascurati: tutt’altro. Ciò non sarebbe possibile per due ragioni; innanzitutto perché devono essere soddisfatte le esigenze pratiche, provocate quotidianamente dal groviglio e dagli scontri degli interessi umani; in secondo luogo, perché presupposti per una corretta progettazione di nuovi schemi organizzatori sono la perfetta conoscenza del diritto vigente, nella complessità degli ingranaggi di cui si compone, – e la capacità di prevedere con il maggior grado di approssimazione il significato che acquisteranno in sede di interpretazione le norme che si vanno ad introdurre; nulla di quanto è stato sin qui detto potrebbe quindi essere interpretato come sottovalutazione del lavoro di interpretazione, applicazione e sistemazione logica del diritto vigente. Al contrario va fermamente dichiarato che il pieno possesso di queste tecniche, e la più raffinata capacità di elaborazione degli istituti, oltre che per l’utilità immediata in vista degli scopi pratici e conoscitivi cui sono diretti, sono indispensabili anche per ogni più libera costruzione”*⁸⁷.

Il che porta ad un superamento di nozioni e concetti della dogmatica tradizionale (e delle ideologie da cui questa muove) che Guarino considera in gran parte superata ma sempre tale da condizionare più o meno coscientemente gli interpreti. Rileva appunto che la dogmatica “corrente” esprime una sorta di mitologia giuridica, ovvero di un insieme di nozioni tramandate, di abitudini, di impressioni, di assiomi che racchiudono il nostro pensiero, e che costituisce una delle forze che ci impediscono di andare avanti. Quando si affronta un qualsiasi problema, anche, ed anzi soprattutto, se si tratta di problemi nuovi, v’è un condizionamento rappresentato da una serie di temi, di punti fissi, di idee-forza, che ci avvolgono e in una ma-

⁸⁷ *Qualche riflessione sul diritto amministrativo e sui compiti dei giuristi*, cit., 991.

niera o nell'altra ci guidano⁸⁸. Tuttavia una dogmatica ha da esservi sempre in quanto serve a chiarire gli schemi di soluzioni possibili, individua nuovi principi cui attenersi, giova al chiarimento e alla comprensione del dato giuridico e in sostanza va a determinare le coordinate attraverso cui leggere il frastagliato e disperso mondo del diritto. Ed invero sono compiti permanenti del giurista la chiara consapevolezza dell'ideologia corrente, il controllo della sua adeguatezza, la introduzione di correttivi⁸⁹. Di qui la sua ricostruzione che tiene conto, oltre che dei dati normativi, dei centri di potere, dei costumi, delle esigenze sociali, della evoluzione tecnologica, dei rapporti politici attraverso cui individuare paradigmi e modelli per una lettura anche prospettica dell'ordinamento. Ed infatti è stato scritto che in Guarino il rigore formale avvolge e definisce la materialità del dato economico, sociale o politico, che viene ad essere configurato con assoluta precisione nella sua giuridicità⁹⁰. Di qui la conclusione per cui *“è reale e mai artificiosa la ricostruzione e la visione che Guarino offre degli istituti e delle tematiche che tratta, perché mai isolata è la ricostruzione dall'insieme dei dati che connotano l'esperienza giuridica dalla fase storica in cui questa esperienza si svolge, sempre sostanziata è la sua visione dal rapporto di interazione con la vicenda complessiva dell'ordinamento, con gli sbocchi verso cui tende, rinnovandosi o irrigidendosi”*⁹¹.

12. Una ultima notazione

Un rilievo da cui non ritengo esimermi è la constatazione della singolarità, per non dire altro, del fatto che tutta una serie di studi recenti pur approfonditi ed elaborati dedicati al metodo nel diritto amministrativo non richiamano mai i pur rilevanti contributi di Guarino⁹² e ciò malgrado in essi si sottolinei, con argomenti serrati e

⁸⁸ Sono numerosi gli scritti in cui il Nostro mette in luce il ruolo conservatore e, anzi spesso, mistificante assunto dai concetti giuridici propri dalla tradizione e dalle ideologie sottese, talché si rende necessaria una loro rivisitazione se non smantellamento: v. ad esempio, per quest'ordine di considerazioni, *Qualche riflessione sul compito dei giuristi*, cit.

⁸⁹ V. ancora *Qualche riflessione sul compito dei giuristi*, cit.

⁹⁰ V. *Presentazione*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, I, cit., VIII.

⁹¹ V. ancora *Presentazione*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, cit., VIII.

⁹² Fa eccezione, in quanto mette in luce il contributo di Guarino agli studi in materia di organizzazione. lo studio di L. CASINI, *L'organizzazione e la scienza del diritto am-*

esemplificazioni calzanti tracciati sempre con forza e direi anche con passione, l'esigenza di comprendere i bisogni sociali, di interrogarsi sul funzionamento concreto delle istituzioni, l'importanza di una diretta conoscenza dei fatti, la rilevanza degli effetti e dei risultati il ricorso a dati empirici, la considerazione dei fattori sociologici, politici e culturali, la ricerca di coordinate dogmatiche. Mi sono domandato il perché questo silenzio. Forse perché è considerato un costituzionalista, (ma in realtà ha dedicato monografie e saggi fondamentali a tematiche amministrativistiche, materia che del resto ha insegnato alla Sapienza per più di 30 anni ed ha avuto tantissimi allievi amministrativisti di primo piano), o anche perché molti dei suoi scritti a partire dagli anni '80 sono stati pubblicati in edizioni estranee ai tradizionali circuiti dei giuristi, o forse perché considerato troppo vicino alle istituzioni, ovvero troppo giurista del principe⁹³. Ma questo è proprio ciò che dovrebbe suscitare, se non il consenso, la attenzione massima proprio in quanto si tratta di un giurista che conosceva anche le segrete cose ed ha una esperienza tale da comprendere più che mai le distonie tra realtà, dati normativi, e ricostruzioni concettuali. Perché questi immemori o comunque distratti?

Forse la risposta sta nel fatto che Guarino è ormai un classico e allora, come scriveva Calvino, si sa che il pensiero dei classici si nasconde nelle pieghe della memoria mimetizzandosi da inconscio, ovvero da acquisizione metabolizzata e fatta propria. Ma appunto, in quanto classico, non solo va letto ma va riletto dato che in esso vi si trovano sempre nuovi ed inaspettati inediti che generosamente dispensa la comunità scientifica. Ed invero, anche perché, come scriveva Foscolo, *ai generosi giusta di glorie dispensiera è morte*, a seguito della sua scomparsa sono numerose e approfondite le ricostruzioni di un pensiero così multiforme ed originale⁹⁴, le quali a sua volta non

ministrativo, in *La scienza del diritto amministrativo nella seconda metà del XX Secolo* (a cura di L. TORCHIA, E. CHITI, R. PEREZ, A. SANDULLI), Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, 50.

⁹³ O meglio "tecnico politico rilevante" come ha rilevato C. ROEHRSEN, *Storia di una formula*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, cit., vol. III, 437, facendo richiamo ad una espressione proprio coniata dallo stesso Guarino e impiegata nella prolusione tenuta al corso di Istituzioni di Diritto Pubblico nella Facoltà di Economia e Commercio di Roma nel 1972, ora in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, cit., 6 ss.

⁹⁴ V. A. VIGNUDELLI, *Era un "omarino" dalla grande statura*; G. FERRARA, *Guarino, costituzionalista sempre*; M. SCUDIERO, *In ricordo di Giuseppe Guarino*; G. TESAURO, *Un*

mancheranno di attirare la loro attenzione verso tutti i giacimenti giuridici che Guarino ha individuato e coltivato e che costituiscono e costituiranno materiale prezioso sia per gli studiosi del pensiero giuridico sia per gli studiosi del diritto positivo ma anche delle altre scienze sociali attesi i tanti insegnamenti che se ne possono trarre⁹⁵.

ricordo, tutti pubblicati in *Lo Stato*, fasc. 14/2020, 467-484 e i vari saggi pubblicati in *Nomos-leattualitaneldiritto.it*, 1-2020 e segnatamente F. LANCHESTER (a cura di), *Intervista a Giuseppe Guarino - Il diritto pubblico negli ultimi 70 anni: dallo Stato nazionale accentrato alla globalizzazione*.

⁹⁵ Non si può quindi non condividere quanto ha scritto G. FERRARA, in *Elogio a Giuseppe Guarino* (pronunziato in occasione della presentazione dei cinque volumi di scritti giuridici dell'elogiato nell'Aula Magna dell'Università La Sapienza di Roma il 22 novembre 1999): “Credo che lo storico dello stato interventista, cioè dell'economia mista, che è poi quella di questo secolo, per comprenderne la dinamica e con essa i fondamentali teorici e le basi ideologiche, oltre che le ragioni economico-sociali e le conseguenze di sociologia politica, per comprendere le connessioni di questi fattori con l'ascesa e la caduta di questo sistema politico-istituzionale, non potrà prescindere dalle opere di Guarino. Dovrà, attingere a piene mani al suo contributo chiarificatore ed edificatore di una declinazione del principio e della prassi reale di un ordinamento che, da settoriale che poteva sembrare al suo sorgere, divenne strutturalmente condizionante l'evolversi dell'intero sistema costituzionale. Condizionante perché questo ordinamento settoriale era riuscito a permearlo in tutti i suoi gangli, ne scandiva le fasi, ne determinava i tratti, ne modulava l'azione. E ne decise la crisi come conseguenza del suo esaurimento, l'esaurimento della struttura materiale che costituiva appunto la base su cui si reggeva l'ordinamento politico-istituzionale e quello economico-sociale. Struttura di cui, peraltro, Guarino, primo di ogni altro, vide le crepe che si aprivano giudicandole irreparabili per i fattori che le determinavano e che destinavano la struttura a sgretolarsi precipitosamente”.

Criticare l'Europa per costruire un'Europa migliore, ovvero Un europeista incompreso

Mario Patrono

Due parole in premessa. – Abbiamo avuto, io e la mia famiglia, il privilegio unico e straordinario di trascorrere più di un mese, nel 2002, insieme al professor Guarino: a Wellington, Nuova Zelanda, dall'altra parte del mondo. Aveva bisogno, il professor Guarino, di fare un pieno di serenità. Ne aveva bisogno per riprendere fiato, avendo egli appena concluso un lunghissimo e felice periodo della sua vita e ben sapendo che la lì a poco avrebbe dovuto affrontarne un altro, per forza di cose meno lungo e meno felice. A noi, Giuseppe Guarino ha fatto dono della sua brillantezza intellettuale, della sua squisita signorilità, di preziosi consigli e – ciò che più conta – della sua amicizia. A Giuseppe Guarino, noi abbiamo forse dato un po' di quella serenità che in quel momento andava cercando.

Vox clamans in deserto

Scriva Guarino in *Ratificare Lisbona?*, (2008), pag. 5: «l'Italia ha concorso con piena consapevolezza ed autorità a dar vita nel 1951 alle istituzioni comunitarie», traendo da ciò «duraturi benefici, la pace esterna e l'apertura a più vasti orizzonti». Ma subito dopo Guarino aggiunge: «Successivamente, l'Italia ha aderito ai Trattati che dovevano segnare nuove tappe del processo di unificazione spensieratamente, con entusiasmo. Forse con entusiasmo eccessivo. Non ha mai negoziato protocolli o dichiarazioni a proprio favore, qualche tutela specifica che riguardasse un suo problema particolare. Tra tutti i Paesi aderenti, è forse l'unico che non abbia mai avuto nulla da chiedere, che ad occhi chiusi ha accettato tutto quanto... le veniva proposto».

Queste parole, pur pronunciate nel tono distaccato dell'analista, suonano come un *forte rimprovero* fatto sia alla Politica che alla dottrina che alle giurisdizioni del nostro Paese, e segnatamente alla Corte costituzionale. Noi tutti ben conosciamo l'atteggiamento che faticherei a definire altrimenti che *remissivo* tenuto dal giudice delle leggi nei confronti del fenomeno comunitario. Da un lato la Corte ha voluto ravvisare nell'articolo 11 della Costituzione – a partire dalla sent. n. 14/1964 – non soltanto l'unico ancoraggio costituzionale della parte-

cipazione dell'Italia all'Unione europea, ma vi ha letto altresì l'idea che ai Trattati europei è consentito in ogni caso dare esecuzione con legge ordinaria. Questo, a ben riflettere, significa che l'articolo 11, operando come clausola di adattamento automatico dell'ordinamento interno agli sviluppi del processo integrativo, una clausola che poi affida al Parlamento il compito di mediare le opzioni che di volta in volta si prospettano attraverso leggi ordinarie, senza quindi bisogno di modificare la Costituzione, funziona – l'articolo 11 – come *fonte di indebolimento della rigidità costituzionale* per tutto quanto deriva dai Trattati europei. Da un altro lato, vi è la grande cautela usata dalla Corte non tanto nel modo di affermare in linea teorica («Qualora si verificasse il caso, sommamente improbabile, che in specifiche ipotesi normative... »: sent. 183/73) la presenza nel nostro ordinamento di 'contro-limiti', vale a dire la necessità del rispetto da parte del diritto europeo dei principi supremi dell'ordine costituzionale e dei diritti inalienabili della persona, quanto piuttosto nel pretendere che quel rispetto vi fosse sempre e in ogni caso (una cautela, questa seconda, che la nostra Corte sembra peraltro avere abbandonato, se non nella forma, quanto meno nella sostanza, a partire dal 2017 (e forse già dal 2014). Dietro la Corte si è subito incanalata la Politica, la quale – grazie al primo comma del revisionato articolo 117 – è andata anzi oltre, avendo di nuovo rinchiuso dentro le sbarre della rigidità i 'prodotti' europei entrati nel nostro ordinamento attraverso l'accogliente varco dell'articolo 11; e dietro la Corte costituzionale e la Politica è andata la dottrina, e sono andati naturalmente i giudici comuni, e la generalità dei media. Questa è stata, e continua ad essere, la posizione ufficiale del Paese. Al fondo, la 'filosofia' accettata da sempre – a me sembra – è che in materia di relazioni internazionali il nostro Paese ha limiti ristretti, e che tenersi al di qua di essi è meno pericoloso e più saggio che spingersi al di là.

L'idea di Guarino era diversa. Guarino aveva un sentimento del prestigio nazionale, un modo di immaginare la capacità d'azione dell'Italia che lo portava a ritenere – forse troppo ottimisticamente – che il nostro Paese potesse e dovesse giocare un ruolo di primo piano in Europa, che potesse e dovesse affermare, come la Germania come la Francia, con la stessa loro determinazione, le proprie idee e i propri interessi. Guarino aveva in mente l'atteggiamento fatto di fermezza e di rigore che fin dall'inizio la Corte costituzionale tedesca

ha mostrato di fronte agli sviluppi del processo integrativo: dalla *Solange I°* (1974) e giù giù fino alla pronuncia del 5 maggio 2020 che ha dichiarato *ultra vires* il piano di acquisti di titoli di debito pubblico avviato dalla BCE sotto la presidenza di Mario Draghi.

Quello di Guarino era dunque un *invito a cambiare registro*, ad essere finalmente assertivi, a mettere dei paletti, a battere i pugni sul tavolo. Non certo per mandare in frantumi il processo integrativo; al contrario: per rafforzarlo e portarlo, se possibile, a compimento. Guarino ha in altre parole impegnato tutta la sua autorevolezza, ha profuso tutte le sue straordinarie energie intellettuali e le risorse di esperienza di cui era in possesso allo scopo di additare punti critici, dare suggerimenti, fornire possibili soluzioni: nell'interesse dell'Italia nell'Unione, e dell'Unione nel suo insieme.

Avverto fin dall'inizio, anche a rischio di dire cosa risaputa, che il discorso di Guarino sull'Europa è un tutto unitario, centrato essenzialmente su una valutazione, sotto varie angolature, dell'euro-sistema. Disarticolare un tale discorso, come adesso farò, in argomenti diversi e separati costituisce pertanto una forzatura, un'operazione in qualche misura anche arbitraria; e tuttavia operazione necessaria, se vogliamo dare un po' di ordine all'analisi.

Vediamo dunque quelle che sono, a mio parere, le principali tematiche rispetto alle quali Guarino chiedeva all'Italia di *mostrare una maggiore assertività*; e vediamo anche le buone ragioni e (perché no?) i limiti (a mio parere) del ragionamento di Guarino.

Tematica n. 1. La *'fine della Politica'*

La *fine della politica* è il sottotitolo del primo libro – *Verso l'Europa*, del 1997 – dedicato da Guarino specificamente all'Unione. Questa espressione, o comunque il suo concetto, assume negli scritti di Guarino *tre significati* diversi.

In un *primo significato*, la *fine della Politica* deriverebbe dalla sostituzione ad opera dei Trattati del *regime di mercato libero e concorrenziale* alla concezione, voluta dal nostro Costituente e affermata in Costituzione, per cui il perseguimento dei *fini sociali* costituisce l'obiettivo primario dei pubblici poteri, sicché lo Stato è per necessaria conseguenza *fattore di forte condizionamento e perfino di conformazione del sistema economico*. Da ciò deriva, per Guarino, che il go-

verno dell'economia sarebbe da allora sfuggito, nel nostro Paese più che in altri, al dominio della Politica nazionale.

In un *secondo significato*, la *fine della politica* è conseguente alla scissione, imposta dai Trattati europei all'interno dell'eurosistema, tra politica monetaria, conferita alla Bce, e politica fiscale e di bilancio, lasciata nelle mani degli Stati membri. Ciò ha determinato il fatto che la politica economica nella sua interezza, vale a dire la *sovranità economica*, non appartenga più né all'Unione né agli Stati membri. A sua volta questo significa che la Politica, che è essenzialmente strategia di gestione dell'economia, sia all'interno come all'esterno dei singoli Stati, risulta svuotata del suo contenuto essenziale.

Questo secondo significato confluisce a questo punto in un *terzo significato* che questa espressione – la *fine della politica* – ha negli scritti di Guarino. I vincoli di bilancio previsti dall'eurosistema, sia quelli delineati dall'articolo 104 del Trattato di Maastricht, divenuto articolo 126 del TFUE, sia (e più ancora) quelli derivanti dal Patto di Stabilità e Crescita, applicati e fatti osservare anche agli Stati che hanno, come ha l'Italia, un forte o fortissimo disavanzo pubblico, non consentono alcuna apprezzabile manovra fiscale e di bilancio, ma solo una *politica restrittiva di riduzione del deficit*. Pertanto, negli Stati maggiormente indebitati, osserva Guarino, la politica economica – il fulcro della Politica – è destinata a vivere una vita asfittica.

A questo punto, il discorso di Guarino prosegue su tre direttrici. Una, per denunciare il fatto che a fare da guida dell'eurosistema, malgrado le gravi limitazioni di sovranità consentite dagli Stati che vi appartengono, è chiamato un organo, la Commissione europea, che appare ai suoi occhi l'emblema di quel *deficit di democraticità* che assilla, per Guarino come per tanti, le istituzioni europee. La seconda, per argomentare che il regime di un mercato non solo aperto e in libera concorrenza, ma sorvegliato con regole rigidissime di obbligatoria osservanza, contraddice a quel *Welfare State* che nella Carta del '48 ha il suo fondamento. La terza, per sostenere che la disciplina dell'eurosistema, sottraendo agli Stati la leva monetaria, il finanziamento in deficit come normale risorsa di politica pubblica, nonché gli aiuti alle imprese, impedisce ai Paesi più indebitati, e tra essi all'Italia, di provvedere ai bisogni e al benessere della collettività per come sarebbe necessario.

Vediamo adesso questi punti uno per uno e nell'ordine dato.

Tematica n. 2. *Il 'deficit democratico' dell'Unione*

Questo del 'deficit democratico' dell'Unione è il tema sul quale le riflessioni di Guarino non riescono a convincermi; mentre sono anche quelle, insieme alle altre relative alla *totale illegalità dell'euro-sistema*, che più hanno contribuito – contro ogni intenzione di Guarino – a gettare benzina sul fuoco appiccato da chi non vuole l'unità politica dell'Europa, o da chi (in minor numero) non vuole l'Unione europea come specifica tecnica per arrivare al traguardo dell'unità politica dell'Europa.

Guarino lascia supporre che il passaggio di poteri dagli Stati alla Comunità/Unione europea costituisca tendenzialmente un '*indebolimento*' del principio democratico. La formazione degli atti nei meccanismi decisionali dell'Unione, essendo riservata al binomio Commissione/organo essenzialmente tecnico, e Consiglio dei ministri composto esclusivamente da rappresentanti degli Stati membri, con il Parlamento europeo che vi gioca un ruolo certamente non paragonabile al ruolo dei Parlamenti nazionali, può sollevare in effetti forti riserve sotto il profilo della 'purezza' democratica.

Qui bisogna però intendersi. Ha certamente ragione Guarino quando sostiene che è essenziale allargare le basi democratiche dell'Unione a mano a mano con l'avanzare del processo integrativo verso una dimensione 'politica' e che, anche quando l'integrazione avrà compiuto passi in avanti significativi, dovrà comunque permanere negli Stati membri una democrazia viva e vitale.

Ciò non di meno, ripeto, le riflessioni che Guarino dedica – per esempio in *Ratificare Lisbona?* – al tema del *deficit democratico* dell'Unione europea, sono – fra tutte – quelle che sollevano, a me sembra, le maggiori perplessità. Intendiamoci: il deficit democratico dell'Unione esiste; solo che esso non va ricercato nel *luogo sbagliato*. Il luogo sbagliato è il quadro delle istituzioni europee, è il Parlamento europeo e il rapporto che lega la Commissione al Parlamento europeo. Qui è innegabile che la legittimità democratica dell'Unione ha fatto, dal Trattato di Roma del 1957 al Trattato di Lisbona del 2009, notevoli passi in avanti; e ciò è vero tanto dal lato del Pe, il quale, «eletto a suffragio universale diretto, libero e segreto» dai «cittadini dell'Unione» (art. 14, 2-3 TUE), ben corrisponde ormai ad un fondamentale principio della democrazia, secondo cui i popoli partecipano all'esercizio del potere tramite un'assemblea rappresentativa;

ed è vero altrettanto sul versante della Commissione, la cui soggezione a poteri di nomina e controllo del Parlamento europeo è venuta accentuandosi nel passaggio da un Trattato all'altro. Per questa e per altre ragioni è innegabile che la struttura organizzativa dell'Unione possedga i *requisiti democratici fondamentali*.

Si deve tuttavia riconoscere, come fa il Tribunale costituzionale tedesco nel *Lisbeon Urteil* del 30 giugno 2009, che sarebbe un errore di prospettiva pretendere che il quadro istituzionale dell'Unione ripeta 'alla lettera' i principi di organizzazione che reggono la democrazia interna degli Stati membri, e ciò per la buona ragione che il grado di democrazia che vi può penetrare incontra un limite insuperabile nel fatto che l'Unione è fondata sul principio dell'uguaglianza degli Stati e che è negoziata in trattati internazionali. Non è quindi possibile, dal lato delle istituzioni europee, pretendere troppo di più del livello di 'democrazia' che esse ormai hanno raggiunto, almeno fino a quando non vi sarà il (futuribile) passaggio dall'Unione ad uno Stato federale europeo.

Qui però è possibile fare un passo in avanti. Se noi immaginiamo l'Unione europea non già un soggetto a sé stante, e cioè l'Unione da una parte e gli Stati membri dall'altra, ma come un blocco unitario costituito dall'insieme delle istituzioni sopra-statali e da quelle degli Stati membri, è allora possibile individuare meglio *il luogo dove si annida davvero il deficit democratico dell'Unione*. L'intima connessione che deve legare, in termini di controllo e di partecipazione, le istituzioni nazionali agli atti degli organi e delle istituzioni europee, in realtà non dappertutto funziona in modo ottimale. In taluni Stati esistono gravi lacune appunto e proprio su questo terreno, perfino là dove controllo e partecipazione sono richiesti da precise norme dei Trattati. Per esempio, in tutti i casi di *competenza condivisa* i Parlamenti nazionali sono chiamati, nell'ambito del cosiddetto *sistema di allarme preventivo*, ad accertare – a norma del Protocollo n. 2 sulla sussidiarietà – il rispetto da parte dell'Unione del principio di sussidiarietà; e, quando nell'esercizio di una tale facoltà ritengano un atto legislativo europeo non conforme a tale principio, possono proporre ricorso per annullamento ai sensi dell'articolo 263 TFUE per il tramite dei rispettivi Stati membri. D'altra parte, è anche vero che l'*ordinamento della giustizia costituzionale* non contempla, se non in pochi Stati membri, il controllo della Corte, o in via di

scrutinio preventivo o di ricorso diretto, circa la conformità dei Trattati alla Costituzione nazionale, quanto meno negli spazi che gli stessi Trattati considerano 'riserve di sovranità' degli Stati.

Aveva dunque torto Guarino nel pretendere nell'Unione europea un livello di democrazia paragonabile a quello che caratterizza uno Stato ad ordinamento democratico? Sì, in questo senso Guarino aveva torto, secondo me. Aveva però ragione ad insistere sul deficit democratico dell'UE, se per UE s'intenda ciò che ho detto; e aveva ragione Guarino soprattutto nell'intenzione, che lo animava, di avvertire i decisori pubblici del nostro Paese di non trangugiare senza battere ciglio tutto ciò che reca l'etichetta 'UE', e anzi di mettere in campo tutte le procedure e tutte le tecniche capaci di rafforzare la democrazia interna nelle relazioni con l'Ue.

Piccola chiosa mia. Sono persuaso che il principio democratico a livello europeo non sarà mai prossimo e tanto meno assimilabile allo stesso principio quale funziona in sede nazionale, senza la presenza di un'opinione pubblica consapevole degli affari europei. I cittadini dovrebbero essere coinvolti e potersi informare in merito alle decisioni più rilevanti dell'Unione nella stessa misura in cui lo sono adesso in merito alle decisioni di governo dei rispettivi Paesi. Per rendere possibile il pubblico dibattito, bisognerebbe creare al livello europeo un equivalente del contraddittorio politico nazionale in cui si confrontano i partiti e i vari *opinion makers*. Sarebbe in altre parole necessario creare un *continuum di potere* tra livello locale, nazionale ed europeo anche sul terreno dell'opinione pubblica; sarebbe cioè necessario *creare vera integrazione sia di potere che di parola*, preludio di uno Stato federale.

Ma tutto ciò non può prescindere, per potersi realizzare, di una forte spinta 'europeista' delle classi dirigenti. Di una tale spinta tuttavia non vi sono tracce apprezzabili. Le dirigenze politiche degli Stati membri avrebbero dovuto, lentamente ma inesorabilmente, riposizionare il loro sistema di lealtà primarie trasferendolo dal piano statale al piano sovranazionale. Ciò non è avvenuto. Anzi, i governi nazionali, dove più dove meno, hanno usato troppo spesso l'Unione come il cassonetto dei rifiuti in cui gettare le politiche nazionali più impopolari. L'Unione europea è stata costantemente additata come la causa di ogni sacrificio, di ogni peso, di ogni limite al benessere e alla sicurezza. L'opinione pubblica ormai pensa: se l'Unione è la causa di ogni male, aboliamo l'Unione!

Tematica n. 3. *La questione della compatibilità/incompatibilità delle 'due' Costituzioni economiche*

L'argomento richiede precisione. Nel pensiero di Guarino, diversamente da come può sembrare ad una lettura affrettata dei suoi scritti, il contrasto non si pone affatto tra il regime ad economia 'mista', asseritamente presente in controluce nel testo della Costituzione italiana, e l'affermarsi nei Trattati, a partire dal Trattato di Maastricht, di un (presunto) orientamento unilaterale verso il mercato. Da una parte, infatti, Guarino distingue nettamente tra Stato sociale ed economia 'mista'. Lo Stato sociale è voluto dalla Costituzione; il regime di economia 'mista', invece, è stata la modalità tutta italiana di realizzare lo Stato sociale negli anni della cosiddetta 'Prima Repubblica', una modalità nata in via di prassi e che la Costituzione non prevede. Indagare se lo Stato sociale è compatibile o no con la costituzione economica dei Trattati europei, per Guarino si può e si deve: rispetto invece all'economia 'mista', il problema non sussiste. Guarino d'altra parte riconosce senza difficoltà che il regime di politica economica quale è delineato, sia da norme di principio dei Trattati europei, sia da precise disposizioni che vi compaiono, non corrisponde affatto ad una politica di puro mercato che trascura la dimensione della socialità e obbliga gli Stati a limitare in modo inaccettabile la loro azione nel campo dell'equità sociale. Scrive infatti Guarino: « Nel Trattato di Maastricht la salute, l'istruzione, il settore sociale, l'ambiente costituiscono obiettivi importanti»; e subito prosegue: « Il Trattato aggiunge un concetto nuovo, quello della coesione, tendente a ridurre i livelli di sviluppo delle varie regioni portando quelle meno favorite al medesimo livello di quelle più progredite» (*Verso l'Europa*, 67).

La verità è che il ragionamento che conduce Guarino a sostenere che vi sarebbe contrasto tra i Trattati europei e la Costituzione degli Stati membri in materia di Stato sociale è assai più sottile: «Negli Stati membri – scrive Guarino – si è perseguito *lo Stato sociale come obiettivo primario*. L'eguaglianza sostanziale tra i cittadini, il diritto al lavoro, un livello di vita adeguato ai bisogni personali e familiari, l'istruzione, la salute, la previdenza e l'assistenza sono compiti che la Costituzione italiana assegna allo Stato non assoggettandoli ad alcuna limitazione o condizione e avendo cura, anzi, di indicare soglie minime o modalità da rispettare». È qui, per Guarino, che si

pone l'incompatibilità: «Il Trattato – egli scrive – capovolge il rapporto introducendo un limite rigoroso e sostanziale. Gli obiettivi sociali possono essere perseguiti solo nell'ambito di una crescita sostenibile e non inflazionistica» (*Verso l'Europa*, 61-71). Sostenere le politiche 'sociali' è consentito, per Guarino, in altre parole, «fatto salvo» l'obbligo di avere finanze pubbliche sane.

Questo ragionamento – lo Stato sociale come valore primario per gli Stati membri, valore secondario per l'Unione – non sembra per la verità convincere del tutto lo stesso Guarino, il quale infatti scrive quasi a mo' di inciso: «In Italia l'obiettivo del pareggio di bilancio si era perseguito introducendo nella Costituzione l'articolo 81 secondo il quale ogni legge che importi nuove o maggiori spese deve indicare i mezzi per farvi fronte»; salvo il fatto, ammette Guarino, che «Nella pratica quella norma ha dimostrato nei confronti del governo centrale di costituire nulla più di una barriera fragilissima» (*Verso l'Europa*, 71). Questo però equivale ad ammettere, se non vado errato, che anche nel dettato della Costituzione italiana lo Stato sociale deve considerarsi un obiettivo talmente primario da imporre al governo l'obbligo di tenere i conti pubblici in ordine, al fine di potervi provvedere.

Resta il fatto che qui Guarino solleva due questioni importanti. La prima riguarda il ruolo attivo che il *Welfare State* gioca ai fini di un buon funzionamento della democrazia. Lasciata a sé stessa, l'economia di mercato produce una montagna di ineguaglianze. Qualcosa va fatto (e deve farlo lo Stato) per tutelare la salute, le pensioni e l'occupazione. Diversamente, il disordine sociale e l'instabilità politica – alla lunga – metteranno a rischio la democrazia stessa. La seconda questione è che Guarino avrebbe voluto, e suggeriva con forza, il ricorso all'articolo 138 della Costituzione, non parendogli sufficiente 'accomodare' nel diritto interno la Costituzione economica prefigurata dai Trattati europei semplicemente attraverso la legge di esecuzione.

Perché la legge ordinaria no, e la revisione costituzionale sì? La ragione è che Guarino voleva che il tema relativo al governo dell'economia, a chi la governa e a come la governa, uscisse dal Palazzo della Politica e formasse oggetto di quel vasto dibattito pubblico tra le forze politiche e nel Paese che solo il procedimento di revisione può garantire, e che fossero evidenziati e pubblicamente discussi, in

termini di creazione della ricchezza e di giustizia sociale, vantaggi e svantaggi dei due sistemi a confronto: l'economia del 'più Stato' e l'economia del 'più mercato'. Guarino voleva cioè che vi fosse nell'opinione pubblica piena consapevolezza su questa che è una questione che va comunque ad impattare sulla vita di ciascuno di noi.

Tematica n. 4. *L'eurosistema*

Leggendo scritti e interviste di Giuseppe Guarino in tema di eurosistema, sembra necessario tracciare una periodizzazione che ruota intorno al 2011. Il pensiero di Guarino circa l'eurosistema subisce infatti un cambiamento radicale e piuttosto appariscente appunto a cavallo del 2011. Prima di quella data, gli interventi di Guarino appaiono, rispetto all'eurosistema, di critica pur severa, ma comunque serena e costruttiva. Dopo quella data, l'atteggiamento di Guarino si inasprisce gradatamente fino ad assumere toni di accesa radicalità.

a) *Prima del 2011*

Si deve dire che in tutti gli scritti precedenti al 2011 Guarino giustifica il rallentamento in termini di crescita economica degli Stati membri dell'Unione europea dopo la firma del Trattato di Maastricht sostenendo, giustamente, che l'obiettivo assegnato dal Trattato all'Unione è non la *crescita massima possibile*, come negli Stati Uniti, ma è la *crescita sostenibile*, vale a dire una crescita economica che deve sapersi coniugare con la stabilità dei prezzi, la qualità della vita e la protezione dell'ambiente. I due regimi sono pertanto incomparabili, e questo Guarino lo scrive molto chiaramente in più luoghi, e segnatamente in quel bellissimo libro che ha per titolo *Il governo del mondo globale*, del 2000. Riporto qui di seguito le precise parole usate al riguardo da Guarino: «L'Unione europea non può gareggiare con gli Stati Uniti perché i due sistemi hanno missioni diverse. Gli Stati Uniti, potenza egemone nel mondo, hanno responsabilità primarie nella funzione produttivo-innovativa, ne costituiscono in senso non metaforico il motore di avviamento ed il sistema portante. L'Unione europea, collaborando attivamente al processo produttivo-innovativo, vi include l'obiettivo della qualità della vita. Gli Stati Uniti realizzano il modello dello sviluppo massimo, l'Unione europea il modello dello sviluppo sostenibile». Altra citazione, tratta que-

sta volta da *I soldi della guerra*, 2003: «Le regole che i Paesi dell'Unione monetaria si sono dati per disciplinare la loro economia non si propongono l'obiettivo della massima crescita, bensì quello della crescita sostenibile. Non è allo stato ipotizzabile che i Paesi dell'Unione monetaria possano svolgere un ruolo concorrenziale e neppure suppletivo rispetto agli USA quale motore per la crescita in generale e per un'espansione rapida, vasta e sostenuta della *Information Technology* ». Del resto, lo stesso Guarino, alla precisa domanda che gli rivolgeva il giornalista del *Sole24Ore* nel 2005: «Questo significa che l'ingresso nell'Unione europea è costato caro all'Italia?», rispondeva: «Occorre stare attenti a non creare equivoci. Se si fa un bilancio comparativo dei vantaggi e degli svantaggi provocati dall'euro la somma algebrica è sicuramente positiva».

Certo, nel periodo che va da *Verso l'Europa*, che è del 1997, e prosegue fino al 2011, le critiche di Guarino crescono via via d'intensità, mentre si manifesta e si precisa meglio tutta la straordinaria capacità predittiva di Guarino, e cioè la sua capacità – più unica che rara – di 'leggere' le norme nei loro effetti futuri. Un esempio. Guarino evidenzia nel saggio *Eurosistema* (2006) il fatto che la rigidità del regime regolatorio costruito intorno all'euro non consente all'Unione di fronteggiare al meglio gli *shock* finanziari o legati a maggiori spese per la difesa militare che possano presentarsi. La crisi finanziaria del 2008, poi l'insorgere nel 2020 della pandemia da Covid-19, e adesso l'invasione armata dell'Ucraina da parte della Russia di Putin hanno dimostrato che quella denuncia era lungimirante.

La verità è che i Trattati dell'Unione europea devono scontare l'assenza al loro interno di una 'clausola di emergenza' che consenta di fronteggiare le situazioni strutturali dell'economia dell'intera Unione. Manca, in altre parole, una 'riserva per il rischio'. Vi è, questo sì, una 'clausola di calamità' là dove l'articolo 122.2 del Trattato di Lisbona (2009) stabilisce che l'Unione «può concedere, a determinate condizioni», una «assistenza finanziaria» a quello Stato membro che si trovi in «difficoltà», qualora tale «difficoltà» derivi da «calamità naturale» o da «circostanze eccezionali» che sfuggono al controllo di un tale Stato. Ma, come si può osservare, l'assistenza finanziaria di cui qui si discorre è riferita esclusivamente a difficoltà di singoli Stati; mentre essa non riguarda affatto una situazione di *shock* economico che vada a colpire, anche se forse a differenti livelli di gravità, tutti indistintamente gli Stati membri dell'Unione.

L'eccezionale abilità di Guarino si è manifestata appunto nel capire che proprio qui, in quell'assenza, andava ricercata una pericolosa labilità dei Trattati, i quali risentono del fatto di essere stati costruiti a tavolino seguendo uno schema astratto che non tiene conto dell'esperienza cioè delle svariate possibilità dell'accadere nella vita degli Stati, e ciò tanto più a fronte dell'estrema difficoltà di una revisione. Questo esempio, piccolo ma clamoroso, dimostra bene che Giuseppe Guarino, al pari di ogni autentico fuoriclasse nel proprio campo di attività, possedeva un talento tutto suo, unico e peculiare: *presagire il futuro attraverso la lente del diritto*.

b) *Dopo il 2011*

L'atteggiamento di Guarino cambia drammaticamente dopo il 2011. Dopo il 2011, cioè, entra nel dibattito pubblico sull'Europa un Guarino che diventa a mano a mano sempre più aspramente critico. Per la verità, le critiche di Guarino alla complessiva architettura dell'eurozona avevano iniziato a farsi aspre già nel 2009, quando nella prima stesura della *Relazione* al Seminario di Astrid sul *Lissebon Urteil* del Tribunale costituzionale federale tedesco del 30 giugno di quello stesso anno discorreva di un'Europa comunitaria come «un gigantesco inganno della storia». Ma è dal 2011, lo ripeto, che la critica di Guarino si fa gradatamente più pesante.

Le ragioni sono di varia natura e tutte ben chiare alla mente di Guarino. La crisi dei *subprime*, proveniente dagli Stati Uniti, aggrava l'Europa nel 2008, peggiorando vistosamente il quadro macroeconomico dei Paesi appartenenti all'eurozona, e segnatamente dei Paesi del Sud Europa più che degli altri. La seconda ragione è che tra il 2011 e il 2012 viene a consolidarsi il Patto di Stabilità e Crescita, tuttora formalmente in vigore, che prevede misure più severe e procedure più rapide rispetto a quelle dettate dal Trattato di Lisbona in materia di politica di bilancio: al quale Patto di Stabilità dà corpo il regolamento 1175/2011, andato a sostituire il reg. 1466/97. Quale elemento integrativo, al Patto di Stabilità verrà ad aggiungersi il Fiscal Compact nel 2012. Da quel momento in poi, e al netto delle regole dettate per la Bce, l'eurosistema altro non sarà – a livello di quadro normativo e coercitivo – che il Patto di Stabilità in azione. La terza ragione è che proprio il Patto di Stabilità fu (sciagu-

ratamente) considerato come la *terapia più adatta a fronteggiare la crisi del 2008*, protrattasi in Europa fino al 2017.

Di fronte a questa situazione, Guarino prende a criticare l'euro-sistema in modo virulento. Guarino era un giurista che sapeva di economia. Pertanto, le critiche di Guarino riguardano sia i *contenuti* del Patto di Stabilità, sia la *validità* di esso. Nel merito, Guarino accusa l'eurosistema di strozzare la capacità degli Stati membri, e segnatamente di quelli maggiormente indebitati, di intervenire in campo economico e sociale. D'altra parte, Guarino traspone *le critiche nel merito sul piano della legittimità*, accusando l'eurosistema di essere *totalmente illegale*.

Qui devo fare alcune osservazioni. La questione dei vincoli di bilancio imposti dall'insieme della normativa sovranazionale agli Stati aderenti all'euro, e dei loro effetti finanziari, presenta (a mio modo di vedere) due lati. Su un lato – il lato 'esterno' – il ragionamento di Guarino appare convincente; sull'altro lato – il lato 'interno', avendo cioè riguardo alla zavorra che l'economia italiana accetta, si direbbe quasi di buon grado, di trascinarsi dietro – non persuade del tutto.

Sul lato che ho chiamato interno, una cosa infatti è certa: *che il debito pubblico in Italia debba essere eccessivo non è un fatto ineluttabile come lo è il peccato originale, non è un qualcosa che è scritto nel libro del destino*. Penso – per essere più chiaro – all'evasione fiscale, ai tempi biblici della giustizia, all'inefficienza dell'apparato pubblico; e ad altro ancora. Per esempio, l'Autorità Antitrust osservava in un suo Rapporto risalente a qualche anno fa che *l'eccesso di regolazione* frena il Paese e comporta un costo complessivo, calcolato allora, di 225 miliardi di euro all'anno. In particolare, l'Autorità riferisce che la Commissione europea, l'Ocse e il Fondo Monetario Internazionale hanno calcolato che ogni anno per l'Italia i costi imposti alle imprese, segnatamente alle piccole e medie imprese, dall'eccessiva regolazione nazionale e locale, pesa per oltre 61 miliardi di euro; e che una riduzione del 25% comporterebbe una crescita del PIL dell'1.7%. Si deve aggiungere, per inciso, che le procedure derogatorie dettate dall'emergenza Covid-19 non hanno portato a miglioramenti percepibili in termini di sveltimento dei tempi procedurali. C'è poi lo *sperpero di denaro pubblico*, operato in forma legale o illegale, da parte della Pubblica amministrazione, che si calcola am-

monti in Italia a circa 200 miliardi di euro all'anno, quasi il doppio (115 miliardi) di quanto costa al Paese l'evasione fiscale. Ancora. La *bradycardia degli apparati giudiziari* fa sì che in Italia il recupero dei crediti sia notevolmente più complicato e lento che non in altri Paesi; ebbene, questo è comunemente indicato come un ostacolo che frena gli investimenti stranieri in Italia. Si calcola che la lentezza della giustizia costa intorno al 2.5% del Pil.

Tutto questo, e molto altro ancora, si riflette all'incirca per 800/1000 miliardi all'anno di minore crescita economica, di minore gettito fiscale e alla fine di minore disponibilità finanziaria da parte dello Stato. Il recupero del solo 25% di questa cifra consentirebbe una gestione non minimale della politica economica attraverso una drastica riduzione del debito pubblico e consentirebbe al Governo del nostro Paese il finanziamento del *Welfare* in una misura accettabile.

Non che – questo dev'essere ben chiaro – Guarino ignorasse o comunque sottovalutasse la possibilità di incidere su elementi che appesantiscono dall'interno il debito pubblico nel nostro Paese. In una tabella da lui elaborata nel 2005 per il *Sole24Ore*, egli metteva in evidenza che «Nel periodo 1995-2004 gli avanzi primari uniti ai proventi delle privatizzazioni e alla discesa dei tassi di interesse, in seguito all'entrata dell'Italia nella Unione europea, hanno permesso una riduzione del rapporto debito/Pil di quasi 20 punti percentuali». Per ridurre ulteriormente il debito pubblico in presenza della rigidità dell'eurosistema, Guarino proponeva nell'ottobre del 2005 in un breve saggio intitolato *Il debito pubblico è un problema risolubile?* «il trasferimento di beni patrimoniali della Stato ai cittadini attraverso meccanismi idonei», e ciò al fine di procurare all'Erario «400 miliardi di euro», vale a dire operando, precisa Guarino, «un taglio secco, per evitare quel lento dissanguamento di risorse che ha messo l'economia dell'Italia in ginocchio» (Intervista a *Il Sole24Ore* del maggio 2005).

È vero però, e Guarino lo sapeva bene, che una drastica riduzione degli sperperi e delle spese pubbliche improduttive, presupponendo una strategia di lunga gittata che nessuno sembra avere l'intenzione di realizzare, e la forza per realizzarla, appare un'impresa decisamente irrealistica. Se così è, tanto più allora Guarino ha ragione dal lato 'esterno', dal punto di vista cioè dei vincoli derivanti

all'Italia dall'eurosistema. Non sul terreno del diritto, aveva ragione; non cioè nel descrivere, come in Nomos 2/2012, *l'eurosistema come un'entità totalmente illegale* a causa di una asserita illegittimità per contrasto con i Trattati dei regolamenti 1466/97 e 1175/2011. Qui, anzi, Guarino – a mio parere – aveva torto. Aveva invece ragione sul piano del merito. Il merito della questione, per Guarino, era che, essendo uno strumento certamente non studiato per consentire agli Stati di coniugare la necessità di tenere i conti pubblici in ordine con – dall'altro lato – una politica fiscale espansiva, il Patto di Stabilità avrebbe inevitabilmente prodotto nei Paesi più indebitati – come di fatto è poi avvenuto – decrescita economica invece che crescita, malessere sociale invece che benessere collettivo, insieme ad una caduta dell'Unione in termini di popolarità.

A puntuale conferma di ciò che Guarino è andato scrivendo negli ultimi anni, il Comitato economico e sociale europeo, a consuntivo della crisi che si andava finalmente spegnendo, scriveva nel 2018: «Nell'area dell'euro le regole del patto di stabilità e crescita, della procedura per i disavanzi eccessivi e del patto di bilancio e le conseguenti politiche di austerità sono molto penalizzanti per i Paesi che ancora subiscono gli effetti della crisi, impedendo politiche di aumento degli investimenti pubblici e di sostegno alla creazione di posti di lavoro» (Parere del 15/2/2018).

L'evidenza dei fatti si è dimostrata comunque irresistibile. Di fronte alle conseguenze economiche dell'emergenza sanitaria determinata dalla pandemia da Covid-19, il Patto di Stabilità è stato sospeso, apparendo esso palesemente inadeguato rispetto alla situazione di crisi che si è andata profilando. A stretto giro di posta, l'invasione dell'Ucraina da parte della Russia ha cambiato di nuovo lo scenario dell'economia europea, mostrando – come ha dichiarato Mario Draghi a conclusione del Vertice europeo straordinario di Versailles del 11 marzo 2022 – «la necessità di rivedere tutto l'apparato regolatorio (dell'eurozona: n.d.r.), e questo argomento lo ritroviamo nella disciplina degli aiuti di Stato e del Patto di Stabilità»; «C'è la convinzione – proseguiva Draghi – che la Commissione debba rivisitare temporaneamente le regole che ci hanno accompagnato in questi anni». Questo significa, in parole povere, che l'eurosistema così com'è non va bene e merita pertanto di essere profondamente revisionato. È logico adesso pensare che il Parlamento eu-

ropeo chiederà di dar vita a una Convenzione per cambiare – anche su questo punto – i Trattati.

Dal lato 'esterno', dal punto di vista cioè dei vincoli derivanti all'Italia dall'eurosistema, Guarino aveva dunque perfettamente ragione: il quale Guarino, ben sapendo appunto di avere ragione, e ben consapevole tuttavia del fatto di essere null'altro che una *vox clamans in deserto*, visto che l'europeismo 'di maniera' preferiva – di regola – accoglierne le tesi con indifferenza; – il quale Guarino, dicevo, diventò nel trascorrere degli anni sempre meno paziente nel suo modo di argomentare e perfino disponibile, lui europeista a tutto tondo, a farsi 'ospitare' da fautori di nessuna Europa o di un'altra Europa, pur di continuare fino all'ultimo a lanciare il suo grido d'allarme per le sorti dell'unità politica dell'Europa, pur di affermare alto e forte il suo amore per un'Italia democratica dentro un'Europa democratica.

Mi auguro che il suo europeismo, mal compreso in vita, gli sia riconosciuto *post mortem*. E appunto *post mortem* Fulco Lanchester, con rara intuizione, pubblicò nel n. 1/2020 di Nomos un'intervista del 2012 che, trasudando europeismo, si concludeva con l'invocazione di Guarino in favore di una Costituente europea capace di dar vita ad un'Europa sovrana e federale. La nostalgia verso un qualcosa che gli sembrava allontanarsi giorno dopo giorno e cioè che «l'eccezionale e glorioso processo dell'integrazione europea» potesse un giorno concludersi con la «costituzione di una entità unitaria con effettivo potere di governo», questa nostalgia – dicevo – lo accompagnerà struggente per tutti gli ultimi anni della sua lunga e operosa vita.

Certo è che nell'ipertesto che un giorno raccoglierà la storia dell'unificazione europea, o del suo fallimento, non poche saranno le pagine scritte da Giuseppe Guarino.

Giuseppe Guarino è stato una delle grandi figure della cultura giuridica del Novecento. E la sua qualità, a mio avviso, è stata rafforzata, non inquinata, dalla poliedricità delle sue esperienze, dal suo immergersi nella pratica forense e nella consulenza invece di chiudersi nell'analisi e nella produzione di dottrine astratte e deduttive.

Sono in tanti a pensare che siano state queste diverse esperienze a orientare, e in qualche modo a degradare, il suo interesse, da un lato verso la prassi e verso i fatti, dall'altro verso le analisi e le spiegazioni non giuridiche di vicende in primo luogo giuridiche. Intanto, per chi davvero lo conoscesse era vero esattamente l'inverso. E lo era, perché già da giovane studioso – il che nel suo caso voleva dire poco più di un ragazzo – Guarino era così. Pochi sanno che quel quasi ragazzo non ci mise molto a capire che le biblioteche italiane dei primi anni del dopoguerra offrivano solo la letteratura giuridica italiana dei decenni precedenti, una letteratura che, quando non era fascista, era tutta all'insegna del formalismo. E avendolo capito destinò la sua prima borsa di studio a soggiorni fuori d'Italia per leggere ciò che in patria non aveva trovato. Andava alla ricerca di quel diritto nutrito anche di altre discipline, che soprattutto in Francia non aveva mai cessato di esistere. Ed ecco "Lo scioglimento delle assemblee parlamentari", che si ferma assai meno sulle categorie domestiche, assai più sulla prassi e quindi sulla vita degli ordinamenti costituzionali.

Inoltre, così lavorando, Guarino anticipava, a quel tempo in sostanziale solitudine, quello che la mia generazione avrebbe cercato di fare a partire dal 1970, con "Politica del Diritto" e la critica al formalismo deduttivo che ancora riscontravamo, nel diritto privato come nel diritto pubblico. Non a caso ciò che noi proponemmo e provammo a praticare era ciò che Guarino già aveva iniziato a fare, vale a dire recuperare la correlazione fra il diritto e le altre discipline dalle quali sono osservati e analizzati gli stessi fenomeni. Oggi lo si chiama "law in context" ed è diventato il metodo di studio più raccomandato, e più praticato, del diritto. Leggete, appunto, Guarino ed è esattamente questo ciò che sempre più trovate nei suoi scritti. Si

diradano i riferimenti ai classici del diritto e compaiono quelli ad autori di altre discipline, a documenti e a rapporti prodotti dai più diversi istituti di ricerca.

Insomma, il primo insegnamento che lui e la sua vita ci hanno lasciato riguarda il metodo di studio, nonché il rapporto stesso fra le diverse esperienze che un giurista può fare e che è in lui di naturale coabitazione. Non è affatto obbligatorio, al contrario, che l'avvocato e il professionista stiano ai piani bassi, lo studioso degli ordinamenti positivi ai piani alti e il teorico del diritto all'attico e con la porta chiusa, perché non entrino i miasmi dei piani inferiori.

C'è poi quello che ci ha insegnato negli ambiti nei quali il suo apporto è stato particolarmente innovativo. E qui penso soprattutto alle sue analisi comparative sul ricorso al modulo pubblicistico ovvero a quello privatistico per l'espletamento delle missioni economico-sociali affidate allo Stato contemporaneo. Un tema di grande rilievo in un ambito, quello dell'organizzazione amministrativa, nel quale i giuristi della sua generazione cominciavano appena ad entrare, sulla scia di Vittorio Bachelet, il primo forse fra i nostri amministratoristi che mise in gioco il suo stesso prestigio di studioso dedicandosi non ai temi classici del provvedimento, dei suoi effetti e dei suoi vizi, ma affrontando le questioni (da molti ritenute al suo tempo non giuridiche) degli apparati, del loro coordinamento, degli organi e degli atti a cui questo dovesse essere affidato. Non è difficile capire che cosa possa aver spinto Guarino su quel terreno. Intanto la sua matrice di costituzionalista, dal momento che nel diritto costituzionale l'esame dell'organizzazione e l'esame delle attività hanno sempre avuto lo stesso rilievo e la stessa dignità (non a caso per molti anni esso venne considerato per metà studio della politica e solo per metà studio del diritto). E poi, a spiegare specificamente ciò che in concreto è venuto scrivendo, c'è quanto prima dicevamo sulla sua naturale visione della "law in context". In una tale visione diveniva più che plausibile considerare in principio fungibili il diritto pubblico e il diritto privato, la discrezionalità amministrativa e l'autonomia privata, verificare in quali ambiti tale fungibilità fosse ammissibile, fare infine un'analisi costi benefici dell'una e dell'altra per arrivare a condividere o a criticare ed eventualmente modificare le scelte fatte in concreto. Certo, quando Guarino ne scriveva c'era già più di un mondo a dargliene ragione, dalle *public utilities* alle partecipa-

zioni statali. Ma nessuno lo aveva affrontato con il suo stesso atteggiamento, che definirei laico, scevro da ogni pregiudizio e orientato invece dal parametro dell'efficienza; un parametro che solo anni dopo i giuristi avrebbero imparato ad usare grazie all'analisi economica del diritto.

E passo all'Europa, un tema sul quale mi sono trovato anche in disaccordo con lui, capendo bene, però, da un lato le sue ragioni, dall'altro i fraintendimenti di cui è stato oggetto. Aveva espresso dubbi, anzi secondo lui certezze, sulla legittimità della normativa comunitaria sul patto di stabilità. E i suoi argomenti al riguardo non mi hanno mai convinto. Ma è stato fargli un torto, un torto grave, collocarlo per questo fra gli anti europeisti – lui, che arrivò a propugnare una assemblea costituente europea. In più, legittima o illegittima che fosse, la disciplina sul patto di stabilità aveva, nel merito, i difetti che lui rilevava. Del resto, le misure adottate in base ad essa nei confronti della Grecia furono poi criticate anche da taluni dei loro autori, che ammisero di averne sottovalutato gli effetti recessivi. Mentre la necessità di maggiore flessibilità nel tenere sotto controllo i disavanzi nazionali è oggi riconosciuta da tutti (o quasi).

Quanto a quello che in tema europeo diceva oggi nel nostro incontro Mario Patrono, fatemi esprimere la mia netta preferenza per il rapporto con la Corte di Giustizia Europea che abbiamo instaurato noi, la Corte costituzionale italiana, rispetto al modulo polacco e ungherese e a quello dello stesso *Bundesverfassungsgericht*. A partire dal caso Taricco, noi, che pure avevamo pronti i contro-limiti a tutela dei principi nazionali ritenuti inderogabili, abbiamo preferito rivolgerci alla Corte europea suggerendo noi stessi l'interpretazione del diritto europeo che ne facilitasse la convergenza con quei principi; anzi di più, che mettesse in evidenza come quegli stessi principi appartenessero anche all'ordinamento europeo, del quale proprio la Corte del Lussemburgo aveva fatto valere per prima la derivazione dalle tradizioni costituzionali comuni. Ciò non sempre accade, a volte il contrasto c'è, ma altro è spararlo subito e chiudersi nell'autodifesa, altro è cercare, in primo luogo, armonizzazione e convergenza. Noi siamo stati e siamo per questa seconda strada.

Il terzo ed ultimo punto sul quale vorrei mantenere viva l'attenzione è quello emerso soprattutto dalla relazione di Vincenzo Cerulli Irelli, la coesistenzialità della forza imperativa e della forza sociale. Si

tratta di un punto fondamentale ai fini di una corretta e diffusa applicazione delle regole che governano la nostra vita individuale e collettiva. Che ciascuno di noi debba essere convinto della necessità di osservarle, queste regole, non risponde soltanto a una celebre argomentazione kantiana; risponde a una ragione di fondo della democrazia. In democrazia, infatti, a differenza che nei regimi autoritari, il cittadino non può non avere il diritto di interloquire, di far sentire la sua voce, di esprimere i suoi dubbi, di avere una risposta. Al di là della eterna discussione, che sempre si ripropone in tema di vaccini, sulla preferibilità dell'obbligo o dell'incentivo, è pacifico che anche i fautori dell'obbligo devono farsi carico delle perplessità che si incontrano e della necessità di fare il possibile per rimuoverle e sostituirle con motivate convinzioni.

Un tempo a questa interazione fra istituzioni e cittadini provvedevano i partiti. Del resto, in base alla stessa Costituzione, era appunto attraverso i partiti che i cittadini avevano la possibilità di partecipare alle scelte della politica. E così in effetti è stato, sino a quando i partiti non sono arrivati sclerotizzarsi, perdendo questo ruolo, preziosissimo, di polmoni della democrazia. Non so se è concepibile una democrazia senza partiti. So che una democrazia non può vivere con il vuoto che essi hanno lasciato, perché è per essa vitale la partecipazione consapevole dei cittadini. Io non perdo occasione per invitare a leggere il libro postumo di Carlo Donolo, sociologo di grande qualità e mio compagno di collegio a Pisa moltissimi anni fa. Ha un titolo in parte preso in prestito da un verso di Hölderlin – “Su ponti leggermente costruiti. Considerazioni intermedie su menti e istituzioni” (Franco Angeli editore). E l'argomento di fondo è che una democrazia ha certo bisogno che siano i cittadini a eleggere con il proprio voto i governanti; ma non ha meno bisogno di processi interattivi che coinvolgano poi i cittadini nelle decisioni di governo. In primo luogo perché compito della politica democratica è trasfondere i tanti interessi individuali e di gruppo in interessi comuni ed è un compito che solo il dialogo e il coinvolgimento nella adozione delle decisioni pubbliche possono realizzare. Al voto invece si può anche arrivare sempre e solo in nome dei propri esclusivi interessi. In secondo luogo perché ciascuno di noi, sulla base delle proprie esperienze, è in condizione non solo di fare la parte del governato che rivolge le sue domande al governante chiamato a rispon-

dere, ma di essere anche partecipe della messa a fuoco tanto della domanda che della risposta. E nasce da qui la forza sociale di cui la forza imperativa ha bisogno. Una forza che c'è, se viene pazientemente e costantemente costruita.

Il limite, pesantissimo, del sistema politico di questi anni è che esso, ormai sprovvisto dell'infrastruttura che la faceva interagire con i cittadini, il partito di un tempo, pensa se stesso non come costruttore, ma come recettore di consenso. I suoi esponenti non dialogano con i cittadini sulle soluzioni che loro stessi, o i loro tecnici, ritengono adeguate, ma tendono l'orecchio, lo fanno tendere ai loro comunicatori e poi procedono, o non procedono affatto, a seconda del tasso di consenso che pensano di poter riscuotere. La macchina prospettata da Donolo non viene messa neppure in moto. Potremo carcarla così, via via che le esigenze imposte dal cambiamento climatico diverranno sempre più stringenti e solo con regole capaci di osservanza davvero generalizzata le potremo fronteggiare?

La domanda non può che restare sospesa su di noi. In questa sede conta che il tema da cui essa scaturisce – la necessità del consenso sociale per l'effettività della forza imperativa – fosse presente, come abbiamo sentito, negli scritti di Giuseppe Guarino. La domanda è la più importante per la vita stessa delle democrazie e non è un caso che il contesto che la genera fosse sotto lo scrutinio di un autore che il mondo circostante il diritto non lo ignorava, ma andava a guardarlo, a viverlo e a coglierne così i nessi con le istituzioni dello stesso diritto. Ritorno così al Guarino dal quale ero partito.

Ha vissuto una lunga vita, cosa che non è data a tutti, specie nelle condizioni di testa (e di gambe: quante camminate ha fatto sino a che ha potuto!) di cui ha goduto. Ne ricordo il sorriso ed anche la risata, espressione inconfondibile della sua vitalità.

RICORDI

Giuseppe Santoro Passarelli
ed il suo lungo itinerario giuslavoristico,
dalla stagione statutaria al “Diritto dei lavori”

Stefano Bellomo

La traiettoria scientifica e quella umana di Giuseppe Santoro Passarelli si sono simultaneamente e crudelmente interrotte il 28 marzo scorso.

La cronologia delle prestigiosissime tappe della sua carriera suonerebbe, comunque, formale e per molti versi asettica ma è giusto riepilogarla, a beneficio dei più giovani; per questo rammento come il suo ordinariato risalga al concorso a cattedre conclusosi nel 1980, per evidenziare la sua inclusione in una delle generazioni di studiosi più intensamente coinvolte nelle svolte cruciali della materia, formati nella stagione statutaria e successivamente impegnati nello studio e nella riconduzione a sistema di tutte le successive dinamiche di riforma, dall'ultimo trentennio del secolo scorso sino ai tempi odierni.

Al momento della sua scomparsa, oltre a proseguire il suo magistero come emerito della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma *Sapienza* (nella quale si era laureato nel 1969 per farvi ritorno da ordinario nel 1992, dopo aver prestato servizio nell'Università di Macerata e successivamente nella Facoltà di Economia dello stesso Ateneo romano) rivestiva la carica di Presidente della Commissione di garanzia per l'attuazione della legge n. 146 del 1990.

È stato l'ultimo di una lunga serie di impegni istituzionali, che lo hanno visto impegnato in numerosissime commissioni di studio e progettazione di riforme legislative; incarichi assolti in parallelo con un impegno scientifico e di partecipazione alla vita accademica difficilmente eguagliabile, culminato nella direzione del Dipartimento di Scienze Giuridiche e nella presenza in Senato accademico come rappresentante eletto delle Facoltà di Giurisprudenza, Economia e Scienze politiche. Un impegno dedicato anche alla vita dell'Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale, della quale è stato Segretario Generale e successivamente Presidente e da ultimo all'Accademia dei Lincei, dove era stato cooptato come socio corrispondente nel 2019 e concretizzatosi altresì, in parallelo, nella

coltivazione attenta, costante, partecipata, autorevole ed insieme sensibile ed appassionata degli allievi.

Utilizzo quest'ultima espressione in senso ampio, a partire dagli studenti per includere i dottorandi e coloro che, superando il vaglio di un apprendistato severo e decisamente, giustamente, esigente quanto proficuo, sono potuti accedere ai gradi successivi della carriera accademica anche grazie al sostegno vigoroso, continuo ed instancabile da lui immancabilmente assicurato.

In tutti loro, me per primo e per sole ragioni di anagrafe, ha saputo infondere la profonda cognizione dei pilastri etici ed intellettuali allo stesso tempo sui quali ha fondato la propria identità di accademico e di studioso: la dedizione al mestiere accademico in tutti i suoi risvolti, inclusi quelli considerati più onerosi e ingrati; la consapevolezza della preminente dimensione critica dell'impegno e del discorso scientifico come sapere *in fieri* e come tale per definizione antidogmatico; e al contempo l'imperativo della ricerca costante della coerenza di qualunque ricostruzione o scelta interpretativa con lo statuto assiologico di base della materia.

Alludo in particolare a quella vocazione personalistica della stessa, quel nucleo inscindibilmente correlato all'«essere» del lavoratore così efficacemente ritratto da due dei Maestri dai cui insegnamenti egli ha così intensamente attinto, come Renato Scognamiglio¹ e colui che, oltre al ruolo genitoriale ha assolto quello di rifondatore del diritto del lavoro repubblicano dopo la parentesi corporativa e di principale caposcuola in particolare dell'area romana dagli anni cinquanta dello scorso secolo in avanti, Francesco Santoro Passarelli².

Del resto, l'impostazione eminentemente civilistica che lo avvicina a questi due padri, fondatori e non solo, permane e prevale per lungo tempo tra le direttrici metodologiche di quella che non solo per consuetudine agiografica ma anche nella sua oggettiva concretezza appare come una produzione scientifica sterminata e ricchissima, favorendo l'approdo a soluzioni teoriche di estrema nitidezza.

¹ R. SCOGNAMIGLIO, *La specialità del diritto del lavoro e Considerazioni sull'oggetto del diritto del lavoro*, ora in *Scritti giuridici*, vol. 2, Padova, 1996, rispettiv. 789 ss., 801 ss.

² F. SANTORO-PASSARELLI, *Spirito del diritto del lavoro*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, 1947-1948, 3 ss. e ora in *Saggi di diritto civile*, II, Napoli, 1961, 1071.

Basti rammentare quelle elaborate tra gli anni ottanta e novanta dello scorso secolo in tema di rapporti tra contratti collettivi di diverso livello³ o in merito alle problematiche dell'ipotetico principio di parità di trattamento a parità di mansioni⁴, ben prima che le stesse trovassero una loro compiuta declinazione nel diritto giurisprudenziale.

La traccia codicistica ha ispirato alcune delle sue ricostruzioni più brillanti, tra le quali quelle dedicate all'istituto del trattamento di fine rapporto⁵ e degli addentellati connessi alla previdenza complementare⁶ o al trasferimento d'azienda⁷, istituto di cui ha messo in

³ G. SANTORO-PASSARELLI, *Derogabilità del contratto collettivo e livelli di contrattazione*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1980, 617 ss., ora in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, vol. I, Torino, 2006, 127 ss.

⁴ G. SANTORO-PASSARELLI, L. VENTURA, *Il problema della parità di trattamento retributivo*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1990, 567 ss., ora in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, vol. II, Torino, 2006, 529 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *La parità di trattamento retributivo nell'ordinamento italiano e nella prospettiva dell'ordinamento comunitario*, in *Giur. it.*, 1994, 913 ss., ora in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, vol. II, cit., 557 ss.

⁵ G. SANTORO-PASSARELLI, *Prime considerazioni sulla disciplina del trattamento di fine rapporto*, in *Rass. giur. Enel*, 1982, 289 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Dall'indennità di anzianità al trattamento di fine rapporto*, Milano, 1984; G. SANTORO-PASSARELLI, *Il trattamento di fine rapporto*, Torino, 1995; G. SANTORO-PASSARELLI, *Il trattamento di fine rapporto*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. XV, t. I, Utet, 2004, 515 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Il trattamento di fine rapporto. Artt. 2120-2122*, in F.D. BUSNELLI, P. SCHLESINGER (diretto da), *Il Codice civile. Commentario*, Milano, 2009.

⁶ G. SANTORO-PASSARELLI, *Trattamento di fine rapporto e previdenza complementare*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, 93 ss., ora in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, vol. II, cit., 663 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Trattamento di fine rapporto, previdenza complementare e mercato finanziario*, in *Riv. prev. pubblica e privata*, 2002, 175 ss., ora in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, vol. II, cit., 677 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Trattamento di fine rapporto e previdenza complementare*, Torino, 2007.

⁷ *Ex multis*, G. SANTORO-PASSARELLI, *La nuova disciplina del trasferimento d'azienda. Opinione*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1991, 782 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Il trasferimento di azienda rivisitato*, in *Mass. giur. lav.*, 1991, 464 ss., ora in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, vol. II, cit., 757 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *La nozione di azienda trasferita tra disciplina comunitaria e nuova normativa nazionale*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, 575 ss., ora in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, vol. II, cit., 781 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Fattispecie e interessi tutelati nel trasferimento di azienda e di ramo di azienda*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, 189 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *La disciplina del rapporto di lavoro nel trasferimento di azienda: evoluzione e prospettive*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2004, 9 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, Torino, 2004; G. SANTORO-PASSARELLI, *Trasferimento d'impresa: un delicato compromesso tra tutela individuale, mercato del lavoro e sviluppo economico*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, 711 ss.; G. SAN-

luce con particolare acutezza le interrelazioni e le soluzioni di continuità rispetto alle concettualizzazioni giuscommercialistiche.

Ma va allo stesso tempo rimarcato come la fedeltà alle basi codicistiche non lo ha mai condotto a cedimenti o derive tradizionalistiche; ma lo ha piuttosto orientato nell'incessante ricerca del più elevato grado di adattamento degli istituti alla "*tipologia della realtà*", per richiamare l'espressione ascarelliana⁸ alla quale era rimasto affezionato tanto quanto uno dei colleghi con cui è stato in più stretti rapporti di vicinanza umana ed intellettuale e dal cui prematuro commiato era stato così profondamente addolorato, Matteo dell'Olio.

Entrambi hanno assunto il pensiero di Ascarelli tra i riferimenti metodologici più influenti sulla loro maturazione e in generale sulla loro interpretazione del ruolo del giurista.

Una fedeltà, quella ad Ascarelli, rimarcata anche nella nota introduttiva al primo dei quattro volumi della sua raccolta di studi e soprattutto nella sua intitolazione alla *Realtà e Forma nel diritto del lavoro*: a simboleggiare l'importanza prioritaria della ricognizione dei concreti assetti di posizioni ed interessi e della ricerca del loro punto di equilibrio quale fondamentale premessa ermeneutica per la comprensione del dato normativo.

Ed è una lezione di cui è possibile continuare a fare tesoro anche nell'affrontare tematiche come quelle odierne, quando ci invita ad assumere come punto di partenza dell'analisi giuridica la realtà del lavoro come è, e non come vorremmo che fosse per esigenze di simmetria teorica.

Oltre alla lezione di Ascarelli sulla relazione necessariamente sin-tonica tra norma giuridica e realtà sociale, tra le linee guida lungo le quali si è incanalata una produzione scientifica come detto amplissima di studi monografici, di saggi e di opere collettanee di cui è stato attivissimo promotore si può annoverare l'adesione alla critica espressa con particolare vigore da Minervini alla funzionalizzazione dell'impresa privata, che implica, tra l'altro, l'imprescindibilità della esplicita demarcazione da parte del legislatore del limite dell'utilità sociale.

Un'adesione che è stata ribadita sino ai saggi più recenti, accompagnata comunque dall'enfatizzazione del superiore rango costituzio-

TORO-PASSARELLI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'impresa e di articolazione funzionalmente autonoma*, Torino, 2014.

⁸T. ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale*, in I., 1955, 72.

nale del principio lavorista quale prioritaria espressione della dignità sociale dell'individuo⁹.

La propensione alla rilettura critica degli snodi centrali della materia alla luce dei mutamenti di contesto riecheggia gli insegnamenti giugniani che per primi ebbe modo di assimilare nei primi tratti del suo percorso.

Una produzione costantemente volta alla rilettura critica degli snodi centrali della materia alla luce dei mutamenti di contesto (basti far cenno alle pagine importanti dedicate ai temi della rappresentatività sindacale, al diritto di sciopero ed alle loro possibili connessioni, con particolare riferimento all'area dei servizi pubblici), propensione che riecheggia gli insegnamenti¹⁰, al diritto di sciopero ed alle loro possibili connessioni, con particolare riferimento proprio all'area dei servizi pubblici¹¹.

⁹ *Ex multis* e da ultimo in G. SANTORO-PASSARELLI, *Dignità del lavoratore e libertà di iniziativa economica, rivoluzione industriale 4.0 e rapporto di lavoro dei riders*, in *Labor*, 2022, 5 ss., spec. 11, ora in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, vol. IV, Torino, 2022, 301 ss.

¹⁰ G. SANTORO-PASSARELLI, *Rappresentanza e rappresentatività sindacale: istituzionalizzazione della rappresentatività sindacale?*, in *Rappresentanza e rappresentatività del sindacato*, Atti AIDLaSS Macerata 5-6 maggio 1989, Milano, 1990, 51 ss., ora in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, vol. I, cit., 47 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *La nuova disciplina delle rappresentanze sindacali aziendali dopo il referendum*, in *Rappresentanze e contributi sindacali dopo i referendum*, in *Quad. arg. dir. lav.*, Cedam, 1996, 1 ss., ora in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, vol. I, cit., 87 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Prospettive di riforma della rappresentanza sindacale nel lavoro privato*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, 33 ss., ora in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, vol. I, cit., 109 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Gli alterni rapporti tra rappresentatività sindacale e contrattazione*, in *Mass. giur. lav.*, 2015, 448 ss., ora in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, vol. III, cit., 205 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Sulla rappresentatività sindacale in trasformazione dallo Statuto ai giorni nostri*, in M. RUSCIANO, L. GAETA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Quaderni della Rivista Diritti, lavori, mercati, Mezzo secolo dallo statuto dei lavoratori*, 2020, 259 ss., ora in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, vol. IV, cit., 323 ss.

¹¹ G. SANTORO-PASSARELLI, *Sciopero politico-economico, sciopero politico, sciopero generale e preavviso*, in AA.VV., *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, vol. II, Cacucci, 2008, 1103 ss., ora in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, vol. III, cit., 275 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Rappresentatività sindacale e legittimazione al conflitto*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2017, 81 ss., ora in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, vol. III, cit., 287 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Discorso in tema di rappresentatività e legittimazione al conflitto nei servizi pubblici essenziali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 1443 ss., ora in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, vol. III, cit., 303 ss.; sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali in generale si faccia riferimento a G. SANTORO-PASSARELLI, *Commento all'art. 2, legge 12 giugno 1990, n. 146*, in M. RUSCIANO, G. SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *Lo sciopero nei*

Mutamenti che sono stati percepiti, oltre che nella prospettiva socioeconomica anche nella loro diffusiva estensione transnazionale, come attestato dai molti studi dedicati ai profili di diritto comunitario e poi eurounitario¹².

È stato anche un attento storico del diritto del lavoro. Il suo sforzo di costante “manutenzione” concettuale è stato condotto, senza contraddizioni, nella convinzione che l'*esercizio responsabile di ogni vocazione riformista* trova la sua necessaria premessa nella ricostruzione e nel riesame critico dei pregressi storici, legislativi e culturali il cui avvicinarsi concorre in maniera determinante alla spiegazione tanto degli assetti odierni dell'ordinamento quanto delle sue possibili evoluzioni.

Una convinzione ribadita nella bella intervista curata da Orsola Razzolini di prossima pubblicazione sulla rivista Lavoro Diritti Europa. Intervista nella quale la parabola intellettuale di Santoro Passarelli viene raccontata in prima persona.

La vocazione alla ricostruzione storica è stata sviluppata in particolare negli studi dedicati alla produzione giuslavoristica di France-

servizi pubblici essenziali, Milano, 1991, 22 ss., ora in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, vol. I, cit., 179 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *I punti di crisi della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Dir. lav.*, 1993, 397 ss., ora in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, vol. I, cit., 197 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Vecchi e nuovi problemi in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, 39 ss., ora in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, vol. I, cit., 223 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Prime questioni in tema di sciopero nei servizi essenziali dopo la novella dell'11 aprile 2000, n. 83*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, 193 ss., ora in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, vol. I, cit., 251 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Il contemperamento del diritto di sciopero con i diritti della persona costituzionalmente garantiti nei servizi pubblici essenziali*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, 751 ss., ora in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, vol. IV, cit., 359 ss.

¹² G. SANTORO-PASSARELLI, *L'applicabilità e l'efficacia diretta nell'ordinamento italiano delle norme in materia di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, 37 ss., ora in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, vol. II, cit., 877 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, voce Lavoro IV: Diritto comunitario, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVIII, 1996, 25 ss., ora in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, vol. II, cit., 901 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Il difficile adeguamento del diritto interno al diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, 317 ss., ora in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, vol. II, cit., 963 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Unione economico-monetaria e contrattazione collettiva europea: organizzazione tecnico-giuridica dei processi negoziali e loro ricaduta nell'ordinamento italiano*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, 537 ss., ora in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, vol. II, cit., 973 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Le “ragioni” dell'impresa e la tutela dei diritti del lavoro nell'orizzonte della normativa europea*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, ora in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, vol. II, cit., 987 ss.

sco Carnelutti¹³ e nelle numerose, ricchissime retrospettive dedicate all'evoluzione del diritto del lavoro nelle diverse fasi in cui è venuta dipanandosi dall'età liberale al periodo odierno, passando per la stagione statutaria ed i diversi interventi riformisti che hanno contrassegnato il divenire del diritto del lavoro nell'ultimo quarantennio¹⁴.

Ho volutamente riservato uno spazio autonomo di questo ricordo alla rievocazione della parte della produzione scientifica di Giuseppe Santoro Passarelli più diffusamente studiata, quella dedicata alla subordinazione e ai suoi dintorni.

Nel pluridecennale percorso di riflessione¹⁵ avviato con la pubblicazione della monografia del 1979 egli ha seguito le parabole della disgregazione o modularizzazione del modello unitario del lavoro subordinato *standard* e della corrispondente espansione delle frontiere della materia sia nell'area del lavoro autonomo, soprattutto a causa della proliferazione incontrollata delle collaborazioni coordinate e continuative¹⁶, sia nell'area del lavoro subordinato, in ragione della sempre più vistose a espansione dei regimi della flessibilità¹⁷.

Prendeva così forma l'idea, scolpita nel titolo del suo fortunato manuale universitario (giunto nel 2022 alla nona edizione)¹⁸, di un

¹³ G. SANTORO-PASSARELLI, *Il diritto del lavoro di Francesco Carnelutti*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2016, 51 ss., e in *Dir. rel. ind.*, 2016, 1009 ss., e in *Giust. civ.*, 2016, 699 ss., ora in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, vol. III, Torino, 2018, 1 ss.

¹⁴ Da ultimo, G. SANTORO-PASSARELLI, *Il rapporto individuale di lavoro e il contratto collettivo nella normativa precedente al codice, nel codice civile del 1942 e nella disciplina successiva*, in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, vol. IV, cit., 2 ss.

¹⁵ G. SANTORO-PASSARELLI, *Il lavoro «parasubordinato»*, Milano, 1979.

¹⁶ G. SANTORO-PASSARELLI, *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409, n. 3, c.p.c.*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 1133 ss., ora in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, vol. III, cit., 403 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa. Una fattispecie in via di trasformazione?*, Napoli, 2015; G. SANTORO-PASSARELLI, *Le collaborazioni continuative e coordinate nel diritto italiano e cenni di diritto comparato*, in G. NAPOLETANO (a cura di), *Tutela del lavoro e della salute nelle emergenze*, Atti del 50° Convegno Nazionale, Centro Nazionale Studi di Diritto del Lavoro "Domenico Napoletano", Cacucci, 2022, 111 ss., ora in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, vol. IV, cit., 213 ss., con il titolo *Le collaborazioni continuative e coordinate nel diritto italiano e nella giurisprudenza delle Corti Superiori di Francia, Spagna e Germania*.

¹⁷ G. SANTORO-PASSARELLI, voce *Diritto del lavoro (flessibilità)*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, 1997, ora in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, vol. I, cit., 273 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Competitività e flessibilità del rapporto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, 201 ss., ora in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, vol. III, cit., 45 ss.

¹⁸ G. SANTORO-PASSARELLI, *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, Torino, 2022.

“diritto dei lavori”, evocativa di un inconfutabile ampliamento del perimetro della materia, coerentemente con il carattere espansivo del disegno costituzionale tratteggiato dagli artt. 3 e 35 ss. Cost.

Santoro Passarelli ha analizzato l’art. 2094 c.c., rimarcando continuamente la sua capacità di adattamento ai nuovi contesti organizzativi, ritenendo del resto, che il concetto in esso espresso rimanga cruciale per la comprensione dell’intera materia, dato che sul tipo legale della subordinazione «*si fonda l’apparato di tutele che costituisce il proprium del diritto del lavoro*»¹⁹.

Nella sua concezione l’idea della subordinazione rappresenta l’irrinunciabile tratto identitario perché si riallaccia strettamente al complesso dei valori che vi si connettono e che giustificano il vasto apparato di protezione che ne discende.

Di qui il ripetuto dissenso nei confronti delle ricostruzioni orientate al contemperamento tendenzialmente paritario tra dignità, libertà e sicurezza dei lavoratori, da una parte, e interessi dell’impresa, dall’altra²⁰.

Pur manifestando interesse per l’ipotesi progettuale di una più radicale riforma della struttura duale dei rapporti del lavoro, è rimasto al contempo critico verso quelle proposte di revisione delle categorie tradizionali da lui reputate carenti di equilibrio e coerenza sistematica. Né ha mai desistito dall’intento di coltivare ed aggiornare la riflessione profili sull’attualità della nozione positiva di subordinazione, sui suoi elementi anacronistici o, ancora, sui cortocircuiti causati da eccessi regolativi che ne hanno messo in discussione l’essenza.

Fedele alla concezione contrattualista, ha sempre ritenuto che la subordinazione derivasse dall’atto negoziale, dissentendo per lungo tempo dall’idea di una subordinazione socioeconomica o comunque estesa oltre l’ambito di esercizio del potere direttivo²¹.

¹⁹ G. SANTORO-PASSARELLI, *Appunti sulla funzione delle categorie civilistiche nel diritto del lavoro dopo il Jobs Act*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 628, ora in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, vol. III, cit., 162.

²⁰ Idea ribadita da ultimo in G. SANTORO-PASSARELLI, *Dignità del lavoratore e libertà di iniziativa economica, rivoluzione industriale 4.0 e rapporto di lavoro dei riders*, in *Labor*, 2022, 5 ss., spec. 11, ora in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, vol. IV, cit., 301 ss.

²¹ L’origine contrattuale dei poteri del datore di lavoro è del resto ribadita anche nel capitolo dedicato alla fattispecie della subordinazione nel Trattato da lui curato (G. SANTORO-PASSARELLI, *Il lavoro subordinato. L’identificazione della fattispecie*, in G. SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale, Privato e Pubblico*, VIII edizione, Utet, 2020, 19 ss., in part. 20 e 42, ora in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, vol. IV, cit., 169 ss.).

Nella inerenza del potere direttivo alle modalità esecutive della prestazione aveva identificato il più marcato tratto distintivo rispetto alla “parasubordinazione” dell’art. 409 n. 3 c.p.c. Conseguentemente sottolineava già con riferimento alla normativa sul lavoro a progetto del 2003 come il potere di coordinamento avrebbe potuto incentivare l’uso in chiave elusiva del lavoro parasubordinato²².

Giudicava insostenibile sotto il profilo tecnico-giuridico, la costruzione di un potere di coordinamento distinto dal potere direttivo, atteso che, a suo avviso, l’esercizio di ciascuna delle due prerogative di governo della prestazione nell’organizzazione avrebbe riguardato le stesse modalità esecutive²³. Né riteneva che il mantenimento della distinzione potesse essere persuasivamente spiegato dalla precisazione per cui la subordinazione si caratterizza, al contrario del coordinamento, per lo *ius variandi* (art. 2103 c.c.), evidenziando che il potere di modificare le mansioni – come ricorda in diversi scritti, richiamandosi al pensiero di Giugni e Mengoni – costituisce solamente un effetto del contratto e «*non concorre alla definizione dell’art. 2094 c.c.*»²⁴.

Coraggiosamente persuasosi della necessità di tornare criticamente sulle proprie asserzioni, nell’ultima fase della propria produ-

²² G. SANTORO-PASSARELLI, voce *Lavoro a progetto*, in *Enc. dir.*, Annali, IV, 2011, 668; G. SANTORO-PASSARELLI, *Falso lavoro autonomo e lavoro autonomo economicamente debole ma genuino: due nozioni a confronto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 103 ss., ora in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, vol. III, cit., 387 ss., spec. 389-390; e, anche con riferimento alle collaborazioni coordinate e continuative, G. SANTORO-PASSARELLI, *La nuova figura del lavoro a progetto*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, 98-99, ora in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, vol. I, cit., 455 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente*, cit., 1136.

²³ G. SANTORO-PASSARELLI, *La funzione del diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, 339 ss., spec. 349, ora in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, vol. IV, cit. 43 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Le collaborazioni continuative e coordinate nel diritto italiano e cenni di diritto comparato*, cit., ora in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, vol. IV, cit., 213 ss., spec. 214-215 e 218; G. SANTORO-PASSARELLI, *L’impatto della crisi economica sul lavoro autonomo e su quello subordinato*, in R. FABOZZI, G. SIGILLÒ MASSARA (a cura di), *Il diritto del lavoro e la sua evoluzione. Scritti in onore di Roberto Pessi*, tomo III, 2021, 2353 e 2359, ora in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, vol. IV, cit., 269 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Il rapporto individuale di lavoro*, cit., 19.

²⁴ G. SANTORO-PASSARELLI, *Lavoro eterodiretto, eterorganizzato, coordinato ex art. 409 n. 3 c.p.c.*, in *Riv. giur. lav.*, 2016, 94-95; e in G. SANTORO-PASSARELLI, *Sulle categorie del diritto del lavoro “riformate”*, in *Dir. rel. ind.*, 2016, 17, ora in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, vol. III, cit., 115 ss., in part. 123.

zione scientifica Giuseppe Santoro-Passarelli ha tuttavia rivalutato i risvolti socioeconomici della subordinazione, non con il fine di destrutturare la nozione del Codice civile, ma con l'obiettivo di ridefinire lo spazio di tutela che da essa ordinariamente dipende²⁵. Pur addebitando al legislatore la scelta ambigua di valorizzare il concetto anodino di “etero-organizzazione”, aveva individuato nell'art. 2 comma 1 del d.lgs. n. 81 del 2015 una possibile soluzione ad alcune sopravvenute inadeguatezze dell'art. 2094 c.c.

La norma sulle collaborazioni etero-organizzate avrebbe consentito all'interprete di applicare lo statuto di protezione a favore di tutti i lavoratori «*in condizione di subordinazione socioeconomica*», evitandogli «*il compito faticoso e comunque controverso di identificare i tratti che distinguono il cosiddetto potere organizzativo dal potere direttivo*»²⁶.

La costruzione del concetto di subordinazione, sul quale il diritto del lavoro fa ancora perno, non avrebbe potuto ignorare alcune radicali trasformazioni di ordine organizzativo e sociale.

Algorithmic management e piattaforme digitali sono, in particolare, punti di emersione di inedite criticità che aveva inteso indagare, giungendo alla conclusione per cui simili metamorfosi avrebbero richiesto un adattamento del sistema, facendo emergere a un tempo il senso profondo della crisi della subordinazione e la conseguente esigenza di ridisegnare i confini della protezione²⁷. Di fronte a fenomeni

²⁵ G. SANTORO-PASSARELLI, *Il nuovo volto del diritto del lavoro a cinquant'anni dallo Statuto dei lavoratori*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 49, ora in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, vol. IV, cit., 125 ss.; e G. SANTORO-PASSARELLI, *L'impatto della crisi economica sul lavoro autonomo e su quello subordinato*, in R. FABOZZI, G. SIGILLÒ MASSARA (a cura di), *Il diritto del lavoro e la sua evoluzione. Scritti in onore di Roberto Pessi*, tomo III, 2021, 2358-2359, ora in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, vol. IV, cit., 269 ss.

²⁶ G. SANTORO-PASSARELLI, *Il nuovo volto*, cit., 18.

²⁷ G. SANTORO-PASSARELLI, *Civiltà giuridica e trasformazioni sociali nel diritto del lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, 417 ss., ora in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, vol. IV, cit., 57 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Il lavoro mediante piattaforme digitali e la vicenda processuale dei riders*, in *Dir. rel. ind.*, 2021, 111 ss., ora in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, vol. IV, cit., 281 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *La subordinazione in trasformazione*, in *Dir. rel. ind.*, 2021, 1125 ss., ora in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, vol. IV, cit., 281 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Dignità del lavoratore e libertà di iniziativa economica, rivoluzione industriale 4.0 e rapporto di lavoro dei riders*, in *Labor*, 2022, 5 ss., spec. 14-15, ora in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, vol. IV, Torino, 2022, 301 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Ancora su eterodirezione, etero-organizzazione, su coloro che operano mediante piattaforme digitali, i riders e il ragionevole equilibrio della Cassazione n.*

capaci di far emergere inedite complessità delle situazioni giuridiche e nuove debolezze dei lavoratori ha maturato e ripetutamente espresso, da ultimo, il convincimento dell'ineludibile necessità di emendare alcuni limiti strutturali della norma definitoria della fattispecie; un compito riconosciuto come non assolvibile, tuttavia, dagli interpreti e da demandare necessariamente ed esclusivamente, come ultima professione di linearità e limpidezza intellettuale, al legislatore²⁸.

Ci lascia in eredità le linee ispiratrici del suo pensiero: la grande sensibilità sociale, la consapevole responsabilità di essere esponenti di una materia che concorre in maniera determinante nel qui ed ora alla realizzazione di alcuni essenziali valori costituzionali e – con espressione amata da Calvino che lui avrebbe senz'altro condiviso, anche se preferiva autorappresentarsi nell'immagine della leggerezza e dell'agilità del linguaggio – la tensione verso l'esattezza e l'efficacia delle soluzioni proposte, delle buone idee che funzionano, come ha scritto qualche anno fa Robert Reich. Un patrimonio che compensa necessariamente il senso di vuoto che oggi inesorabilmente affligge tutti coloro che gli sono stati in qualche modo vicini.

1663/2020, in *Mass. giur. lav.*, 2020, 203 ss., in part. 215, ora in *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, vol. IV, cit., 222 ss., in part. 233.

²⁸ G. SANTORO-PASSARELLI, *La funzione del diritto del lavoro*, cit., 339 ss., spec. 347-348.

RECENSIONI

LUIGI CAPOGROSSI COLOGNESI, *Come si diventa Romani. L'espansione del potere romano in Italia. Strumenti istituzionali e logiche politiche*, Jovene, Napoli, 2022, pp. 637.

Chi ha familiarità con la produzione scientifica di Luigi Capogrossi Colognesi riconoscerà in questo libro le caratteristiche di un lavoro di ripensamento e di approfondimento di tematiche a lui familiari, oggetto di decennali ricerche. Abbiamo dunque a che fare con quella che si può considerare, senza esagerazione, una summa di una riflessione storiografica di grande spessore ed originalità.

Il libro è suddiviso in due parti fondamentali. La prima, dedicata alle origini del complesso sistema giuridico delle relazioni romano-latine, si articola in sette capitoli; la seconda che ha come tema fondamentale la municipalizzazione dell'Italia, in nove. Il volume è chiuso da otto appendici che affrontano temi specifici.

Un aspetto cui Capogrossi dà rilievo, e che appare importante, ha a che vedere (p. 52) con la circostanza che nel periodo dei re etruschi, con la nuova identità del cittadino-*oplita*, partecipe esclusivo della vita della polis e del suo diritto, le arcaiche forme d'incorporazione nella cittadinanza potrebbero essersi ormai esaurite, mentre le forme d'integrazione e di egemonia iniziarono a trovare altre strade.

Capogrossi è molto fermo nel considerare inverosimile che il fondamento della comunanza giuridica tra Romani e Latini sia da individuarsi in un trattato "internazionale", intervenuto in un'età estremamente risalente (coincidente con la fase dei *Quirites* e del *ius Quiritium*), quando ancora la città-stato non s'era consolidata. I nomi delle colonie che si susseguono dall'età di Tarquinio il Superbo sino alla fine del quinto secolo suggeriscono che non poterono essere istituite se non con la cooperazione delle comunità latine direttamente confinanti e che s'interponevano tra esse e Roma, come nel caso di Pomezia, Cori, Velletri e Signia.

In coerenza con la sua visione unitaria, preminente attenzione è rivolta da Capogrossi agli aspetti di sistema, spostando l'asse prospettico dalla problematica che aveva invece orientato l'interesse delle generazioni precedenti, consistente nel fondamento originario delle relazioni giuridiche romano-latine. Il centro dell'analisi riguarda piuttosto la questione relativa alla loro peculiare natura, nel mentre che se ne afferma anche la continuità, sia nella prima fase di tale relazioni che successivamente al 338 a.C., a disciplinare il contenuto del nuovo statuto consistente nella *civitas sine suffragio*. In questa riflessione, un passaggio fondamentale appare legato al tentativo di liberarsi definitivamente dall'idea, molto radicata nella tradizione di studi romanistici, della *civitas sine suffragio* come d'un qualcosa di

quantitativamente minore, ma qualitativamente identico, alla piena cittadinanza romana.

Tra le questioni affrontate in profondità nel libro ad una almeno merita accennare, vale a dire all'ipotesi di un originario e generalizzato *ius migrandi* a favore dei *prisci Latini*. Questo è indubbiamente un punto di forza della complessa costruzione di Michel Humbert (*Municipium et civitas sine suffragio. L'organisation de la conquête jusqu'à la guerre sociale*, Paris-Rome 1978), che però si fonda su un unico appiglio, costituito dalla notizia di una legge non anteriore al III secolo, quasi sicuramente riferita essenzialmente ai più tardi latini coloniali e tale da non supportare in modo adeguato l'idea che questo stesso diritto sia esistito, tra Romani e Latini, sin dalle origini cittadine. L'accettazione di questo presupposto da parte di molti studiosi non ne rafforza l'intrinseca fragilità di fondo.

La seconda parte del libro è dedicata fondamentalmente ad analizzare il modo in cui i Romani diedero vita a un nuovo sistema politico e istituzionale che rende necessario rifarsi ad eventi 'fondativi': tutto infatti fa pensare che lo strumentario giuridico ed il sistema di vincoli da essi introdotti fossero già stati creati in quel cruciale mezzo secolo seguito alla presa di Veio, ingenerando in primo luogo, sin da allora, un rapidissimo accrescimento delle loro risorse politico-militari. Alla crescita territoriale romana s'era accompagnato infatti anche un incremento degli organici cittadini, con la parziale incorporazione delle popolazioni conquistate. Mentre la nuova e più aggressiva dirigenza patrizio-plebea avviò la rapida sperimentazione di un complesso mosaico di alleanze.

Una questione che appare fondamentale nel libro ha a che vedere con quelli che Capogrossi considera i pericoli di una visione unificante di processi storici complessi. In primo luogo appare incerta la comparsa del paradigma della *civitas sine suffragio* nel mutamento di statuto di Caere, intervenuto verso la metà del IV secolo. Esso si propone in primo piano nella sistemazione di uomini e territori caduti sotto il controllo romano operata dal senato romano nel 338 a.C. Il suo effettivo contenuto (si veda già quanto da lui scritto in *Cittadini e territorio. Consolidamento e trasformazione della 'civitas Romana'*, Roma 2000) sembra identificabile, nella sostanza, con la somma dello *ius commercii* e del *ius conubii*. La vera innovazione introdotta con questo nuovo statuto può essere vista nel superamento del carattere di reciprocità che aveva dovuto caratterizzare in origine tali rapporti, riguardando soggetti appartenenti entrambi ad ordinamenti sovrani.

In buona sostanza la convinzione di fondo di Capogrossi, che appare pienamente condivisibile, è che solo verso il quarto secolo i Romani giunsero ad elaborare le basi concettuali che permisero loro configurare il mo-

dello della *colonia civium Romanorum*. In precedenza dobbiamo presumere che essi operassero secondo le logiche effettivamente ricordate dagli antichi come casi di fondazione o rifondazione di una colonia, ma che dovettero consistere di fatto nel semplice invio di un manipolo più o meno consistente di cittadini romani o di Latini (senza che questi mutassero necessariamente il loro statuto personale) a occupare e sfruttare una parte del territorio di una città conquistata, espropriato dai vincitori, presidiandone dall'esterno, per così dire, il riallineamento politico, senza mirare a saldare i nuovi e gli antichi abitanti in un'entità politica unitaria.

Altra cosa e profondamente diversa, sul piano della elaborazione concettuale, era quella di creare una comunità urbana, con una sua propria identità ma che, al contempo, fosse costituita da cittadini aventi lo statuto giuridico di un'altra 'superiore' città: in radicale contraddizione con il principio (contestuale al formarsi stesso dell'unità cittadina) comune a Roma ed al contesto politico-culturale cui essa apparteneva, secondo cui 'nessuno potesse essere cittadino di due città'. Capogrossi dà limpidamente conto come si trattasse di mettere in piedi un'operazione in qualche modo contraddittoria, che presupponeva una notevole esperienza nell'uso di concetti e meccanismi legali, avvalendosi dell'idea della 'città' come soggetto politico autonomo, ma scindendola dalla sua stessa identità fisica, fatta di uomini, di spazi e di edifici. Questo era il salto di qualità che avrebbe permesso di concepire il *civis*, scisso dalla sua localizzazione materiale, come 'abitante della città' e identificato in una sede diversa dalla città, intesa come soggetto politico-sovrano, di cui restava però membro a tutti gli effetti.

ARNALDO MARCONE

M.R. FERRARESE, *Poteri nuovi. Privati, penetranti, opachi*, Il Mulino, Bologna, 2022, pp. 171.

Il nuovo saggio di Maria Rosaria Ferrarese “Poteri nuovi” – edito da *Il Mulino* nel mese di luglio 2022 – analizza le nuove forme del dominio che, nella nostra epoca, è diventato insieme carismatico e privatistico. Con tre sfide davanti: economica, sanitaria ed ecologico-ambientale.

In questo volume, l’Autrice traccia una geografia spazio-temporale del potere, evidenziando i mutamenti da esso subiti negli ultimi decenni, nell’era della globalizzazione prima e della post-globalizzazione poi. L’opera è suddivisa in due parti: la prima volta ad esaminare il fenomeno del *trasloco* del potere, il quale ha trovato nuove allocazioni sia in sedi internazionali, sia specialmente private, allontanandosi sempre più dall’antica veste istituzionale datagli dal diritto pubblico; la seconda pensata per mettere in luce una grande *metamorfosi* del potere, il quale ha man mano cambiato il proprio modo di essere e di presentarsi, e che oggi, nell’epoca della post-globalizzazione, tenta quasi vanamente di riacquistare quella veste tradizionale pubblicistica che aveva perso lungo decenni di mutamenti e trasformazioni. Si tratta di uno scivolamento dal *government* verso la *governance*, che s’inserisce in un trend di profonda innovazione delle tecniche di governo, riducendo la presa del potere pubblico nei confronti delle società e tendendo non solo ad assecondare criteri di *laissez-faire* ma, più in generale, premiando una certa spontaneità e presunta naturalità delle forme di vita, dando spazio agli interessi ed alla possibilità che essi si autorappresentino (cap. I).

Il potere muta continuamente, ma per meglio esercitare la medesima funzione, ossia quella di orientare i comportamenti delle persone, esercitando autorità ed influenza. Naturalmente, le configurazioni che assume variano nel tempo, ma quella che appare una successione di esse si rivela piuttosto una loro compresenza. La scena non solo è più affollata, ma è anche piuttosto instabile: le varie presenze si pongono come i fili di una complessa e variegata trama geopolitica in cui ogni filo tirato da una parte si ripercuote sull’insieme; tale trama non persegue più fini di stabilità, ed è soggetta a continui mutamenti, aggiustamenti, scossoni e riequilibri (cap. I).

Se si considerano le tre classiche forme del potere teorizzate da Weber – tradizionale, legale-razionale e carismatico – esse appaiono sovrapporsi in maniera sempre più insolubile. In democrazia, l’impersonalità del potere legale è di continuo scalfita da partiti personali, governati da leader più o meno carismatici (cap. I). Lo stesso avviene alla distinzione tra macrofisica e microfisica del potere di Foucault, sempre più intersecate in una globalizzazione fatta insieme di logiche transnazionali e dinamiche locali (cap. II).

L'Autrice propone una rassegna dettagliata ed informata di questa fenomenologia. L'interrogativo da cui parte è duplice: dove sta il potere e che abiti indossa? Come si configura il suo spazio e qual è il suo attuale *dress code*? Quella che un tempo era una solida architettura, fatta di gerarchie verticali, è divenuta una trama diffusa in cui s'incrociano istituzioni politiche, pratiche finanziarie, strategie tecnologiche. Il potere contemporaneo ha cambiato guardaroba: dallo smoking delle cerimonie ufficiali è passato ad una comoda tunica, capace di celare nelle proprie pieghe gli strumenti più disparati (cap. I). Le strade che, dagli ultimi decenni del '900, ha imboccato sono due, niente affatto contrarie. Da un lato l'internazionalizzazione e dall'altro la privatizzazione, con la tecnologia informatica a fare da apripista per entrambe.

L'esito comune è un depotenziamento degli attori politici tradizionali a favore di nuove figure, alcune apparentemente impolitiche, ma di fatto espressive di poteri tutt'altro che neutrali. Si pensi da un lato all'incidenza di ICANN – un ente privato costituito sotto l'egida del diritto della California, al quale gli Stati Uniti affidarono il controllo di Internet nel 1998, e che è stato via via integrato da altri attori, compresi quasi tutti gli Stati, e che oggi è una struttura estremamente complessa, che rappresenta molteplici interessi in gioco – e dall'altro alle sterminate risorse economiche di soggetti privati come Elon Musk o Mark Zuckerberg, per non parlare dei giganti del web, Google, Amazon, Facebook, Apple e Microsoft – c.d. GAFAM. Si tratta di network che, controllando masse enormi di dati, influenzano le dinamiche politiche in maniera crescente. Lo stesso può dirsi delle agenzie di rating Moody's, Standard & Poors e Fitch, che controllano più del 90% delle valutazioni economiche relative a soggetti privati e pubblici, ivi compresi i debiti sovrani degli Stati. Nonostante i forti dubbi sui loro conflitti d'interesse, dire che esercitano uno strapotere a livello mondiale è forse ancora poco (cap. I).

Ad avviare questo processo, è stato il crescente peso dell'economia finanziaria all'interno della sfera pubblica. La logica di mercato, che ad un certo momento si è imposta sopra ogni altra, ha profondamente modificato l'equilibrio determinatosi tra gli anni '50 e '80, almeno in Occidente. Da quel momento, gli Stati hanno ceduto spazi sempre maggiori sia ad organismi internazionali come il G7 o il G20, sia a blocchi d'interessi privati. Una svolta decisiva è stata determinata dal Washington Consensus del 1989, quando sono state applicate le dieci misure fissate dalle istituzioni finanziarie ai Paesi in via di sviluppo, al fine d'incrementarne la crescita economica. Da allora la privatizzazione si è estesa alle stesse fonti vitali come acqua, energia, sicurezza, modificando tutte le relazioni di potere. In questo modo, l'economia è divenuta la chiave per aprire tutte le porte (cap. I).

Tutto ciò non necessariamente in contrasto con la politica, ma semplicemente in una sorta di compromesso dinamico con essa. Come sostenuto da Branco Milancovic in “Capitalismo contro capitalismo. La sfida che deciderà il nostro futuro” – *Laterza*, 2021 – una volta che il mondo è stato unificato dal modello capitalistico, ad affrontarsi sono capitalismi diversificati proprio dal rapporto tra economia e politica. Se nella sfera occidentale è il mercato a guidare siffatto processo, in Paesi come la Cina la politica mantiene una forma di controllo sull’economia. Ovviamente, esistono livelli differenziati nella grande arena geopolitica: una prima dimensione è quella, gestita direttamente dagli Stati, di tipo militare, mai come in questi mesi di guerra tornata centrale nello scacchiere mondiale; poi quella, condizionata dalla prima, di tipo economico-finanziario, che coinvolge macroaree di dimensioni continentali. E infine quella climatica ed epidemiologica, di carattere globale (cap. I).

Le tre crisi che si sono succedute nell’ultimo ventennio, economica, pandemica e bellica hanno, almeno in parte, riconsegnato agli Stati nazionali un ruolo che pareva perduto, di protezione nei confronti di eventi potenzialmente catastrofici. Ma se ciò segna la fine della *belle époque* della globalizzazione, non produrrà un ritorno alla stagione che la precede, anche perché le grandi sfide che abbiamo di fronte non sono affrontabili se non globalmente. Ciò cui possiamo tendere è la costruzione di un nuovo equilibrio istituzionale tra poteri pubblici e privati, nazionali ed internazionali, locali e globali, capace di disegnare un mondo più giusto e sicuro (cap. II).

Ritornando al tema del potere politico per come tracciato dall’Austria, politica e democrazia appaiono insufficienti a reggere le pressioni da più parti imposte dalla globalizzazione ma, soprattutto, incapaci di dare concretezza ai due requisiti che una struttura politica di comando dovrebbe soddisfare in un sistema democratico: essere controllabile dal basso e dare visibilità alle effettive modalità di esercizio del potere. Anche quando rincorriamo l’esigenza di una riforma della politica, che poi è sempre rincorsa alla governabilità ed alla stabilità sociale, abbiamo infatti l’impressione d’inseguire un fantasma, poiché il potere reale, quello che tira le fila dei processi sociali, economici e culturali, è ormai capace di reinventarsi, di mutare e di essere indefinibile (cap. I).

Ma allora dove risiede il potere politico? Lo immaginavamo avvinchiato all’architettura istituzionale dello Stato, legato a qualcosa di solido e visibile, verticale nelle relazioni con i consociati e decifrabile, ma invece negli ultimi decenni del ’900 ha imparato ad indossare facce ed abiti nuovi. Non solo perché la globalizzazione dei mercati ha visto imporre sulle grandi scelte una gestione monopolizzante da parte di multinazionali che si

muovono sempre al di sopra ed all'esterno di ogni sovranità nazionale – e conseguentemente di ogni verifica democratica – ma poiché il controllo e la direzione politica si disperdono ormai in mille rivoli. Siamo passati alla post-globalizzazione – come la definisce l'Autrice – vale a dire ad una fase che va ben oltre quella pionieristica di planetarizzazione dell'economia e che, lasciata nelle severe vesti del government, ancora tentava di legarsi ad un rimando esclusivamente politico (cap. II).

La governance è ormai diffusa orizzontalmente ed il mondo globalizzato manifesta modalità di potere (pubbliche e private, hard e soft, smart ed opache, territoriali ed a-territoriali, ufficiali ed officiose) sempre meno decifrabili e riconoscibili, capaci di disincarnarsi, di rendersi anonime rifugiandosi dietro acronimi incomprensibili, o di fare l'esatto opposto, cioè svelarsi nella maniera più evidente possibile grazie a volti e simboli platealmente riconoscibili. Queste nuove modalità, avendo sconvolto i tradizionali scenari di potere, da una parte ribadiscono una sorta di estraneità rispetto agli Stati, e dall'altra s'impongono come apripista nella creazione di norme giuridiche transnazionali, a cui nessuno sembra poter replicare con eguale forza (cap. II).

Una rivoluzione silenziosa che, come anticipato, l'Autrice schematizza in due passaggi cronologici che danno il senso di un mutamento quasi irreversibile, proprio perché ormai assimilato ad ogni livello: il *trasloco* del potere verso sedi internazionali e private e la sua *metamorfosi* in nuove e forse anche imprevedibili configurazioni (cap. I).

Secondo l'Autrice, tutto ciò fa apparire irrealistica ogni ipotesi di ripristino di autonomia in stile sovranista o di c.d. "de-globalizzazione". Gli Stati nazionali non sono più in grado di risolvere singolarmente questioni che, per l'interconnessione di variabili internazionali e spesso di tipo tecnologico, apparirebbe inverosimile anche solo pensare di padroneggiare in maniera compiuta. Al contempo, si paleserebbe invece la possibilità di mettere in moto un parziale recupero di autonomia e di riconquista di parte degli antichi poteri e delle risorse perdute partendo dall'idea di "glocalità", restituendo centralità al diritto e facendo in modo che i flussi globali siano declinati secondo le molteplici particolarità dei luoghi, anche perché "la grande frattura tra Stati che mantengono un profilo liberale all'ombra di tutele costituzionali e Stati che coltivano un'idea autoritaria e illimitata del potere fa emergere oggi il diritto come una variabile essenziale della geopolitica e sarà una sfida decisiva per il futuro nostro e della democrazia nel mondo" (cap. II).

Una soluzione che pare tuttavia complicata, al limite dell'assurdo, anche perché la pretesa di voler "ripristinare una situazione di maggiore equilibrio tra pubblico e privato" ed il tentativo di riportare in auge una capa-

cità relazionale da contrapporre alle “visioni imperiali dominanti” presupporrebbe un radicale cambiamento dei rapporti di forza ed un cedimento di quelli ora trionfanti. Al limite dell’assurdo, ma l’unico tentativo ancora praticabile.

La lettura dell’opera di Maria Rosaria Ferrarese consente di approfondire la complessità del reale, senza cadere – seppure a volte necessario – in un eccessivo essenzialismo. Un volume importante, anche solo per mettere a confronto le tesi ivi riportate con l’attuale congiuntura storica.

Uno dei maggiori pregi del volume – a parere di chi scrive – è l’accurata analisi della composizione del potere statale: ovvero cos’è lo Stato, quali sono i processi decisionali e gli apparati determinanti, quanto questi ultimi sono influenzati da soggetti privati, lobbies, etc. Inoltre, l’Autrice si preoccupa di monitorare la realtà di tutti gli attori ulteriori, per comprendere quanta influenza hanno raggiunto, come si muovono in relazione agli Stati, quando possono rappresentare un mero braccio della politica estera statale e quando diventano invece un problema per la stessa.

La cifra stilistica del volume appare scorrevole ed incalzante, nonostante la complessità dei temi affrontati, e lo stesso è costellato di riferimenti dottrinali e bibliografici. Per una sua piena fruizione, è necessaria una formazione giuridica, economica e storico-economica quantomeno basilare.

La riflessione di Maria Rosaria Ferrarese prende le mosse dagli studi sul potere di Weber e Foucault, che rappresentano degli indubbi capisaldi sul tema: i due Autori condividono un’analisi non economica, non giuridica e non sostanzialistica dei rapporti di potere, che, utilizzando lo schema della lotta come principio di analisi e d’intelligibilità del potere politico, li allontana sia dal liberismo di matrice contrattualistica, sia da un certo economicismo di matrice marxista. Il potere, difatti, investe l’intero corpo sociale, innervando tutte le relazioni che si stabiliscono al suo interno. A tal proposito, tutta la riflessione weberiana ruota intorno al tema delle relazioni tra l’economia, le forze e gli ordinamenti sociali; tra il mercato, le classi e lo Stato – riflessione fatta propria ed elaborata in chiave contemporanea dall’Autrice di “Poteri nuovi”.

In definitiva, sia Weber che Foucault prendono le distanze dal modello giuridico della sovranità statale, e dalla connessa separazione tra società civile e Stato, poiché fondano l’analisi del potere su quella strategica dei rapporti storico-sociali di assoggettamento e dominazione, e sulla “fluidità” dei passaggi dai rapporti di forza alle relazioni di potere, agli stati di dominio, alla disciplina che, attraverso diverse forme di coercizione fisica e psichica, produce nei soggetti di diritto diverse gradazioni di docilità. Anche per Weber, dunque, si tratta di studiare non il che cosa dello Stato ma

il come del potere all'interno dei gruppi e delle istituzioni sociali fino alla sovranità statale: come si esercita e funziona, la sua meccanica e le sue tecnologie, la sua economia e la sua razionalità, i suoi apparati amministrativi, le lotte interne per la direzione, le sue stratificazioni e le sue gradualità integrazioni, le interconnessioni tra le sue diverse forme, concetti fatti propri ed attualizzati alle ere della globalizzazione e della post-globalizzazione dalla Professoressa Ferrarese nel suo Volume, ove si mette in luce che il dominio non è solo quello politico-statale, né lo Stato è il *primum* che spiega tutto, ma al contrario è ciò che deve essere innanzitutto spiegato come risultato moderno di un processo storico d'integrazione di differenti operatori di dominazione.

Il potere, in definitiva, assume storicamente strutture e forme diverse a partire dalle lotte e dai rapporti di forza – fra individui, gruppi, ceti e classi; il rapporto di potere è sempre il risultato contingente e potenzialmente instabile della specifica lotta per la potenza da cui è sorto, è la prima stabilizzazione dei rapporti di forza.

Alla luce di queste riflessioni, l'Opera di Maria Rosaria Ferrarese s'inserisce nel filone degli studi sul cambiamento istituzionale.

PIERLUIGI MASCARO

GIOVANNI GALLONE, *Principio di riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo*, Cedam, Padova, 2023, pp. 284.

Il volume affronta il tema attuale e delicato dello spazio che deve essere riservato all'essere umano nell'attività amministrativa e nel sindacato sull'attività amministrativa, alla luce dell'uso sempre più penetrante dell'automazione.

La giurisprudenza sul caso c.d. della buona scuola (un *software* aveva determinato l'assegnazione della sede a docenti neoassunti o che avevano chiesto un trasferimento) ha dato origine ad una considerevole mole di contributi dottrinali sull'uso dell'automazione, fino a quel momento oggetto di studio solo da un gruppo di appassionati specializzati nella materia.

Il tema si sarebbe in ogni caso presto imposto, anche in virtù delle vicende pandemiche, che hanno prodotto un'accelerazione nella digitalizzazione del paese considerevole, e quindi anche l'urgenza di affrontare problemi fino a quel momento non qualitativamente, ancor prima che quantitativamente, significativi.

L'automazione dell'attività amministrativa e giurisdizionale risulta irresistibile. Del resto, è auspicata da un lato dai cittadini, dall'altro dalle istituzioni, fino agli operatori dell'amministrazione e magistrati. I primi, per superare la fallibilità dei secondi; i secondi, per lavorare meno e meglio.

Al tempo stesso, l'approccio è ambiguo: per un verso i cittadini vorrebbero un decisore automatizzato o uno umano, quando non si sia d'accordo con la decisione presa dall'uno o dall'altro. Per altro verso, comunque un interlocutore umano è invocato a fronte della ineluttabilità di decisioni che possono prendere in considerazione solo determinati parametri, senza potere valutare altre circostanze.

Il lavoro affronta in maniera seria e adeguata il tema: dialoga con la dottrina che si è occupata del tema e utilizza in maniera adeguata la dottrina generale amministrativistica e la giurisprudenza sul punto; offre riferimenti comparati essenziali alle esperienze più significative continentali (Francia, Germania, Spagna) e tiene ben presenti le fonti nazionali e unionali di riferimento.

L'Autore, ripercorrendo criticamente nozioni classiche, come quella di organo amministrativo, e problemi teorici più recenti, quali la natura giuridica dell'algoritmo, sostiene in modo convincente la sussistenza di un principio, immanente nell'ordinamento, di riserva di umanità, che impone una presenza umana ogni qualvolta sia all'opera l'automazione.

Nella prefazione J.B. Auby sottolinea l'importanza del principio di dignità umana (XV), alla base del diritto ad un controllo umano. Esso è cer-

tamente importante: va però evitato al tempo stesso il rischio di enfatizzare eccessivamente un ruolo di retroguardia per l'essere umano, il quale comunque programma e si serve delle macchine, anche quando lascia che esse operino da sole.

Il principio di riserva di umanità è certamente il portato di una maggiore maturità nella riflessione riguardo il modo di vedere l'interazione dell'essere umano con la macchina. L'autore ricorda giustamente come l'errore della macchina sia meno accettato di quello umano, sebbene meno frequente rispetto al secondo (32). Si può aggiungere che ancora meno accettato è l'errore che l'uomo non avrebbe compiuto (si cita spesso il caso delle vetture autocomandate, la cui casistica mostra una serie di incidenti che, in condizioni normali, un essere umano non avrebbe fatto). In altri termini, si è meno indulgenti con la macchina di quanto non lo si sia con l'essere umano, nonché con l'essere umano che quella macchina ha progettato. Plausibile che col tempo questi preconcetti siano superati, e in questo senso il principio di umanità deve avere la flessibilità adeguata per potere essere sia una leva per porre delle limitazioni all'uso sfrenato delle macchine che per impedire un atteggiamento preconcetto contro le stesse.

Nel lavoro così si fa un giusto riferimento ad una condivisibile visione complementaristica della robotica (38), sebbene non ci si debba spaventare di fronte all'ipotesi altrettanto attuale della robotica che operi anche in chiave sostitutiva dell'essere umano.

L'umanizzazione, in questo senso, non deve essere forzata: quando si riferisce della possibile strada per cui *“nella perimetrazione del dataset che rappresenta il punto di partenza dei ragionamenti della macchina, si ha cura di inserire e valorizzare dati che sono espressione dell'esperienza umana”*, come precedenti decisioni, la giusta osservazione può andare di pari passo con l'invito a non spaventarsi all'idea che la macchina possa, anche senza dovere necessariamente attingere al bagaglio delle decisioni umane già adottate, produrre decisioni originali, eccentriche rispetto a quelle che avrebbe adottato un essere umano, seppure preferibili in un rapporto costi-benefici.

L'istanza che viene rappresentata nel volume è, correttamente, quella di non rinunciare ad un centro di imputazione umano, così che *“non”* sia *“possibile affidare lo svolgimento delle funzioni amministrative a centri di imputazione che non abbiano un sostrato personale”* (46). Il problema, a ben vedere, per l'utente, è soprattutto di responsabilità, cioè di garanzia di un controllo che possa fornire tutela. Anche in ordine alla titolarità dell'organo, che non può che spettare a una persona (75), si può concordare, pur tenendo presente come il diritto si basi su finzioni giuridiche, come per le persone giuridiche. Del resto, risulta allo stato degli atti fantascientifico o

frutto di una errata ricostruzione l'idea che l'elaboratore possa essere esso stesso un centro di imputazione.

Il rinvenimento di un principio di riserva di umanità stimola in ogni caso diverse riflessioni: nell'affermare che sottoporre la persona a decisione automatizzata nel caso di attività autoritativa sia lesivo della persona (56), il riferimento più immediato è alle contravvenzioni automatizzate (si pensi al c.d. *autovelox*); la giurisprudenza della Corte costituzionale sulla necessità di revisione della taratura del 2015 si muove così nell'ottica del controllo sull'automazione, anche se, al tempo stesso, fa anche capire come i margini di contestazione delle decisioni automatizzate possano risultare molto stretti.

Inoltre, risulta problematico il tema dei c.d. algoritmi di auto apprendimento, per i quali non tutte le operazioni possano essere predeterminate nel momento della costruzione dell'algoritmo (83), e che pone la questione della controllabilità *ex post* dell'operato della macchina.

In generale, l'idea centrale del lavoro è che il ruolo dell'essere umano sia centrale soprattutto nel momento del controllo dell'operato della macchina. Si afferma correttamente nel lavoro che la scelta organizzativa non sia un valido meccanismo di imputazione (83), perché tali decisioni hanno valenza interna, seppure da quella scelta derivino conseguenze rilevanti. L'algoritmo è così oggetto della volizione amministrativa preliminare con cui si opta per l'automazione, divenendo contenuto dell'atto endoprocedimentale (94), sebbene – si può ancora osservare – questo sia un passaggio che viene nella pratica compiuto dall'amministrazione in maniera ancora ingenua, senza tenere conto dei possibili impatti, che già sono prevedibili. Si riconosce inoltre come sia possibile per l'Amministrazione optare, anche in difetto di una specifica disciplina legale o regolamentare che lo consenta, per lo svolgimento in forma automatica del procedimento (152), seppure questo sia un nodo problematico.

All'interno del procedimento, è giusto il riferimento effettuato all'importanza del responsabile del procedimento (108). E correttamente e condivisibilmente si argomenta su come il Regolamento europeo sulla protezione dei dati, e in particolare, l'art. 22, non costituisca una base adeguata per il divieto di decisioni completamente automatizzate (118): però si deve riconoscere che la dottrina e la giurisprudenza, con l'attuale quadro normativo, hanno fatto quel che hanno potuto per cercare forme di tutela, trovando comunque un riferimento almeno in quella norma.

L'attenzione dell'A. è rivolta a preservare in ogni caso il potere decisionale umano. Per tale ragione si argomenta su come la scelta di adottare un algoritmo non vincoli riguardo alla decisione, a fortiori, anche quando si scelga di adottare un algoritmo di autoapprendimento, c.d. aperto. L'auto-

vincolo comunque non potrebbe essere riconducibile all'algoritmo ma ad una scelta precedente.

La tesi è che l'intervento umano sia sempre necessario, anche se lo spazio di manovra risulta limitato: questi infatti dovrà fornire una motivazione precisa e accurata qualora decida di non adeguarsi a quanto suggerito dalla macchina, e potrà intervenire anche in casi di ingiustizia manifesta, illogicità o erroneità del risultato (171). Per altro verso, sarà possibile la configurabilità del vizio di violazione di legge nel caso di violazione del principio di riserva di umanità, se e quando sarà adottata una norma di legge specifica (195).

In ogni caso, si punta molto sul momento giurisdizionale, in quanto la difficoltà di motivare in senso difforme rispetto all'indicazione della macchina e l'applicabilità dell'art. 21 *octies* secondo comma (e quindi la non annullabilità) e della convalida in caso di decisione vincolata, sembrano fornire poca tutela.

Se per un verso così celerità ed efficienza rendono l'automazione un destino inevitabile, sul piano processuale sarebbe possibile compensare con un sindacato pieno (222), sebbene ciò peraltro comporti che vada sgombrato il campo dall'ipotesi di giudice algoritmico.

In altri termini, il volume ci propone il dilemma di un principio che, anche se affermato, richiede strumenti efficaci per essere effettivo.

Rimane però l'impressione che gli spazi limitati per l'amministratore a valle siano pochi, e che sia problematico anche il ricorso al giudice: innanzi a quest'ultimo in particolare si ricorre per singoli casi, e questi deciderà nei confini tracciati della domanda e dall'attivazione del singolo, e potrà non avere le competenze e la capacità per sindacare davvero la decisione, laddove invece l'uso dell'automazione può produrre decine e decine di decisioni simili, con effetti su larga scala.

Per questo, se il rischio e forse il destino dell'uso avanzato di algoritmi è che essi possano risultare sempre più incomprensibili e governabili *in itinere* ed *ex post*, servirà anche parallelamente, e con più impegno di quanto non sia stato dedicato sinora, approfondire lo studio della fase *ex ante*, relativa alla decisione di avvalersi di algoritmi e alla loro progettazione, dal punto di vista giuridico: ciò soprattutto perché siano sempre maggiori la trasparenza, il dibattito e la partecipazione.

FULVIO COSTANTINO

TOMMASO GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Laterza, Bari-Roma, 2021, pp. 171.

Nell'Italia contemporanea, di fiducia si parla spesso come di una "risorsa scarsa". Gli istituti di sondaggi si mobilitano frequentemente per accertarla, e i commentatori si diffondono sulla progressiva riduzione di tutti gli indicatori, che riguardano la fiducia fra cittadini non meno che di costoro nei confronti del potere pubblico.

D'accordo, dirà qualcuno, ma il diritto cosa c'entra con questo? Il libro di Tommaso Greco è una risposta: il diritto può entrarci, a condizione di ridiscutere la teoria che lo riduce al momento della sanzione a partire dal "paradigma sfiduciario" diffuso da filoni di pensiero risalenti ad Hobbes e a (una certa interpretazione di) Machiavelli. Ciò non significa, precisa, negare il ruolo della sanzione nel funzionamento del diritto, bensì di riconoscere che non basta a spiegarlo. Se cioè è "troppo ovvio [...] notare che in mancanza di qualsiasi sanzione istituzionalizzata si rischierebbe che i forti prevalgano sui deboli e ogni possibilità di un ordinamento giuridico sarebbe seriamente compromessa" (51), nondimeno, "Pensare ad un ricorso giudiziario o all'applicazione di una sanzione come un rimedio *ex post* contro l'inefficacia [...] implica che ci sia un *ex ante* nel quale l'obbligo è affidato a coloro cui la norma si rivolge" (52).

L'A. individua allora necessariamente un "doppio momento: il primo, relativo agli obblighi che un soggetto ha nei confronti di un altro soggetto, il cui fondamento non è da cercare in altro che nella norma: e il secondo – logicamente e cronologicamente successivo – in cui invece, a fronte della violazione degli obblighi da parte del soggetto che ne era titolare, e quindi di una 'delusione' delle attese da parte dell'altro soggetto, entra in gioco la possibilità di rivolgersi all'ordinamento per ottenere mediante l'impiego della coercizione ciò che non si è ottenuto mediante lo spontaneo adempimento. [...] È esattamente nello spazio definito dal primo momento che la fiducia può rientrare nel recinto del diritto dal quale era stata espulsa: perché è in quello spazio che i soggetti mettono in campo la loro volontà e la loro responsabilità, affidandosi, per così dire, l'uno alle cure dell'altro" (61-62).

Si può convenire con la notazione per cui "far discendere l'obbligatorietà giuridica dell'adempimento dall'esistenza della sanzione elide ogni possibile riferimento alla fiducia nell'ambito del diritto" (p. 46). Superata la tesi che blocca quella possibilità, rimane però incerta la collocazione della fiducia. Si tratta di un elemento o di un presupposto del diritto? Nel primo caso, se ne può parlare nello stesso senso in cui se ne parla a proposito della sanzione o dell'obbligo?

Si registra una certa oscillazione. In alcuni passaggi la fiducia diventa sinonimo di buona fede: il “diritto della fiducia” consisterebbe “in quel generale principio della *buona fede*, in base al quale l’ordinamento dà per scontato che occorra attenersi a standard di correttezza nello stabilire e intrattenere relazioni giuridiche” (65). Altrove essa è annoverata tra le motivazioni dell’azione umana, dove “può trovare spazio quella più propriamente giuridica, basata sulla volontà/capacità di *adempiere responsabilmente ai propri doveri*” (92).

Ora, un principio generale dell’ordinamento giuridico non coincide con una motivazione giuridica dell’azione umana, neanche quando la seconda sostenga il primo rendendolo effettivo. Inoltre, la volontà/capacità di adempiere responsabilmente ai propri doveri non è l’unica motivazione che può spiegare come mai l’accettazione delle norme sia molto più diffusa di quanto presupponga la tesi della risoluzione del diritto nella sanzione per la sua inosservanza. Per poterne trattare, occorre però distinguere a seconda che ci si riferisca ai rapporti giusprivatistici ovvero a quelli di diritto pubblico.

La sequenza che fa precedere il ricorso alla sanzione dallo “spontaneo adempimento” della norma si attaglia ai rapporti giusprivatistici. Quanto al diritto pubblico, fra i comportamenti del potere pubblico non vi è spazio per uno “spontaneo adempimento”, tantomeno per quell’“affidarsi [...] l’uno alle cure dell’altro” in cui consisterebbe la fiducia; mentre l’accettazione sociale delle norme e dell’intero ordinamento trae spesso origine da motivazioni diverse dalla fiducia, che vanno dalla mera abitudine all’adesione a certi valori tradotti in principi costituzionali.

L’esperienza dimostra, ha scritto Giuseppe Guarino, che la percentuale dei comportamenti difforni dalle norme corrisponde ad una frazione minima, e che “Se la generalità delle azioni è rispettosa della norma, gli ulteriori comportamenti vi si conformano per mimetismo. Andare contro corrente è faticoso, richiede impegno, il più spesso è dannoso se non impossibile” (*L’uomo-istituzione*, Laterza, 2005, 20). András Sajó ha spiegato con l’adesione popolare allo *status quo* la stessa osservanza media delle norme costituzionali (*Constitutional Sentiments*, Yale University Press, 2011, 114). E non si contano i giuristi, da Hesse a Mortati, che hanno fondato la presunzione di effettività di un ordinamento sull’adesione tendenzialmente generale a certi valori in quanto tradotti in principi costituzionali.

Come si vede, possono darsi spiegazioni diverse, e in parte fra loro alternative, dell’osservanza delle norme. In ogni caso, ammesso che la fiducia sia la più plausibile, sarebbe la sua valenza di presupposto o di condizione abilitante della effettività di un ordinamento a condizionare la fiducia quale aspettativa di conformità alle norme del comportamento altrui. Lo si de-

sume *a contrario* da quanto afferma lo stesso A.: “se la paura e la diffidenza diventano il principio ispiratore dell’ordinamento, come ben aveva visto Montesquieu e come abbiamo visto nelle occasioni tragiche della storia, queste non possono che trasmettersi anche ai rapporti tra i consociati” (105-106).

Queste precisazioni non mettono solo in evidenza la doppia valenza della fiducia, a seconda dei soggetti fra cui si presume possa o debba intercorrere, ma fungono da premessa per osservare ulteriormente che il ruolo del pubblico potere non si esaurisce affatto nel porre divieti, ma va commisurato all’altezza di un ordinamento nel quale la dimensione relazionale è fondamentale. Che è quanto aiuta a condividere l’ispirazione del libro.

L’esempio addotto da Greco è calzante: l’obbligo richiesto durante la pandemia di svolgere attività motoria “in prossimità della propria abitazione” riflette un diritto che impone non solo ai poteri pubblici ma anche ai cittadini un’assunzione di responsabilità, che sarebbe viceversa mancata se si fosse vietato di svolgere la stessa attività oltre un limite fissato quantitativamente. E aggiunge nel modo più significativo: “La scienza giuridica deve [...] essere consapevole che togliere la responsabilità dal campo giuridico vuol dire innanzi tutto togliere al diritto la sua *relazionalità*, il fatto cioè che io adempio ad una norma non solo perché me lo chiede lo Stato, ma perché quella norma regola i miei comportamenti nei confronti di altri. Dobbiamo smettere di schiacciare il diritto sulla linea verticale che lega lo Stato al cittadino, e dobbiamo ricordare senza reticenze che esso ha una funzione fondamentale, e forse primaria, nel coordinamento dei rapporti sociali, e nel far sì che attraverso le sue forme si possano stabilire e mantenere determinate relazioni, che sono giuridiche indipendentemente dalla minaccia di una sanzione” (151).

La consapevolezza che la responsabilità non vale solo per i detentori del pubblico potere ma anche per i cittadini – con tutte le differenze del caso – presenta ricadute importanti sulla convivenza: dalla concezione dei controlli, ancora prevalentemente dislocati nella fase preventiva e non in quella successiva di una qualsiasi attività (137), alla rilettura della distinzione fra regole e principi secondo il criterio che mentre la logica dell’*aut-aut* insita nelle prime rivela scarsa fiducia verso coloro cui si rivolge, il ricorso ai principi presuppone “di dover prendere decisioni per situazioni che non è possibile prefigurare precisamente, o per le quali il farlo sarebbe controproducente” (121), con la conseguenza di dover “trovare il giusto equilibrio tra l’esigenza della generalizzazione e l’ineliminabile necessità di assumere decisioni riferite a situazioni particolari che non possono essere tutte previste e regolate in anticipo: tra ‘regolarità’ e ‘discrezionalità’” (123).

Qui il tema della fiducia si correla a quello della certezza del diritto. La quale non può essere davvero ricercata continuando a postulare una semplice dicotomia fra diritto legislativo per regole e ‘diritto libero’ lasciato all’arbitrio dei giudici. L’equilibrio è pensabile fra i poli di un *continuum*, dopo aver preso atto delle conseguenze nefaste del puntare esclusivamente sull’uno o sull’altro.

Una seconda dicotomia, oggi di moda, appare non meno equivoca. Quella fra una “società orizzontale”, fondata su rapporti egualitari e liberata dal dominio dell’autorità, e una “società verticale” al contrario basata sul dispositivo della coercizione. Saggiamente, l’A. nega la possibilità di una *reductio* all’uno o all’altro modello, suggerendo l’idea della compresenza di ambedue nel diritto (148).

La nozione di autorità democratica è per giunta coesenziale alle democrazie costituzionali, per cui il discorso sulla fiducia sarebbe fuorviante se lo si limitasse ai rapporti orizzontali. Nell’esperienza della Repubblica da cui siamo partiti, una sbilanciata fase di fiducia nelle virtù della società civile generò equivoci fatali, e un mai da allora recuperato deprezzamento dei circuiti di responsabilità politica.

CESARE PINELLI

Regolamento della procedura di valutazione dei contributi proposti
per la pubblicazione sulla «Rivista italiana per le Scienze Giuridiche»

1. La Rivista pubblica articoli scientifici di contenuto giuridico.
2. Gli articoli devono essere inediti e non destinati ad altra sede di pubblicazione.
3. Gli articoli devono essere corredati da una sintesi del testo in italiano e in inglese.
4. Il Comitato di Direzione può eccezionalmente decidere della pubblicazione in deroga ai punti 2. e 3., per specifiche ragioni.
5. Il Comitato di Direzione effettua una prima istruttoria e decide se il contributo sia meritevole di essere pubblicato sulla rivista.
6. Il Comitato di Direzione sottopone successivamente a valutazione esterna gli articoli scientifici che ha accettato, e, una volta espletata la procedura, decide definitivamente sulla pubblicazione.
7. Il Comitato di Direzione invia gli articoli che sottopone a valutazione esterna ad almeno due referenti, esterni al Comitato di Direzione e alla Redazione, scelti tra i professori ordinari e associati, anche a riposo, della stessa materia o di materie affini, esperti dei temi trattati dallo scritto. Possono essere interpellati anche abilitati alla prima e seconda fascia, seppure ancora non chiamati, durante il periodo di validità della loro abilitazione.
8. La valutazione avviene secondo il metodo del c.d. doppio cieco: gli autori non avranno conoscenza dell'identità dei valutatori e i valutatori non avranno conoscenza degli autori.
9. Il Comitato di Direzione e valutatori sono tenuti al riserbo sulla procedura di valutazione.
10. I valutatori possono subordinare l'approvazione del lavoro a miglioramenti e integrazioni del testo.
11. Il Comitato di Direzione comunica le indicazioni dei valutatori all'autore, e decide sull'adequazione delle modifiche da questi apportate, nel caso in cui i valutatori non richiedano espressamente di riesaminare il lavoro.
12. Ogni componente del Comitato di Direzione ha un potere di veto sulla pubblicazione dei contributi vagliati dal Comitato direttivo e approvati dai referee.
13. Il Comitato di Direzione cura per tre anni la conservazione degli scritti ricevuti e delle valutazioni esterne.

CODICE ETICO

Art. 1

Principi generali

La Rivista Italiana di Scienze Giuridiche è dotata di un Codice Etico conforme alle linee guida adottate dal Committee on Publication Ethics (COPE) che tutte le parti coinvolte nel processo di pubblicazione sono tenute a conoscere, osservare e far rispettare.

Art. 2

Direzione della Rivista

Il Direttore Responsabile e il Comitato di Direzione sono i soli responsabili della decisione di pubblicare gli articoli sottoposti alla Rivista nel rispetto della normativa in materia di diffamazione, violazione del diritto d'autore e plagio.

Sono vietate discriminazioni basate su razza, sesso, origine etnica, cittadinanza, orientamento religioso, politico, accademico e scientifico degli autori. I lavori pubblicati sono sottoposti a una procedura di double blind peer review, a garanzia dell'anonimato.

I referee sono scelti tra illustri studiosi ed esperti in materia giuridica.

I contributi inediti ricevuti non possono essere utilizzati dai membri degli organi della Rivista e dai referee per finalità proprie senza il consenso dell'autore.

Il Direttore Responsabile, il Comitato di Direzione e la Redazione sono tenuti a non divulgare informazioni sui contributi ricevuti a soggetti diversi dagli autori e dai referee.

Art. 3

Referee

I referee conducono la revisione con obiettività ed esprimono i propri giudizi senza ledere la dignità dell'Autore; hanno facoltà di indicare correzioni e accorgimenti volti a migliorare l'elaborato.

Nel caso in cui il referee incaricato ritenga di non avere le competenze necessarie per revisionare l'elaborato o di non poter portare a termine l'incarico nel termine assegnato deve darne pronta comunicazione al Comitato di Direzione ai fini dell'individuazione di un nuovo referee.

Il referee è tenuto a segnalare prontamente al Comitato di Redazione eventuali somiglianze tra l'elaborato oggetto di revisione e altri elaborati pubblicati a lui noti.

CODICE ETICO

Art. 4

Autori

Gli autori sono tenuti a garantire l'originalità degli elaborati proposti per la pubblicazione e hanno l'obbligo di citare le fonti utilizzate ai fini della redazione del contributo; hanno altresì l'obbligo di evidenziare eventuali conflitti finanziari o altre tipologie di conflitto idonei a influenzare il contenuto degli elaborati.

Gli autori si impegnano a rispettare le norme redazionali e relative all'invio dei contributi, a garantire che l'articolo sottoposto a valutazione sia inedito, scientificamente originale e non proposto per la pubblicazione contemporaneamente in altre riviste o volumi, salvo espresso consenso del comitato di Direzione. Quest'ultimo dovrà essere informato qualora l'articolo proposto per la pubblicazione sia destinato anche ad essere pubblicato altrove, affinché se ne faccia menzione.

In caso di elaborato attribuibile a più soggetti, l'autore proponente deve citare tutti i coautori e acquisire il loro consenso alla pubblicazione. L'autore è altresì tenuto a fare menzione di tutti coloro che abbiano contribuito ad aspetti sostanziali dell'elaborato.

Agli autori, anche a seguito delle valutazioni espresse in sede di revisione, potranno essere richieste correzioni e/o integrazioni considerate opportune. Gli autori possono esprimere in proposito le loro osservazioni, che saranno valutate dal Comitato di Direzione per decidere sulla accettazione per la pubblicazione.

Gli autori che dovessero riscontrare errori o inesattezze successivamente alla pubblicazione sono tenuti a darne tempestiva comunicazione al Comitato di Direzione e ad adoperarsi per contribuire all'eventuale rettifica.

Finito di stampare
nel luglio 2023
PL Print - Napoli

