L-JUS

RIVISTA SEMESTRALE DEL CENTRO STUDI ROSARIO LIVATINO

Fascicolo 1 - 2020

Anno III

Direttore
Mauro Ronco

Direttore responsabile
Alfredo Mantovano

Coordinamento della redazione
Daniela Bianchini

Comitato di redazione
Domenico Airoma, Daniela Bovolenta, Walter Brunetti, Francesca Carloni, Antonio Casciano, Francesco Cavallo, Francesco Farri, Stefano Nitoglia, Daniele Onori, Margherita Prandi, Roberto Respinti, Angelo Salvi, Filippo Vari

Comitato scientifico
Simona Andrini, Ordinario di Sociologia del diritto – Università degli Studi Roma Tre
Maria Pia Baccari, Ordinario di Diritto romano – LUMSA di Roma
Emanuele Bilotti, Ordinario di Diritto privato – Università Europea di Roma
Francisco Javier Borrego Borrego, già giudice della CEDU
Ilaria Amelia Caggiano, Associato di Diritto privato – UNISOB di Napoli
Riccardo Chieppa, Presidente emerito della Corte costituzionale
Mario Cicala, Presidente emerito di sezione della Corte di Cassazione
Federico Fernández de Bujan, Ordinario di Diritto romano – UNED di Madrid
Carlo Deodato, Presidente di sezione del Consiglio di Stato
M. Luisa Di Pietro, Direttore Centro Studi e Ricerche sulla Salute Globale – Università Cattolica di Roma
Giovanni Doria, Ordinario di Istituzioni di Diritto privato – Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"
Vincenzo Geraci, Avvocato Generale emerito della Corte di Cassazione
Mauro Giovannelli, Avvocato in Firenze
Giuseppe Marra, Magistrato addetto al Massimario della Corte di Cassazione
Carlos Fernando Mathias De Souza, Ordinario di Storia del diritto – Università di Brasilia (UnB)
Giacomo Rocchi, Consigliere alla Corte di Cassazione
Armando Tursi, Ordinario di Diritto del lavoro – Università degli Studi di Milano

Rivista semestrale iscritta al n. 61/2018 presso il Trib. di Roma dal 22/03/2018

CRITERI REDAZIONALI

1. L'Autore di un'opera o di un articolo citato in nota va riportato indicando il cognome in carattere MAIUSCOLETTO, preceduto dall'iniziale del nome.
2. Il titolo dell'opera o dell'articolo citato va riportato con carattere *corsivo*.
3. La citazione delle Riviste va in *corsivo*.
4. L'indicazione dell'anno va in tondo.
5. L'indicazione del numero o di parti della Rivista va in tondo.
6. L'indicazione del numero della o delle pagine citate nella nota deve essere preceduta da "p." (pagina) o "pp." (pagine) o "c." (colonna); mentre, se le pagine proseguono oltre quella citata, si fa seguire "ss."
7. Nell'indicare un volume o un tomo, è possibile, rispettivamente, limitarsi al numero romano o al numero arabo, oppure far precedere i numeri da "vol." o "tomo".
8. Le particelle "cit." e "loc. cit.", indicative di pagine già citate, vanno in tondo; mentre vanno in *corsivo* la particella "*op. cit.*", indicativa di un titolo di volume o rivista già citato e le particelle "*ivi*" ed "*ibidem*".
9. Il luogo di edizione va in tondo.
10. È facoltativo citare la Casa Editrice.
11. I brani di altri Autori o il testo di disposizioni normative possono essere riportati, in carattere *corsivo*, utilizzando indifferentemente le caporali («…..») o gli apici doppi ("……").
12. Le parole straniere vanno in *corsivo*.
13. Per la citazione di opere scritte da più Autori, fermo restando quanto previsto al punto 1, i nomi devono essere separati dal trattino.

I contributi dovranno essere inviati al seguente indirizzo di posta elettronica: info@l-jus.it (in formato .doc), specificando nome e cognome dell'Autore, qualifica accademica e/o professionale, indirizzo di posta elettronica e recapito telefonico per eventuali comunicazioni.
Ciascun contributo dovrà recare il titolo sia in italiano che in inglese e dovrà essere completo di sommario, di un breve abstract (in italiano e inglese) e dell'indicazione di cinque parole chiave (in italiano e in inglese).

I contributi saranno pubblicati previa valutazione positiva da parte dei Valutatori. Il Direttore, in casi particolari (es. in caso di Autori di riconosciuto prestigio accademico o che ricoprono cariche istituzionali o in caso di relazioni tenute a Convegni o workshop organizzati o promossi dal Centro Studi Livatino), può escludere la procedura di valutazione, autorizzando la pubblicazione con la postilla "Contributo accettato dal Direttore".

IN QUESTO NUMERO

Il 2020 sarà a lungo ricordato per la rapida diffusione nel mondo del virus Covid-19. Esso ha colpito in modo particolarmente violento, fra le altre Nazioni, l'Italia, provocando lutti e sofferenze e costringendo le autorità civili, come è accaduto – se pure in modo diverso – in tutti gli Stati, ad adottare misure di contenimento che hanno fortemente compressa la fruizione di diritti fondamentali.

Il Centro Studi Rosario Livatino ha seguito fin dai primi decreti legge e dPCM la formazione di quella che può definirsi una legislazione di emergenza. Sul proprio sito a partire dal mese di marzo si sono susseguiti interventi quotidiani, avendo come duplice obiettivo quello di individuare i profili problematici della singola voce interessata dai provvedimenti del Governo, e quello di formulare proposte realistiche migliorative: col taglio indicato, sono state affrontate le questioni riguardanti l'uso dello strumento penale per indurre la popolazione a comportamenti virtuosi per arginare la pandemia, la condizione interna agli istituti di pena, aspetti toccati dai vari dd.ll., a cominciare dal d.l. "cura Italia", con riferimento agli aiuti alla famiglia, al trattamento dei lavoratori autonomi, alla gestione delle crisi di impresa. Non sono mancati gli approfondimenti sui risvolti etici di scelte di governo operate anche al di fuori dei confini italiani. Vi è stata una attenzione particolare alle misure adottate in tema di esercizio del culto, in particolare del culto cattolico, con riferimento le disposizioni del Concordato e della Costituzione. Si è riflettuto sugli sviluppi in regime ordinario della compressione della funzionalità di alcune istituzioni, in primis il Parlamento e l'ordinamento giudiziario, ancora in atto.

La prima parte di questo numero di L-JUS è pur essa dedicata a riflessioni correlate alla pandemia, ma in una prospettiva di più estesa articolazione, andando oltre la stretta attualità. Una delle istituzioni le cui posizioni hanno provocato reazioni e contrasti in questo periodo è senza alcun dubbio l'Unione Europea: il saggio iniziale, di Tomaso Epidendio, spiega quanto, soprattutto in un momento di crisi così pesante, il legame con le radici cristiane gioverebbe all'Europa a trovare al proprio interno quelle risorse di vigore e di generosità necessarie ad affrontarlo. In linea di continuità, Angelo Contrino e Francesco Farri, descritto il sostegno prospettato dall'UE agli Stati che la compongono,

forniscono un quadro delle misure finanziarie e fiscali che invece sono necessarie per una reale ricostruzione. Mauro Ronco approfondisce una delle questioni più delicate che l'emergenza ha posto al centro del dibattito: quella della responsabilità dei medici, a fronte delle scelte difficili in condizioni critiche che sono stati costretti ad adottare, ma anche in assoluto, formulando la proposta di limitare la responsabilità stessa al piano civilistico. Il saggio seguente, di Stefano Nitoglia, affronta il complicato nodo della limitazione della libertà religiosa avvenuta nei mesi dell'emergenza, ponendo a confronto i provvedimenti adottati con le disposizioni costituzionali e pattizie in vigore. Infine, Paolo Maci si diffonde sulle ricadute negative delle norme adottate sulla esistenza in vita delle scuole paritarie.

La seconda parte contiene la consueta serie di studi. Essa è aperta dal testo della relazione che Mauro Ronco ha svolto in occasione del 40° anniversario dell'omicidio dell'avv. Giorgio Ambrosoli, figura esemplare di professionista e di credente. Vent'anni dopo la direttiva 2000/78/CE, Angelo Salvi tratta della libertà di religione e del divieto di discriminazione nello spazio europeo. Aldo Rocco Vitale affronta il tema del rapporto fra diritto e persona nell'ideologia e nell'esperienza del marxismo. Conclude la sezione il saggio di Daniele Onori sui risvolti etici del lavoro del giurista nel diritto c.d. post-moderno.

Alfredo Mantovano

SEZIONE SPECIALE COVID-19

TOMASO EPIDENDIO
Sostituto Procuratore generale alla Corte Suprema di Cassazione

PER LA RISCOPERTA DELLE RADICI CRISTIANE DELL'EUROPA *

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Da dove veniamo – 3. Dove siamo arrivati – 4. Le radici cristiane dell'Europa – 5. Teologia politica contro teocrazia e Stato confessionale – 6. La *koinonia* come radice cristiana dell'Europa – 7. Conclusioni

1. Premessa

Qualcuno ha detto che lo scorso 11 aprile, dopo il compromesso dei Ministri delle Finanze sugli aiuti per la pandemia, l'Europa è finita. Il virus uccide le persone e ha ucciso l'Unione Europea.

Non so se l'Europa è finita e se dall'Unione Europea si stia passando di nuovo all'idea della Grande Germania, o alla composizione di nuove grandi alleanze planetarie, oppure se si stia tornando all'idea westafaliana degli Stati-nazione o a nuove concezioni della sovranità: quello che è certo è che – dopo aver manifestato l'incapacità di reagire in modo solidale alle crisi finanziarie, dei migranti e ora della pandemia – una certa idea di Europa sembra effettivamente morta. Intendo l'idea originaria di una Europa nata – come brillantemente recita il nostro art. 11 della Costituzione – dalle cessioni di sovranità statali necessarie a un ordinamento che assicuri "la pace e la giustizia tra le nazioni".

Un punto va subito chiarito: la morte di un'idea non è necessariamente cosa grave: può darsi che abbia fatto il suo tempo e che debba essere sostituita da altre più adeguate.

La morte di questa idea invece lo è.

Lo è per il motivo generatore che ne era alla base: la pacificazione di nazioni bellicose, protagoniste di ben due conflitti mondiali con strascico di genocidi e immense sofferenze per il mondo intero; lo è per la strada usata per perseguire questa pacificazione che, come vedremo, ha molto a che fare con le sue radici cristiane.

Lo è perché smarrire quell'idea di Europa significa smarrire le radici cristiane che incarnava e che, misconosciute, rinnegate e tradite, ne costituivano l'essenza vitale.

Credo, dunque, che sia importante impegnarsi perché questa idea risorga – rinnovata e trasformata dopo la prova a cui è stata sottoposta dal tradimento – e che sia importante

* *Contributo sottoposto a valutazione.*

farlo per ragioni che vanno ben al di là della contingenza e che, proprio nell'estrema sofferenza che ci infligge la tragedia pandemica, possono trovare l'energia di rinnovamento spirituale perché ciò avvenga.

Impegnarsi vuol dire prima di tutto riconoscere da dove siamo partiti, capire perché siamo arrivati a questo punto e poi individuare il modo in cui si possa avviare una nuova trasformazione.

2. Da dove veniamo

Forse non ci rendiamo più ben conto di quello che l'Unione Europea ha significato per noi e di quello che ci ha assicurato in anni che sembrano ormai irrimediabilmente passati. Forse non ci rendiamo più ben conto di cosa stiamo perdendo e, per comprenderlo, è bene fare ricorso non alla Grande Storia, con quel tanto di astrattezza e di distanza che essa porta con sé, ma alle piccole storie individuali, che con questa si intrecciano e che hanno tutta la concretezza del vissuto che si appella alla memoria di ciascuno di noi.

Ho avuto un nonno che, per destino di nascita, ha dovuto attraversare molte guerre: la guerra italo-turca del 1911-1912, la I guerra mondiale e la II guerra mondiale; durante i conflitti serviva in sanità e, tra i feriti e i morti, sapeva quanto fosse evanescente la distinzione tra amici e nemici e fragile la vita di ciascuno, quanto pesasse la lontananza dagli affetti e quanto valore avesse poter riabbracciare un amico dopo essersi separati. Ha avuto la grazia di morire ridendo: non ha retto la gioia di riabbracciare un amico che credeva perduto.

Lui sapeva bene – meglio di qualsiasi giurista o politico dei giorni nostri – quanto fossero importanti quelle cessioni di sovranità necessarie a un ordinamento che assicurasse la pace e la giustizia tra le nazioni; lui sapeva, molto meglio degli attuali protagonisti della Grande Storia, quale fedeltà si dovesse dimostrare nel gestire quelle cessioni di sovranità. Non è colpa di nessuno: lui lo sapeva meglio perché aveva fatto conoscenza per esperienza. Anche molti di coloro che hanno coltivato nel dopoguerra l'idea di Europa avevano questa conoscenza per esperienza, avevano conoscenze di tutte le umane debolezze e avevano provato sulla propria pelle quanto fosse difficile promuovere pace e giustizia tra i popoli.

Avevano conoscenza per esperienza e per questo hanno saputo far vivere il loro sogno, nonostante tutto quello che li separava, tutto il dolore di due conflitti mondiali che

avrebbe potuto trasformarsi ancora una volta in vendetta e rancore. Per questo hanno saputo individuare gli elementi che potevano concretizzare la loro idea di Europa: la spinta dei mercati a superare i confini delle nazioni (cosmopolitismo dei mercati) e la loro esigenza di pacificazione per poter funzionare al meglio (*pax mercatoria*); il principio della "unità nella diversità" che, prima di tutto, riconosce la diversità delle culture, degli ordinamenti e delle strutture, ma anche la possibilità di una "equivalenza" dei diversi, che consente la vita in comune.

Quindi il mercato come mezzo, e non come fine, e un impianto giuridico complesso che, non ripetendo i modelli di uno Stato nazionale o di uno Stato federale, sia ispirato all'armonizzazione delle discipline nazionali secondo un opportuno *self restraint* dei poteri esercitati nei confronti degli Stati nazionali, che devono essere accompagnati verso una progressiva condivisione delle medesime prospettive di giustizia e di bene comune.

3. Dove siamo arrivati

Ci si potrebbe attardare nella descrizione dei vari passaggi: di come si sia passati dal sistema delle Comunità a quello dell'Unione, da quello dei cd. "tre pilastri" a quello del Trattato di Lisbona; si potrebbero seguire i transiti dal mercato comune alla moneta unica e al ruolo assunto dalla Banca centrale europea; ci si potrebbe soffermare sui rapporti tra i diritti nazionali e il diritto comunitario: si potrebbe discorrere di impostazione monistica o dualistica degli ordinamenti, del modello "multilevel" di Pernice e delle sue traduzioni e varianti, di "reti normative" e di altre più fantasiose proposte che si sono di volta in volta tentate. Si potrebbe parlare della Carta di Nizza, di come la codificazione dei diritti fondamentali dell'Unione Europea abbia inciso sui rapporti tra le Corti. Si potrebbe citare questa o quella sentenza o fare una vera e propria "storia della giurisprudenza" e degli strumenti che questa ha creato per coordinare l'ordinamento nazionale con quello comunitario: si potrebbe discettare di "interpretazione conforme", "disapplicazione" (*recte* inapplicazione) delle norme nazionali, della distinzione tra diretta "applicazione" e di diretta "efficacia" delle norme comunitarie, di "efficacia verticale" e di "efficacia orizzontale", di questioni di legittimità costituzionale e "controlimiti". Tutti temi che hanno affascinato ormai generazioni di costituzionalisti, comunitaristi, penalisti, lavoristi, civilisti e amministrativisti e che, in passato, hanno attratto anche me, come magistrato penale e come cultore dilettante della materia.

Si potrebbe fare, ma sarebbe inutile. Si finirebbero per smarrire la direzione del cambiamento e, quindi, le cause della crisi a cui si è giunti.

Preferisco, dunque, concentrarmi sui sentieri che sono stati percorsi e che, nella mia prospettiva, hanno portato verso l'abisso.

Il primo è la trasformazione del mercato da mezzo per la pacificazione dei popoli a fine. Questa inversione assiologica tra pacificazione e mercato è quella che, a mio avviso, rende vani tutti i "moniti" che da più parti giungono alla "solidarietà" europea. Se si usa la logica economica, non si vede perché Stati – che, svincolati da limiti di spesa, hanno, per la loro passata oculatezza, risorse ingenti per fronteggiare le crisi – dovrebbero finanziare Stati che non potranno mai far fronte ai loro debiti, anziché attendere e poi acquistarne gli elementi produttivi.

Il secondo è il figlio del primo: l'accelerazione impressa al processo di integrazione europea. La corsa verso mercati sempre più ampi ha fatto dimenticare che la velocità richiesta dal mercato è incompatibile con la lentezza attraverso cui si costruisce la fiducia tra popoli, che vengono da storie e culture diverse. Si è coltivata l'illusione della "doppia cittadinanza", nazionale ed europea, senza avere la pazienza di costruirne i presupposti, rappresentati da una prospettiva di giustizia nazionale ed europea comune o, quanto meno, compatibile. Come i viventi, anche le istituzioni hanno tempi e ritmi che devono essere rispettati: averli trasgrediti ha reso una tragica illusione l'idea della "sovranità divisa", secondo cui ogni Stato conserverebbe la funzione di garante della libertà propria di un democratico Stato di diritto e l'Unione quella di garante dalle deviazioni che i singoli Stati membri potrebbero prendere rispetto a tale condizione a un certo momento della loro Storia. In assenza della costruzione di una prospettiva popolare (e dal basso) di giustizia comune sembra che fino ad ora i singoli Stati membri abbiano usato della loro sovranità per difendere, a scapito degli altri, i propri interessi nazionali e l'Unione si è mostrata incapace, sul piano dell'effettività, di prevenire scarti (più o meno gravi) delle singole nazioni dagli standard di democraticità e di Stato di diritto.

Il terzo è quel processo che Gunther Teubner chiama di «*autopoiesi giuridica*» e che porta le istituzioni ad essere autoreferenziali. Il diritto europeo – facilitato da Stati tolleranti, che si sono dimostrati privi di reale capacità di visione – si è sempre più svincolato dalle volontà fondatrici, ha dimenticato o negato il suo rapporto di derivazione dalle altrui volontà, e si è attribuito forza propria e carattere originario. Ha così

abbandonato progressivamente ogni criterio di *self restraint* e ha spostato il proprio asse portante dall'armonizzazione progressiva delle discipline nazionali – che vuol dire rispetto delle diversità e loro accompagnamento verso il bene comune – all'imposizione diretta di discipline comunitarie, che talvolta hanno significato l'omogeneizzazione di situazioni diverse e la produzione di ingiustificate disparità di trattamento, incomprensibili a chi le subiva. Ciò ha determinato la diffusa avversione popolare – curiosamente ma significativamente distribuita sia negli Stati avvantaggiati sia in quelli svantaggiati – verso quella che è stata sentita come la "burocrazia europea".

Il quarto è quello che usualmente viene definito "*juristocracy*". In questa sede, intendo in particolare quell'approccio in forza del quale la definizione dei diritti – e lo stabilire quale debba prevalere, nel bilanciamento tra quelli in conflitto – non debba avvenire in sede politico-rappresentativa, ma preferibilmente in sede giudiziaria, dove si realizzerebbe quella naturale convergenza delle giurisdizioni verso soluzioni condivise e ottimali, espressione di una medesima cultura internazionale dei giudici. La nota delicatezza di simile approccio all'interno degli Stati tradizionali risulta aggravata nell'Unione Europea. Essa, infatti, entra in competizione con il fragile e parallelo processo di democratizzazione delle istituzioni comunitarie, mettendo in crisi, ancor prima che possano affermarsi in termini di rilevante effettività, i poteri del Parlamento europeo. Così aumenta il deficit di rappresentatività delle istituzioni e la disaffezione delle popolazioni nazionali, ostacolando paradossalmente la formazione di una prospettiva di giustizia comune, sentita come calata dall'alto di una "aristocrazia" giudiziaria, alla quale si finiscono per attribuire compiti di rappresentatività e mediazioni politiche che la snaturano quale "giurisdizione".

La tesi di questo intervento è che tutti e quattro questi sentieri verso l'abisso hanno a che fare con il disconoscimento delle radici cristiane dell'Europa, in un senso che deve essere ben compreso per non essere confuso con una rivendicazione confessionale o peggio con la proposta di una teocrazia.

4. Le radici cristiane dell'Europa

Molto si è parlato delle radici cristiane dell'Europa e lo hanno fatto mirabilmente almeno due pontefici: Giovanni Paolo II e Benedetto XVI. In particolare, il primo nell'atto europeistico a Santiago di Compostela dell'11 novembre 1982 aveva affermato

che l'identità europea era incomprensibile senza il cristianesimo e, ancora nel settembre del 2008, si era già tenuta a Varigotti una conferenza internazionale sulle radici cristiane dell'Europa nel pensiero di Joseph Ratzinger, che aveva espresso a più riprese: ad esempio a Strasburgo nel 1979 sull'Europa come eredità vincolante per i cristiani; a Spira nel 2000 sulle speranze e i pericoli che essa correva; a Roma nel 2004 sui fondamenti spirituali dell'idea europeistica; nel 2005 a Subiaco sulla crisi della cultura europeistica.

Non credo tuttavia che sia stata pienamente recepita negli ambienti europei la complessità di pensiero di Ratzinger, che pure aveva chiaramente illustrato come l'Europa fosse un concetto, prima che geografico, storico-culturale. Puntuale era stata l'analisi delle svolte succedutesi nella storia sull'idea di Europa: quella del Sacro Romano Impero, in cui il mondo latino occidentale si costituiva in riferimento a quello slavo orientale; quella dopo la caduta di Bisanzio, in cui la latinità cattolica si era costituita in riferimento alla germanicità protestante; quella della Rivoluzione francese che aveva visto formarsi i concetti di laicità e confessionalità attorno alle idee di ragione e libertà. Preciso il riconoscimento della storia semantica dell'idea di Europa, in cui erano confluite diverse eredità culturali: greca, latina e moderna con le connesse dialettiche sui concetti di "bene" (in contrapposizione ai "beni"), di democrazia, di legge e fede.

Stupisce che, alla luce di tale complessità, si sia potuto banalizzare la richiesta di riconoscimento delle radici cristiane dell'Europa come una richiesta di confessionalità e come un rifiuto del multiculturalismo.

Stupisce ancor di più il netto rifiuto opposto a tale riconoscimento in sede di progetto per la Costituzione europea – nel quale era caduto anche il riferimento, contenuto nel Preambolo, al "patrimonio spirituale e morale" – nonostante nella Costituzione di uno dei paesi europei più importanti d'Europa, il Preambolo della Costituzione tedesca recitasse testualmente «*Cosciente della sua responsabilità davanti a Dio e agli uomini … il popolo tedesco … ha deliberato l'approvazione di questa legge fondamentale della Repubblica Federale di Germania*» e nonostante Herman Luebbe avesse precisato che gli elementi stabili della cultura religiosa integrati di fatto nel sistema politico non fossero affidati alle comunità religiose, ma legassero i cittadini alla comunità anche nella loro esistenza religiosa indipendentemente da un'appartenenza confessionale.

Stupisce ma, forse, più che stupire si manifesta nella sua consistenza di segno profetico della crisi imminente dell'Europa. Una Europa che, rifiutando le sue radici cristiane, si

privava di quell'elemento identitario (non confessionale) che solo poteva costituire la base di quella idea di giustizia comune, sulla quale tutti ritenevano dovesse essere costruito nell'avvenire un "popolo europeo", per affidarsi all'ideologia di uno Stato libertario e secolarizzato che, secondo la felice espressione di Böckenförde, «*vive di presupposti che da sé stesso non può garantire*»[1].

Stupisce, ma forse va compresa nella sua umana fragilità che, travolta dalla paura ormai storicamente inconsistente di una confessionalità sovranazionale, si era caricata di un pregiudizio anticristiano, che le ha impedito di vedere i reali pericoli che l'Europa aveva di fronte e che purtroppo si sono ora manifestati in tutta la loro dirompente drammaticità.

E allora bisogna forse ricominciare da qui: bisogna ripartire dalla comprensione che una "teologia politica", questa sì sottesa al riconoscimento delle radici cristiane, non significa una "teocrazia"; bisogna acquisire di nuovo consapevolezza del modo rivoluzionario in cui il "cristianesimo" concepisce i rapporti con la comunità civile, senza confondere i "tradimenti cristiani", che la comunità confessionale ha perpetrato talvolta nella storia, con il "cristianesimo" e comprendere come esso possa radicare la comunità civile per costruire davvero, lentamente e per successive approssimazioni, un "popolo europeo", premessa di ogni "solidarietà" oggi tanto invocata quanto assente.

Per farlo bisogna cercare di cancellare l'ipoteca che grava (o gravava) sulla "teologia politica", dopo l'uso che ne ha fatto un pensatore compromesso dalla storia come Carl Schmitt, una "teologia politica" che solo recentemente si sta riabilitando nel dibattito filosofico culturale (ad esempio nell'opera di Giorgio Agamben).

Bisogna riscoprire il nano sotto la scacchiera, la teologia piccola e gobba che si vuole nascondere sotto la scacchiera come nell'automa di von Kempelen, solo grazie alla quale, però, si muovono i pezzi per vincere la partita.

Per farlo, e per capire in quale modo possa giocare un ruolo di rinascita (o resurrezione) il riconoscimento delle radici cristiane dell'Europa, può essere utile partire da un breve e denso frammento di Walter Benjamin, il frammento teologico-politico: un pensatore ebreo, come noto, un "fratello maggiore" che può aiutarci a comprendere le radici cristiane dalle radici del cristianesimo e cioè dall'ebraismo; tacciato all'epoca di

[1] Cfr. E. -W. Böckenförde, *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, Roma-Bari, 2010, p. 53.

marxismo e rifiutato dai marxisti, l'opposto del fantasma nazista che si agita non appena si menzioni Carl Schmitt.

5. Teologia politica contro teocrazia e Stato confessionale

Il frammento teologico-politico di Benjamin è tanto breve quanto di complessa interpretazione: molti eminenti studiosi (filosofi e teologi) vi si sono impegnati e certo sarebbe velleitario pensare di poter aggiungere qualcosa di significativo.

In questa sede interessa sottolineare solo alcuni passaggi nel tentativo di illuminare in quale modo il riconoscimento delle radici cristiane possa costituire una via di salvezza per l'Europa.

Secondo una delle possibili interpretazioni del frammento, in esso Benjamin mette in luce la dialettica che si può instaurare tra il sacro del "regno messianico" e il profano della ricerca della "felicità" (aspirazione di ogni politica). Mentre l'aspirazione terrena alla felicità si nutre del proprio realizzarsi e tende quindi ad estinguersi, a costruire rovine, l'energia messianica che è mossa dall'assenza e dalla privazione ha la capacità di resistere e di sollevarsi dalle macerie lasciate dai vincitori della storia e riscattare i vinti.

Ecco, per noi cristiani (che crediamo il Messia già giunto) il compito è quello di cercare e indicare la luce messianica che brilla negli eventi umani, non imporre una teocrazia od obbligare qualcuno a credere in qualcosa, ma assecondare una direzione della storia impressa dall'energia messianica che si trova in essa e che ogni volta è trattenuta (il paolino *katéchon*) da una ricerca della felicità che non può realizzarsi qui senza esaurirsi e finire in macerie.

Se così è, le radici cristiane dell'Europa significano l'esatto opposto di quello che hanno inteso coloro che hanno rifiutato di riconoscerle e quel tanto di teologia politica che è compresa in esse significa proprio esaltare quei presupposti che sono alla base del concetto cristiano di comunità, come *koinonia* e che – seppure non esplicitamente e anzi nascondendo il nano gobbo del concetto teologico – ha costituito le fondamenta dalle quali ha preso origine quell'idea di Europa che, ora morente se non già morta, si deve cercare di far risorgere.

6. La *koinonia* come radice cristiana dell'Europa

Se, come è stato detto, la comunità cristiana è in realtà l'articolazione dei concetti di *communitas* e di *koinonia* e se quest'ultima rifugge sia il dominio (che esalta la diversità del forte rispetto al debole), sia l'egualitarismo (che oblitera le differenze e porta al relativismo culturale), ma riconosce la diversità e la complementarità dell'altro per la vita comune, ben si può comprendere quale importanza abbiano queste "radici cristiane" per l'Europa – fatta di nazioni diverse che, bellicose e belligeranti (si pensi ad alcuni Stati dell'ex Jugoslavia), hanno forze economiche differenti, lingue diverse, storie diverse e culture diverse – e, segnatamente, quanta importanza abbiano per la costruzione di una "comunità" europea, termine assai più pregnante di quello tanto pretenzioso quanto ambiguo di "Unione" che le si è successivamente preferito, credendo di farle fare un passo avanti e facendole fare, invece, più di un passo indietro.

Ben si comprende in termini più strettamente giuridici quale valenza fondamentale avesse avuto, per la soluzione dei conflitti normativi, la preferenza assegnata a criteri di competenza (complementarità) piuttosto che a quelli di gerarchia (dominio); ben si comprende quanto fosse importante la preferenza data a "direttive" vincolanti nei fini rispetto alla diretta efficacia di norme comunitarie che comportassero la disapplicazione di quelle nazionali; ben si comprende quale rilevanza avesse lo spazio di adattamento nell'attuazione dato alle peculiarità istituzionali dei vari Stati membri (principio di equivalenza). Ben si comprende l'importanza che era stata data al "dialogo" tra le Corti e quale attenzione si ponesse – sia a livello nazionale, sia a livello di europeo – ad evitare situazioni di aperto scontro.

L'obliterazione di tali aspetti dopo il Trattato di Lisbona, l'assenza di pazienza e ascolto delle diversità sciaguratamente accompagnata dall'accelerazione di integrazioni che in realtà hanno ampliato le diversità senza rispetto dei ritmi di ciascuno, rappresentano emblematicamente i frutti velenosi del rifiuto delle radici cristiane dell'Europa.

Recuperarle non è a mio avviso un regresso, ma una "ripartenza" e il cristiano credente – che dovrebbe avere buona pratica di queste radici – ben può rappresentare quella "minoranza creativa" che può muovere verso la risurrezione di quell'idea di Europa.

7. Conclusioni

La questione della riscoperta delle radici cristiane dell'Europa, soprattutto per come sopra tratteggiata, rappresenta un capitolo del più ampio tema del ruolo del cristiano nella società civile e della costruzione di un senso di giustizia comune, che sempre più spesso sembra smarrito nella divergenza dei valori e delle opinioni. Sopra l'ho trattato dal punto di vista di come può essere recepito dalla società civile. Resta invece la responsabilità del cristiano su come si rende testimone della sua cristianità nella società civile.

Proprio per questo mi piace ricordare quale conclusione di queste brevi riflessioni, le parole pronunciate proprio da Livatino a Canicattì il 30 aprile 1986 ad una Conferenza su "Fede e diritto": «*rendere giustizia è realizzazione di sé, è preghiera e dedizione di sé a Dio*».

Queste parole erano pronunciate in riferimento al ruolo dei magistrati, ma se tutti noi cristiani interpretassimo il nostro lavoro e il nostro compito nella società civile come una "preghiera", ecco credo che si sarebbe già a buon punto.

Bibliografia essenziale

AA.VV., *Politica e religione. 2008-2009: il Katechon (2Ts 2, 6-7) e l'Anticristo. Tecnologia e politica di fronte al mistero dell'anomia*, Brescia, 2009

AA.VV., *Verso i 60 anni dei Trattati di Roma: Stato e prospettive dell'Unione Europea*, Torino, 2016

A. ADINOLFI - G. GAJA, *Introduzione al diritto dell'Unione Europea*, Bari-Roma, 2010

A. ADAM, *Teologia politica*, Torino, 2008

W. BENJAMIN, *Frammento teologico politico*, in ID., *Il concetto di critica nel romanticismo tedesco. Scritti 1919-1922*, Torino, 1982

W. BENJAMIN, *Tesi sul concetto di storia*, Torino, 1997

W. BENJAMIN, *Gesammelte Schriften*, Suhrkamp Verlag, 1991

R. BELLAH, *Civil Religion in America*, in "*Dedalus*", 96, 1967

R. BIN - P. CARETTI - G. PITRUZZELLA, *Profili costituzionali dell'Unione Europea*, Bologna, 2015

E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, Roma-Bari, 2010

M. BORGHESI, *Critica della teologia politica*, Torino, 2013

M. CACCIARI, *Il potere che frena*, Milano, VII ediz., 2013

GIOVANNI PAOLO II, *Atto europeistico a Santiago de Compostela. Discorso di Giovanni Paolo II*, Città del Vaticano, 1982

J. HABERMAS, *Questa Europa è in crisi*, Bari-Roma, 2012

J. HABERMAS - J. RATZINGER, *Ragione e fede in dialogo*, Venezia, 2005

N. IRTI, *Crisi mondiale e diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 2009, p. 1243 ss.

R. LIVATINO, *Fede e diritto*, Conferenza tenuta il 30 aprile 1986 a Canicattì, nel salone delle suore vocazioniste, in *Livatino scritti*, da http://www.solfano.it/canicattì

H. LUEBBE, *Staat und Zivilreligion. Ein Aspekt politischer Legitimitaet*, in *Religion des Buerger. Zivilreligion in Amerika und Europa*, 1986, p. 206 ss.

G. MAMMARELLA - P. CACACE, *Storia e politica dell'Unione Europea*, Bari-Roma, 2013

J. B. METZ, *Sul concetto della nuova teologia politica*, Brescia, 1998

J. C. MURRAY, *Catholics in America. A reative minority. Yes or no?*, in *Catholic Mind*, 53, 1955

F. OST - M. VAN DER KERCHOVE, *De la Pyramide au reseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Publication des Facultés iniversitaires Saint-Louis, 2002

M. PERA - J. RATZINGER, *Senza radici. Europa, relativismo, cristianesimo, islam*, Milano, 2004

I. PERNICE, *Multilevel Constitunionalism and the Crisis of Democracy in Europe*, in *European Constitutional Law Review*, 11 (3), 2015, pp. 541-562

E. PETERSON, *Il monoteismo come problema politico*, Brescia, 1983

G. RUGGIERI, *Il dibattito sulla teologia politica prima e dopo Peterson*, in *Costantino I, Enciclopedia costantiniana sulla figura e l'immagine dell'imperatore del cosiddetto Editto di Milano*, vol. III, 2013

C. SCHMITT, *Le categorie del politico. Saggi di teoria politica*, Bologna, nuova ed. 2012

C. SCHMITT, *Cattolicesimo romano e forma politica*, Bologna, 2010

J. TAUBES, *La teologia politica di San Paolo*, Milano, 1997

G. TEUBNER, *Critical Theory and Legal Autopiesis*, Manchester University Press, 2019

Abstract

TOMASO EPIDENDIO, Per la riscoperta delle radici cristiane dell'Europa

La tesi sostenuta nello scritto è che stia morendo l'idea fondativa dell'Europa – come ordinamento che salvaguardi la pace e la giustizia tra le nazioni – e che ciò sia avvenuto perché se ne sono smarrite le radici cristiane. Questo ha significato trasformazione dell'economia da mezzo a fine, accelerazione a fini mercantili del processo di integrazione (senza reale avvicinamento politico e culturale dei popoli), autorefenzialità delle istituzioni europee, giurisdizionalizzazione autocratica del diritto europeo. Si propone quindi come soluzione alla crisi la riscoperta delle radici cristiane dell'Europa. Ciò non significa, nell'ottica dell'autore, una rivendicazione confessionale o una secolarizzazione di concetti teologici, ma una loro "citazione" – nel senso che Walter Benjamin ha attribuito al termine – nella storia. Nella specie questo si traduce nel recupero degli strumenti giuridici che, anche nel recente passato europeo, hanno consentito di dare vita ai concetti di *communitas* e di *koinonia* e che proprio l'abbandono del termine "Comunità", in favore di quello di "Unione", ha finito per disconoscere, decretando forse inconsapevolmente la crisi definitiva di una idea di Europa che fino a quel momento aveva dimostrato di funzionare. Sullo sfondo il ruolo del cristiano nella società e il significato da dare a una teologia politica.

Parole chiave: Unione Europea, teologia politica, radici cristiane, juristocracy, diritto.

TOMASO EPIDENDIO, For the rediscovery of the christian roots of Europe

The paper argues that the founding idea of Europe as an order that safeguards peace and justice among nations is dying because its Christian roots have been lost. Such loss has transformed the economy from a medium into an end; accelerated the integration process for commercial purposes while the necessity of real political and cultural rapprochements of peoples have been overlooked; made the European institutions self-referential; and transformed European law into a juristocracy-driven legal order. The paper makes the case for the rediscovery of Europe's Christian roots in order to revitalize the European project. The paper does not suggest a religious or theological monopolization of the European integration, but a historical "quotation" of the religious spirit, à la Walter Benjamin. Such an approach would retrieve the legal tools that gave birth to the European "*communitas*" and "*koinonia*" in a not so distant past. The very replacement of the term "Community", in favor of that of "Union", disavowed – perhaps unknowingly - the founding vision that had strengthened Europe for decades. It is against a new background of "political theology" that also Christians should find their role in contemporary societies.

Key words: European Union, political theology, Christian roots, juristocracy, law.

ANGELO CONTRINO
Avvocato in Milano, Professore Ordinario di Diritto Tributario, Università Bocconi di Milano
FRANCESCO FARRI
Avvocato in Arezzo, Dottore di ricerca in Diritto dell'Economia e dell'Impresa, Università La Sapienza di Roma

EMERGENZA CORONAVIRUS E CRISI ECONOMICA: QUALI MISURE FINANZIARIE E FISCALI PER RIPARTIRE? *

SOMMARIO: 1. Il contesto macroeconomico – 2. Le sfide vinte nel passato e la sfida attuale – 3. Le misure di sostegno dell'offerta – 3.1. Sostegno finanziario – 3.2. Sostegno fiscale – 3.3. Sostegno organizzativo – 4. Le misure di sostegno della domanda – 4.1. Misure fiscali – 4.2. Misure assistenziali – 5. La legittimità delle misure di sostegno nel contesto internazionale – 6. Le esigenze di finanziamento poste dalle misure di sostegno – 7. Le possibili fonti di finanziamento – 7.1. Entrate tributarie e politica monetaria – 7.2. Debito pubblico e prestiti internazionali – 8. Il ruolo dell'Unione Europea – 9. Considerazioni conclusive – 9.1. I limiti dell'intervento europeo – 9.2. Il ruolo centrale della solidarietà nazionale: buoni del tesoro per la ricostruzione e prestiti forzosi – 9.3. Il piano di sostegno statunitense.

1. Il contesto macroeconomico

Le economie di mercato si caratterizzano, per loro natura, per un andamento ciclico: i periodi di espansione culminano nel momento di saturazione della domanda; alla saturazione della domanda fa seguito una flessione della curva dell'offerta che, raggiunto un certo livello, viene riattivata dai nuovi bisogni della domanda, dando così vita a una nuova fase espansiva[1]. A sua volta, il vigore dell'offerta genera per la comunità esternalità positive, come l'aumento dell'occupazione o l'incremento del gettito tributario. Può anzi dirsi che, se obiettivo fondamentale delle odierne democrazie occidentali è il mantenimento di una *welfare community* capace di soddisfare le esigenze di vita che i

---

* *Contributo sottoposto a valutazione.*

[1] Sul tema cfr., per tutti, J.A. SCHUMPETER, *Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung*, München-Leipzig 1912, trad. it. *Teoria dello sviluppo economico, Milano 2002; Id., Business cycles: a theoretical, historical and statistical analysis of the capitalist process*, New York 1939, trad. it. parziale *Il processo capitalistico. Cicli economic*i, Torino, 1977; S.S. KUZNETS, *Cyclical Fluctuations: Retail and Wholesale Trade*, New York 1926; G. PELLA, *Cicli economici e previsioni di crisi*, Milano, 1938; M. KALECKI, *Essays in the theory of economic fluctuations*, London 1939, trad. it. *Saggi sulla teoria delle fluttuazioni economiche*, Torino, 1985; W.C. MITCHELL - A.F. BURNS, *Measuring business cycles*, New York, 1946; P. SYLOS LABINI, *Problemi dello sviluppo economico*, Bari, 1970; R.E. jr. LUCAS, *Studies in business-cycle theory*, Cambridge USA, 1981, trad. it. *Studi sulla teoria del ciclo economico*, Milano, 1986; J.R. HICKS, *Are there economic cycles?*, in *Money, interest and wages*, Oxford, 1982.

cittadini non sono in grado di fronteggiare autonomamente, ossia di garantire a tutta la popolazione un certo tenore di vita, sono proprio le esternalità positive connesse alla solidità dell'offerta ad essere il beneficio principale delle fasi espansive nell'ottica del bene comune e dell'economia pubblica.

L'andamento ciclico sopra descritto si verifica tanto nelle fasi di svolgimento ordinario della vita economica, quanto, e a maggior ragione, a seguito di eventi negativi eccezionali: infatti essi determinano, da un lato, una flessione repentina della domanda e dell'offerta e, dall'altro lato, a cessazione dell'evento straordinario, una più vigorosa ripresa della domanda, capace di stimolare l'offerta e le sue esternalità positive.

L'esperienza storica ne ha tradizionalmente dato prova. Per rimanere al caso più eclatante per l'Italia, alla devastazione del Secondo Dopoguerra ha fatto seguito il boom economico degli anni Cinquanta e Sessanta.

È pertanto lecito ritenere, ma anche auspicare, che la cessazione dell'emergenza sanitaria causata dall'epidemia di coronavirus determini l'insorgenza di condizioni assimilabili per una ripresa economica.

2. Le sfide vinte nel passato e la sfida attuale

La sfida è, a questo riguardo, quella di interpretare in chiave economico-finanziaria le peculiarità della situazione odierna al fine di individuare gli strumenti economici e giuridici più appropriati per favorire e sostenere la rinascita.

In questa prospettiva, occorre anzitutto prendere atto che l'esperienza storica si presta a offrire indicazioni soltanto di principio. Troppo diversi sono i contesti attuali rispetto a quelli verificatisi in passato per poter trarre spunto in merito al contenuto delle specifiche misure da adottare.

Rispetto, ad esempio, alla situazione del Dopoguerra, si è oggi di fronte a un dramma che presumibilmente non avrà un momento di cesura netto, come fu la fine della guerra, poiché gli strascichi dell'epidemia si prestano a perpetuare i loro effetti anche dopo la cessazione della fase più acuta: ciò renderà la ripresa più lenta e meno decisa. Sempre rispetto alla situazione del Dopoguerra, oggi lo Stato Italiano, da un lato, non si trova da ricostruire un sistema di infrastrutture industriali, come avvenuto dopo la Guerra, ma, dall'altro lato: (*i*) non può più disporre della politica monetaria, ossia del più potente strumento del governo dell'economia, che dagli anni Ottanta del Novecento (cd. divorzio

Tesoro - Banca d'Italia) è stata affidata alla gestione di tecnici e che, nel nuovo Millennio, la Repubblica ha ceduto al sistema Euro; (*ii*) non può più disporre della politica daziaria, che ha ceduto alla competenza dell'Unione Europea e al sistema del WTO; (*iii*) subisce un contesto di globalizzazione economica esasperata in cui le imprese sono state nel tempo sostanzialmente incentivate a delocalizzare la produzione all'estero o comunque a compenetrarsi fortemente con realtà estranee alla comunità nazionale e per le quali, quindi, l'incremento dell'offerta (e, quindi, della produzione) non si presta a generare esternalità positive (in termini, ad esempio, di occupazione e partecipazione agli oneri tributari) per la comunità nazionale.

Oggi, dunque, molte delle misure adottate nel Dopoguerra che hanno consentito il boom economico[2] non sarebbero neppure concepibili, sebbene la Costituzione non sia cambiata e i principi fondamentali del nostro ordinamento, su cui si è fondato l'intervento economico per il Dopoguerra, siano rimasti giuridicamente immutati. Dall'esperienza pregressa si può, quindi, trarre essenzialmente l'indicazione generalissima che per favorire la rinascita economica lo Stato deve fare quanto nelle proprie possibilità per sostenere la domanda, in modo che essa traini l'offerta, e per sostenere l'offerta, in modo che essa sia in grado di sostenere l'impeto della rivitalizzata domanda e produca quelle esternalità positive per la comunità (occupazione, gettito tributario ecc.) che sono l'obiettivo fondamentale che l'intervento pubblico nell'economia deve garantire nelle odierne democrazie occidentali per realizzare una comunità del benessere.

Né la situazione si presta a essere replicata immaginando come contesto di riferimento per gli interventi di sostegno all'economia un orizzonte diverso da quello dello Stato.

---

[2] Si vedano in particolare le opere di L. EINAUDI, *Lezioni di politica sociale*, Torino, 1949; ID., *Il buongoverno*, Roma-Bari, 1954; E. VANONI, *Lezioni di scienza delle finanze e diritto finanziario*. Parte I. *Principi di economia e politica finanziaria*, Padova, 1937; Id., *La nostra via. Criteri politici dell'organizzazione economica*, in Quaderni di Roma, luglio 1947, 4, p. 340 ss., ora in A. Magliulo (a cura di), *Ezio Vanoni. La giustizia sociale nell'economia di mercato*, Roma, 1991, p. 129 ss.; Id., *Lo sviluppo economico italiano e la cooperazione internazionale*, in La comunità internazionale, 1955, pp. 3-12 ss., ora in P. Barucci P. (a cura di), *La politica economica degli anni degasperiani. Scritti e discorsi politici ed economici*, Firenze, 1977, p. 377 ss.; G. Pella, *Tre documenti della rinascita*, Bologna, 1953; G. Carli, *Intervista sul capitalismo italiano*, Roma-Bari, 1977; Id. (a cura di), *Sviluppo economico e strutture finanziarie in Italia*, Bologna, 1977; Id., Economia, società, istituzioni, Milano, 1989; Id., *Le due anime di Faust. Scritti di economia politica*, Roma-Bari, 1996. Per una lettura in chiave storica cfr., tra i moltissimi, P. BARUCCI, *Ricostruzione, pianificazione, Mezzogiorno: la politica economica in Italia dal 1943 al 1955*, Bologna, 1982; A. CARDINI (a cura di), *Il miracolo economico italiano (1958-1963)*, Bologna, 2007; V. CASTRONOVO, *L'Italia del miracolo economico*, Roma-Bari, 2010.

E infatti, le predette funzioni monetaria e daziaria sono state affidate a sistemi giuridicamente distinti: il sistema Euro non coincide integralmente con l'Unione Europea e tanto meno essi coincidono con il WTO. Ciò rende manchevole il presupposto giuridico per una politica opportunamente coordinata. Inoltre, nessuno dei contesti sovranazionali depositari delle funzioni suddette è dotato di una funzione politica autonoma.

Conseguentemente, continuano a essere essenzialmente gli Stati che ne sono membri a decidere le misure che tali istituzioni possono adottare e, in verità, anche a disporre la destinazione delle risorse economiche che le istituzioni stesse dovessero ridistribuire tra i membri. Il sistema attuale conferisce, dunque, una sorta di potere di veto ai singoli Stati membri dell'organizzazione sovranazionale contro le misure proposte e richieste dagli altri Stati per affrontare la crisi economica, senza tuttavia offrire in cambio garanzie di adeguati strumenti comuni per sostenere l'economia.

In questa prospettiva, i singoli Stati non possono omettere di predisporre anzitutto al proprio interno strumenti diretti ad affrontare la crisi economica e il sostegno alla ripresa: laddove, poi, giungano dalle istituzioni sovranazionali o da altri Stati aiuti per la ripresa (come fu il piano Marshall nel Dopoguerra), tanto meglio, ma in essi non potrà riporsi l'aspettativa di strumenti decisivi per vincere la sfida. Occorre, quindi, iniziare a programmare la ripresa anzitutto rimboccandosi le proprie maniche, senza confidare in un *deus ex machina*.

Il contesto attuale rende, pertanto, molto più complicato intervenire per favorire e sostenere la rinascita economica del Paese.

Sul piano generale, tale constatazione non può non indurre a riflettere sull'effettiva idoneità dei percorsi intrapresi dallo Stato italiano sul piano internazionale e sovranazionale a tutelare gli interessi nazionali: e tale domanda si pone in modo tanto più impellente in quanto i partner internazionali che agiscono nei medesimi contesti, invece, ai propri interessi nazionali guardano sempre con esasperata attenzione. Sul piano più specifico, risulta che gli strumenti operativi di cui lo Stato Italiano può disporre nell'immediato futuro sono essenzialmente quelli finanziari e di politica del lavoro e fiscale (nella parte in cui rimasta ancora nel dominio della sovranità statale).

Occorre, quindi, studiare come modulare tali leve per sostenere la domanda e l'offerta e non farsi trovare impreparati alla fine della crisi. Dalle considerazioni sopra esposte emerge che si tratterà, per natura, di strumenti volti a sostenere la domanda interna e la

produzione interna, non avendo uno Stato come la Repubblica Italiana la forza economica di potere influire sulla domanda estera (come ebbero modo di fare, invece, gli Stati Uniti con il Piano Marshall) né sull'offerta estera (per natura indisponibile alla sovranità di altri Stati).

3. Le misure di sostegno dell'offerta

Sul piano logico, gli strumenti di sostegno dell'offerta appaiono preliminari rispetto a quelli di sostegno della domanda. Occorre, infatti, che le condizioni per la rivitalizzazione della domanda siano preparate in anticipo, in modo tale che il sistema economico non si trovi impreparato di fronte alla fine della crisi e alla rivitalizzazione della domanda. Farsi trovare impreparati sul piano dell'offerta farebbe dirigere le richieste della domanda interna altrove, con la conseguenza che le esternalità positive dell'incremento dell'offerta (aumento dell'occupazione, aumento del gettito tributario) non si produrrebbe per la comunità di riferimento, ma per altre.

Il sostegno dell'offerta deve agire su tre piani: finanziario, fiscale e organizzativo.

3.1 Sostegno finanziario

Il sostegno sul piano finanziario, ossia la diretta garanzia della liquidità per le attività economiche (imprenditoriali e professionali), è fondamentale sia per la fase acuta dell'emergenza sanitaria, sia nella fase successiva fino alla piena ripresa dell'operatività del sistema economico. Se agli operatori economici mancasse la liquidità per remunerare i costi fissi (a cominciare dal personale dipendente), l'intero tessuto produttivo del Paese collasserebbe in tempi rapidi e si ridurrebbe in miseria la gran parte della popolazione.

In questa prospettiva, e oltre alle misure fiscali con funzione di iniezione di liquidità di cui si dirà nel successivo paragrafo, appare corretto il modello, già approvato in altri Paesi come Germania e USA, di richiedere alle banche di offrire a imprese e professionisti prestiti a tasso zero, con garanzia pubblica per le restituzioni.

Sempre in questa fase di ricostruzione, a ciò dovrà accompagnarsi, sotto il profilo normativo, una temporanea revisione della normativa bancaria relativa ai criteri di concessione del credito e una temporanea revisione delle norme sulla verifica della solidità degli istituti di credito e per la gestione della crisi d'impresa. A questo riguardo, gli strumenti predisposti in Italia dal cd. "decreto liquidità" n. 23/2020 appaiono

scarsamente idonei a raggiungere il fine – fondamentale – che essi si pongono: troppo farraginosa, e a tratti addirittura illogica, è la procedura cui essi danno vita per consentire alle imprese di presentare al sistema creditizio una garanzia pubblica e ottenere, così, finanziamenti dalle banche; troppo rinunciataria l'azione nei confronti tassi d'interesse di tali prestiti d'emergenza e dei criteri di valutazione e dei tempi che devono adottare le banche per erogare denaro all'impresa a fronte della garanzia pubblica fornita. Più interessanti appaiono, invece, le prospettive: del Fondo Patrimonio PMI, disciplinato dai commi 12 ss. dell'art. 26 del d.l. n. 34/2020, seppure le dotazioni finanziarie di cui esso risulta fornito (4 miliardi di Euro) appaiano profondamente inadeguate rispetto al fine che esso ha di acquistare strumenti di debito emessi dalle piccole e medie imprese poste in crisi dal coronavirus; del Patrimonio Destinato della Cassa Depositi e Prestiti disciplinato dall'art. 27 dello stesso decreto, per le grandi S.p.a. in crisi.

Oltre a ciò, occorre ripensare più alla radice il sistema bancario e borsistico in modo tale da agganciarlo alle esigenze dell'economia reale e porlo al riparo da virtualità e speculazioni[3]. Sul piano bancario, ciò si realizza anzitutto tornando a una divisione di funzioni tra banche d'affari e banche commerciali: già dopo la crisi finanziaria del 2008, del resto, alcuni Stati come USA[4] e Regno Unito[5] si sono mossi sostanzialmente in questa direzione e non è più il tempo di rimandare la divisione delle sorti tra chi intende utilizzare il denaro per scommettere sulla finanza e chi, invece, ha bisogno di finanziamenti per mandare avanti la propria attività economica o vuole assicurare stabilità al proprio risparmio. Correlativamente, sul piano del mercato finanziario, merita di essere regolamentata in modo più stringente la negoziabilità degli strumenti finanziari in cui possono investire le banche commerciali e i risparmiatori che ad esse si affidano, in modo da porli al riparo degli attacchi degli speculatori.

3.2 Sostegno fiscale

Contestuale e intrecciato al piano finanziario è quello propriamente fiscale[6].

---

[3] In questa prospettiva, da noi evidenziata sul sito www.centrostudilivatino.it in data 30 marzo 2020, il d.l. 19 maggio 2020, n. 34 ha introdotto all'art. 136 alcuni, pur insufficienti, "incentivi per gli investimenti nell'economia reale".

[4] Cfr. la cd. "Volcker Rule" del Dodd-Franck Act del 2010.

[5] Cfr. la cd. "Vickers Rule" del Financial Services Act del 2013.

[6] Sulle agevolazioni fiscali concesse nell'immediato, e in particolare fino ad aprile 2020, si veda S. BOFFANO, *Brevi riflessioni sulle agevolazioni fiscali alle donazioni effettuate nel contesto della "emergenza coronavirus"*, in *Riv. telem. dir. trib.*, 20 aprile 2020, L. CARPENTIERI, *La cessione gratuita di*

Nella fase acuta della crisi, il versante tributario deve essere gestito in maniera tale da dare anzitutto tutto respiro finanziario alle attività economiche, a cominciare dalla sospensione degli obblighi di versamento dei tributi. Nella prospettiva della ripresa, la variabile fiscale deve essere orientata nella direzione di alimentare il tessuto imprenditoriale muovendosi contemporaneamente su almeno tre terreni.

A) In via preliminare, con effetto immediato nella fase acuta della crisi e fino alla piena ripresa, occorre dar corpo a quella funzione di "socio" dell'imprenditore e del professionista che lo Stato svolge nel momento in cui partecipa ai suoi guadagni chiedendo il pagamento di tributi: nel momento in cui, per ragioni straordinarie come quelle attuali, imprese e professionisti entrano in crisi di fatturato, lo Stato "socio" non può non partecipare a questa crisi[7].

Dovrà, conseguentemente, essere garantito in questa fase a imprese e professionisti una copertura statale del calo di fatturato verificatosi. Tale copertura potrà essere articolata come differenziale tra gli utili medi degli ultimi tre esercizi (ciò al fine di sterilizzare eventuali andamenti eccezionali del singolo periodo) e un massimale di tasso di profitto individuato dal legislatore in modo tale da garantire la remunerazione dei fattori della produzione, al netto di eventuali forme di "sussidio" pubblico finalizzate a coprire spese fisse della produzione (come, ad esempio, gli importi ricevuti per la cassa integrazione, i crediti d'imposta per spese di gestione degli immobili o eventuali temporanee esenzioni da imposte gravanti su tali fattori, come l'IRAP o l'IMU)[8]. Nel caso in cui, in questa fase, l'imprenditore o professionista rimanga capace di liquidità e in utile fiscale, tale copertura statale potrà avvenire tramite concessione di un credito

---

farmaci ad uso compassionevole: ovvero quando le norme fiscali rispondono a finalità extrafiscali, in *Riv. telem. dir. trib.*, 28 aprile 2020.

[7] Il tema, particolare ma estremamente concreto, dell'incidenza della crisi di liquidità sugli illeciti amministrativi e penali di omesso versamento dei tributi è stato vagliato da G. INGRAO, *Crisi di liquidità da coronavirus e omesso versamento di tributi: quali conseguenze sanzionatorie amministrative e penali?* in *Riv. telem. dir. trib*., 29 aprile 2020, secondo cui è da escludere che i provvedimenti di *lockdown* e la sottostante emergenza sanitaria pandemica possano costituire una causa di forza maggiore che determina di per sé la non punibilità amministrativa e penale, ritenendo, per contro, possibile la sussistenza di un'impossibilità assoluta di adempiere che farebbe venir meno la colpevolezza e quindi sia l'illecito amministrativo che quello penale.

[8] La proposta, da noi avanzata sul sito *www.centrostudilivatino.it* in data 30 marzo 2020, è stata parzialmente recepita, ancorché con modalità e limiti non del tutto razionali, nell'art. 25 del d.l. 19 maggio 2020, n. 34. Oltre a ciò ed ulteriori sussidi forfetari (che, come tali, non corrispondono alla logica indicata nel testo, ma a una logica più propriamente assistenziale) e forme di coperture dei costi, il d.l. n. 34/2020 ha introdotto misure di compensazione per i cali di fatturato delle imprese dei settori trasporti (artt. 196 ss.), delle filiere agricole (art. 222), delle piccole e medie imprese che operano in Zone Economiche Ambientali (art. 227).

d'imposta; nel caso di crisi di liquidità o perdita, dovrà trattarsi di una erogazione di finanza liquida. In entrambi i casi, seppur mediata nel primo tramite un istituto propriamente tributario (il credito d'imposta), la misura assolve quindi una primaria funzione di garanzia della liquidità, aggiungendosi alle iniezioni indicate nel precedente paragrafo e ponendosi al centro del sistema di protezione pubblica di quelle attività economiche (e relativo indotto) i cui introiti sono stati abbattuti e in molti casi azzerati dal coprifuoco sanitario. È naturale, peraltro, che la misura debba essere programmata come destinata ad esaurirsi con il progressivo recupero dell'operatività economica e del mercato. In questa prospettiva, essa dovrà anche favorire eventuali strategie di politica industriale che richiedano il riposizionamento delle forze economiche da certi settori produttivi o commerciali (in particolare, quelli per cui la domanda nella fase successiva alla crisi sia destinata a ridursi in modo non evitabile, rendendo così strutturalmente pletorica nella fase post-crisi l'offerta consolidatasi in tali settori prima dello scoppio dell'epidemia) ad altri. Per fare un esempio, se gli studi accertassero che la propensione degli Italiani a consumare pasti fuori casa fosse ridotta al minimo a causa del cambio di costumi determinato dall'epidemia di coronavirus, la misura fiscale dovrebbe favorire il transito di parte delle forze economiche prima impiegate nel settore ristorazione verso altri settori e non mirare a conservare a ogni costo un apparato (quello della ristorazione pre-crisi) destinato a fronteggiare una domanda che (almeno nel medio periodo) deve ritenersi ormai irrimediabilmente contratta.

B) In secondo luogo, occorre agire per salvaguardare e incentivare quelle esternalità positive, in particolare l'occupazione, che il rafforzamento dell'offerta genera nella comunità di riferimento.

Quanto al profilo della salvaguardia, è chiaro il riferimento alla necessità di garantire la CIG straordinaria per chi abbia lavoratori dipendenti (anche soltanto uno), dovendosi così confermare fino a consolidamento della ripresa l'impostazione prevista per la fase acuta dell'emergenza dagli artt. 19 ss. del decreto "cura Italia" n. 18/2020[9]. Per chi, e in particolare i professionisti, non disponga di lavoratori dipendenti o non sia comunque inserito in strutture (come studi associati) che ne dispongano, dovrà essere consentito l'alleggerimento degli oneri che più direttamente incidono sul cuneo fiscale: dovrà,

[9] Cfr., in tal senso, anche gli artt. 68 ss. del d.l. n. 34/2020, oltre al Fondo per la salvaguardia dei livelli occupazionali e la prosecuzione dell'attività d'impresa di cui all'art. 43 del medesimo decreto.

quindi, essere stabilita un'esclusione (almeno temporanea) dell'applicazione dell'IRAP, laddove dovuta, per queste categorie soggettive[10].

Quanto al profilo dell'incentivo delle esternalità positive in materia di occupazione, la riduzione del cuneo fiscale sarebbe certamente il primo viatico: sebbene la narrazione politica sembri eludere la questione quando periodicamente rievoca il tema del cuneo, va osservato che esso è creato anzitutto dall'IRAP (che escludeva e, tuttora, continua a limitare la scomputabilità dalla sua base imponibile delle spese per lavoro dipendente): ne consegue che la prima misura da adottare per chi voglia ridurre il cuneo fiscale sul lavoro è abolire l'IRAP od omologarne l'imponibile a quello dell'imposta sul reddito, sul modello dell'addizionale regionale.

Oltre a ciò, al fine di incentivare le esternalità positive sono da auspicare superdeduzioni ai fini dell'imposta sul reddito per l'assunzione di lavoratori dipendenti in numero che superi il personale già a servizio ante-crisi: se, adesso, è deducibile ai fini IRES il 100% delle spese di lavoro dipendente, la superdeduzione per incentivare la ripresa potrà prevedere, ad esempio, una deducibilità delle spese per nuovi lavoratori nella misura del 110%. Per i professionisti, dovrà invece essere concessa analoga superdeduzione dall'IRPEF degli oneri per contributi previdenziali[11].

C) In terzo luogo, è opportuno agire per favorire la competitività delle imprese e dei professionisti italiani sul mercato internazionale.

Ciò non deve avvenire soltanto in via indiretta, come negli ultimi anni si è cercato di fare ad esempio accordando incentivi per lo sviluppo tecnologico. Possono essere concepite anche misure dirette, come ad esempio un bonus per le esportazioni: esso potrà essere configurato come credito d'imposta parametrato al fatturato con l'estero, da erogare esclusivamente alle imprese e ai professionisti che offrano un piano per reinvestirlo in beni e servizi costituenti esternalità positive per il Paese (ad esempio, nuova occupazione o nuovi stabilimenti produttivi) e che dimostrino la pratica sul mercato interno di prezzi non superiori a quelli praticati sui mercati esteri. L'auspicio è che si muovano in tale direzione il Comitato per il sostegno finanziario all'esportazione

[10] La proposta, da noi avanzata sul sito del Centro Studi Livatino (*www.centrostudilivatino.it*) in data 30 marzo 2020, è stata parzialmente recepita nell'art. 24 del d.l. 19 maggio 2020, n. 34.

[11] La proposta di sterilizzare l'onere dei contributi previdenziali, da noi avanzata con riferimento ai professionisti sul sito *www.centrostudilivatino.it* in data 30 marzo 2020, è stata parzialmente recepita negli artt. 40 e 193 del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, seppure con riferimento a contesti soggettivi diversi e, all'evidenza, troppo circoscritti.

istituito dall'art. 9-septies del d.l. n. 269/2003, come modificato dall'art. 2 del "decreto liquidità", e le misure previste dall'art. 3 dello stesso "decreto liquidità".

3.3 Sostegno organizzativo

Sul piano organizzativo, occorre ripristinare un consapevole sistema di politica industriale per il Paese[12].

Smantellato l'intervento pubblico diretto nell'economia, liquidata l'IRI, l'Italia non ha più avuto una politica industriale degna di questo nome, ossia un sistema di valutazione strategiche delle esigenze produttive del Paese e dell'individuazione dei meccanismi mediante i quali garantire che esse siano soddisfatte. Troppo spesso la politica industriale italiana si è ridotta semplicemente a giocare di rimessa, ad esempio cercando di evitare la delocalizzazione dei grandi complessi produttivi e, più in generale, cercando di contrastare gli effetti di una globalizzazione che, per il resto, è stata subita passivamente, e mai, non solo cavalcata, ma neppure governata efficacemente.

Simili valutazioni strategiche, come ovvio, non implicano necessariamente un intervento diretto dello Stato nella produzione economica, ma richiedono l'adozione di una serie di politiche volte in due direzioni.

La prima direzione è preliminare e richiede la predisposizione di un sistema scolastico e universitario idoneo a dirigere i giovani a specializzarsi nelle professioni e nelle attività economiche di cui vi sia effettivo bisogno nel Paese.

La seconda direzione è sostanziale e richiede di delineare strategie di ampio respiro e lungimirante prospettiva temporale volte, da un lato, a incentivare gli imprenditori a intervenire nei settori ritenuti importanti per il Paese e, dall'altro lato, a creare gli spazi per consentire ai beni e servizi prodotti nel Paese di diffondersi in Italia e all'estero.

Per quanto attiene al primo aspetto, è inconcepibile ad esempio che un Paese evoluto come l'Italia non si sia premurato di coltivare un'industria sanitaria a servizio del sistema sanitario nazionale (garantendo spazi di riserva di sbocco nel mercato interno, oltre a eventuali altre misure idonee a garantirne l'equilibrio economico) che fosse in grado, nel

[12] Alla proposta, da noi avanzata sul sito *www.centrostudilivatino.it* in data 30 marzo 2020, ha fatto seguito un tentativo di recepimento negli artt. 39 e 42 del d.l. 19 maggio 2020, n. 34 che, tuttavia, non appare all'evidenza sufficiente a rinvigorire in modo efficace il quadro di organizzazione della politica industriale in Italia.

momento del bisogno, di convertirsi nella produzione dei beni medici essenziali per fronteggiare l'impennata della domanda connessa all'esplodere dell'epidemia. In prospettiva, inoltre e come già accennato, è necessario programmare l'eventuale esigenza di riposizionare verso altri settori produttivi e commerciali quelle forze economiche operanti in settori che, prima della crisi, erano fronteggiati da un livello di domanda che i cambi di abitudini causati dalla crisi rendono ragionevolmente irrazionale pensare di poter recuperare dopo la crisi: sostenere l'offerta, infatti, non significa conservare a ogni costo lo *status quo*, ma salvaguardare il complesso delle forze produttive del Paese e favorire un collocamento di esse nei settori che, nel nuovo corso, si presteranno ad essere trainanti. Per quanto attiene al secondo aspetto, senza fantasticare che l'Italia sia in condizione di organizzare aperture commerciali come sta facendo la Cina con la nuova Via della Seta, strategie e accordi di promozione del "made in Italy" più sistematici e meno estemporanei di quelli portati avanti negli ultimi lustri sono certamente ben concepibili.

4. Le misure di sostegno della domanda

Se sul piano logico gli strumenti di sostegno dell'offerta appaiono preliminari rispetto a quelli di sostegno della domanda, per le ragioni sopra esposte, sul piano sostanziale gli strumenti a sostegno dell'offerta assumono un ruolo se possibile ancor più centrale.

È l'aumento della domanda, infatti, che richiede un aumento dell'offerta: il movimento contrario ha carattere marginale, poiché la sovrabbondanza dell'offerta è suscettibile di tradursi in un incremento del volume d'affari (e, quindi, in prospettiva aggregata, in un aumento dal PIL) soltanto nella misura in cui sussista una residua elasticità della curva della domanda (da sollecitare tramite pubblicità, sconti e strumenti similari), ma essa, in generale, ha carattere meno significativo, specialmente nei momenti di crisi e post-crisi.

Come si è sopra accennato, un Paese come l'Italia è in condizione incidere sulla curva della domanda soltanto in chiave interna e, conseguentemente, l'esigenza di stimolare la domanda si coordina con l'esigenza di garantire le esternalità positive per la comunità (che si correlano all'aumento della produzione interna), introducendo meccanismi volti a supportare lo sbocco sul mercato interno dei beni e servizi prodotti nel Paese.

4.1 Misure fiscali

Nell'ambito delle imposte sui redditi, ciò può avvenire in particolare articolando un meccanismo di crediti d'imposta per l'acquisto di beni e servizi prodotti nel Paese (identificabili come tali secondo i criteri dell'art. 4 della l. n. 350/2003 o dell'art. 16 del d.l. n. 135/2009).

Per le imprese e i professionisti, ciò potrà avvenire ancora una volta mediante il sistema della superdeduzione: se i beni e servizi acquistati per l'esercizio dell'attività sono "made in Italy", le spese potranno essere considerate deducibili, non già nella misura ordinaria del 100%, bensì in quella ad esempio del 110%. Per le persone fisiche, potrà essere stabilita una detrazione generale di una percentuale delle spese sostenute per l'acquisto di beni e servizi "made in Italy". Nessun tetto massimo dovrà essere previsto per tale detrazione, poiché la funzione di stimolo dell'offerta che essa mira a perseguire cresce quanto più cresce la spesa per beni e servizi. Per converso, siffatta detrazione dovrà essere coordinata con il sistema delle detrazioni vigenti, escludendola per i beni e servizi già oggetto di specifica detrazione e subordinato le detrazioni già esistenti alla provenienza italiana dei beni e servizi che ne costituiscono oggetto.

Per gli incapienti, l'erogazione di sussidi alla spesa (come la carta delle famiglie o il reddito di cittadinanza) dovrà essere vincolata all'acquisto di beni e servizi made in Italy. In questo versante, naturalmente, rimarranno fermi gli importi massimi del sussidio determinati secondo le disposizioni generali in materia di assistenza sociale: non è, del resto, alle categorie economiche destinatarie dei sussidi di povertà che si affida la funzione di aumento della domanda aggregata in chiave di stimolo dell'offerta.

4.2 Misure assistenziali

Per inciso, e spostandosi dal quadro macroeconomico a quello di finanza pubblica dell'assistenza sociale a sostegno del welfare state, è invece essenziale sottolineare che i contenuti di detti ultimi sussidi devono essere resi finalmente idonei a garantire un'esistenza dignitosa a chi non sia nelle condizioni di procurarsi da vivere.

Tale esigenza si manifesta particolarmente pressante nella fase dell'emergenza attuale e richiede la configurazione di un sussidio diverso rispetto agli strumenti assistenziali ordinari (reddito di cittadinanza, assegni familiari, ecc.), che a essi si sostituisca in questo

periodo di emergenza[13], offrendo così l'occasione per ripensare – a regime e pur modificandone naturalmente i contenuti rispetto a quelli necessari per questa fase – un panorama attualmente confuso e a tratti irrazionale. Siffatto sussidio straordinario dovrebbe permanere in vigore fino a che l'emergenza non sia cessata sotto il profilo economico (orizzonte temporale certamente diverso e successivo rispetto alla cessazione dell'emergenza sotto il profilo sanitario) e dovrebbe essere parametrato a un indice rappresentativo del bisogno della famiglia in caso di emergenza, correlato alla liquidità necessaria per far fronte alla vita quotidiana.

La configurazione di questo parametro appare l'elemento di maggior delicatezza, in quanto i meccanismi solitamente utilizzati dall'ordinamento, in particolare l'ISEE, da un lato, si manifestano per molteplici profili illegittimi (a cominciare dal piano dell'insufficiente rispetto della riserva di legge)[14] e, dall'altro lato, sono comunque inidonei a rappresentare il bisogno di una famiglia in un momento eccezionale come quello attuale. Ciò sia perché l'elemento patrimoniale, valorizzato dall'ISEE, risulta sostanzialmente irrilevante in un momento in cui lo smobilizzo è di fatto impossibile o comunque gravemente antieconomico (con possibili ripercussioni sul sistema economico generale, come quelle che si verificherebbero nel caso in cui tutti i risparmiatori possessori di titoli del debito li monetizzassero per ottenere liquidità per far fronte alle esigenze straordinarie del momento attuale); sia perché va tenuto conto del numero dei componenti della famiglia, ciò che l'ISEE non garantisce a causa della iniqua scala di equivalenza su cui si basa.

In questa prospettiva, un parametro di commisurazione del bisogno nell'emergenza potrebbe essere la determinazione – realistica e non sottostimata, come purtroppo solitamente avviene – della liquidità necessaria per la vita familiare, direttamente proporzionata al numero dei membri, senza l'utilizzo di scale di equivalenza, maggiorato in caso di presenze di handicap e, naturalmente, di casi di coronavirus in famiglia.

Il sussidio spettante per famiglia dovrebbe correlativamente essere calcolato come differenza tra l'importo così determinato e le giacenze liquide di conto corrente dei

---

[13] La proposta di un sussidio *ad hoc* per il periodo dell'emergenza, da noi avanzata sul sito *www.centrostudilivatino.it* in data 25 marzo 2020, è stata parzialmente recepita nell'art. 82 del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, rubricato appunto "reddito di emergenza": il legame di esso all'ISEE, tuttavia, rende la misura scarsamente idonea a raggiungere gli obiettivi che si pone, per le ragioni già indicate nel testo.

[14] Per ulteriori approfondimenti, si veda F. FARRI, *Un fisco sostenibile per la famiglia in Italia*, Padova, 2018, p. 124 ss. e p. 153 ss.

membri del nucleo familiare stesso, rilevate prima dell'insorgenza sanitaria, aggiornate mensilmente in termini di differenza tra gli eventuali accrediti sopravvenuti e i prelevamenti per importi complessivamente non superiori alla liquidità media necessaria per la vita familiare, come sopra determinata. L'intrusione conoscitiva nei conti correnti, pur spiacevole, sarebbe resa compatibile con i migliori principi di privacy dal carattere volontario della presentazione della domanda di sussidio: non appare disdicevole, e anzi sarebbe meritevole sotto il profilo della trasparenza e della buona fede, che chi chiede aiuti per la liquidità, specie in una situazione di emergenza, dimostri di averne effettivo bisogno.

Il sussidio andrebbe erogato in denaro, concedendo agli impossibilitati a muoversi in sicurezza a causa delle restrizioni alle libertà di circolazione l'opzione per la fruizione in natura mediante organizzazione della consegna di un corrispondente quantitativo di beni da parte dei commercianti (consegna da effettuarsi tramite potenziamento di meccanismi già preconizzati dall'art. 48 co. 1 del decreto "cura Italia" in tema di prestazioni individuali domiciliari ovvero, se necessario, per il tramite di protezione civile o esercito). In questo senso, previe le opportune correzioni a livello legislativo, tra cui l'aumento dell'importo a disposizione del fondo, allo stato attuale davvero esiguo, dovrebbe dirigersi l'attuazione amministrativa del Fondo per il reddito di ultima istanza previsto dall'art. 44 del decreto, strumento che correttamente non distingue tra lavoratori dipendenti e autonomi.

Naturalmente, neppure un sistema e un indice così congegnato saranno in grado di intercettare esattamente i casi di effettivo bisogno in questa fase di emergenza: è un limite intrinseco del diritto quello di non riuscire mai a coprire esattamente la realtà fattuale ma di doverla sempre, in un certo senso, rincorrere. Nella presente drammatica situazione, tuttavia, è preferibile un indice più ampio, idoneo a comprendere nel perimetro del sussidio casi in cui in concreto potrebbe non esservi bisogno, piuttosto che potenzialmente troppo restrittivo, tale da escludere dal sussidio casi di effettiva necessità.

5. La legittimità delle misure di sostegno nel contesto internazionale

Diversamente da interventi selettivi sulle aliquote IVA (come potrebbe essere la riduzione di quelle gravanti su beni e servizi italiani rispetto a quelli esteri), le misure

sopra prospettate rientrano nel pieno dominio della sovranità nazionale e non richiedono, dunque, alcun placet da parte delle organizzazioni sovranazionali di cui l'Italia è parte.

Si ricorda, in particolare, come l'Unione Europea sia in realtà priva di competenze in materia di imposte sui redditi nazionali, né d'altra parte le misure sopra proposte si pongono in contrasto con altri principi che la prassi della Commissione Europea e la giurisprudenza della Corte di Giustizia hanno affermato come indirettamente rilevanti in materia. All'evidenza, esse infatti non violano alcuna delle libertà fondamentali (circolazioni di persone, merci, servizi e capitali), non costituiscono misure equivalente a dazi doganali (poiché nessun onere pecuniario è imposto alle merci in ingresso, secondo la definizione fornita dalla Corte di Giustizia fin dalla sentenza 25 gennaio 1977, causa 46/76, *Bahuis*), né costituiscono aiuti di Stato (poiché difetta, chiaramente, il requisito della "selettività" degli aiuti, essendo esse estese a tutti i soggetti residenti in Italia, e, in ogni caso, perché si rientra in una ipotesa classica di operatività della fattispecie di cui all'art. 107, paragrafo 2, lett. b del TFUE, trattandosi all'evidenza di istituti "*destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali*").

Fermo restando ciò, è chiaro che in una fase drammatica come quella odierna, in cui addirittura viene sospeso l'esercizio di libertà costituzionali e diritti umani fondamentali, non possono essere lacci e lacciuoli economici europei a intralciare l'intervento dello Stato a salvataggio del Paese.

Di questo, peraltro, sembrano essersi rese conto le stesse istituzioni europee che, nel non decidere le misure a sostegno dei Paesi, secondo quanto meglio si dirà nel successivo par. 7.2., hanno comunque dichiarato che non verrà sanzionato il ricorso all'indebitamento (essendo sospesi gli obblighi del patto di stabilità) e a certe tipologie di aiuti di Stato (cfr. il pur insufficiente quadro temporaneo per gli aiuti di Stato C(2020)1863 approvato dalla Commissione in data 19 marzo, modificato e integrato dalla Comunicazione della Commissione C (2020) 2215 del 3 aprile e recepito per gli enti pubblici diversi dallo Stato nel Capo II del Titolo II del decreto n. 34/2020), confermando da ultimo la piena legittimità delle misure contenute nei decreti "cura Italia" e "liquidità".

6. Le esigenze di finanziamento poste dalle misure di sostegno

Come chiarito fin dall'inizio, il fine ultimo ed essenziale delle misure sopra proposte è far sì che l'Italia, nonostante la crisi generata dal coronavirus, sia in grado di mantenere

anche per il futuro un sistema volto a soddisfare le esigenze di vita che i cittadini non sono in grado di fronteggiare autonomamente, ossia a garantire a tutta la popolazione un certo tenore di vita.

Sennonché, come evidente, per mantenere un certo tenore di vita servono risorse. Ciò vale tanto per le famiglie, quanto per lo Stato (locuzione con cui, per semplicità, si intende qui il coacervo di pubbliche amministrazioni statali, regionali, locali e non territoriali di cui si compone la Repubblica) in un sistema, come quello italiano, in cui esso è chiamato a intervenire per compensare i "fallimenti del mercato", ossia tutti i casi in cui il libero sistema economico non è in grado di garantire il benessere minimo di cui si ritiene che tutti i cittadini debbano godere.

In questa prospettiva, è possibile affermare che il coronavirus ha prodotto per lo Stato un effetto assimilabile a quello che produce in una famiglia la caduta in grave e lunga malattia di chi apporta reddito. Servono più soldi per mantenere il tenore di vita precedente e si ricevono meno entrate. Solo che, per lo Stato, non esistono salvagenti come sono per i privati le assicurazioni sanitarie e lavorative, in Italia fortunatamente obbligatorie, che consentono di curarsi e di integrare il reddito mentre la malattia impedisce di lavorare e, quindi, di guadagnare.

Deve, quindi, essere gestita una situazione in cui lo Stato deve spendere di più, per garantire onerose misure di supporto alla domanda e all'offerta come quelle sopra proposte (essenziali, a loro volta, per garantire le esternalità positive che alimentano il welfare State), ma subisce una contrazione delle entrate, perché le grandezze economiche si riducono e, con esse, il gettito dei tributi a quadro normativo invariato.

In un simile contesto, come avviene per i privati, se si vuole mantenere un certo tenore di vita ma mancano i soldi le alternative sono essenzialmente due: (a) trovare nuove fonte di entrate, oppure (b) rivolgersi a parenti, amici o specialisti del credito per ottenere i soldi necessari. Se in nessun ambito si riescono a trovare i soldi necessari, occorre ridurre le spese e, quindi, il tenore di vita.

7. Le possibili fonti di finanziamento

Calandosi nel contesto dello Stato, e in particolare della situazione italiana attuale, riguardo a tali strategie di finanziamento della spesa pubblica straordinaria per sostenere la ripresa economica si può affermare quanto segue.

7.1 Entrate tributarie e politica monetaria

Per trovare nuove entrate, a parte i prestiti di cui si dirà nel successivo paragrafo, lo Stato può innanzitutto imporre nuovi tributi oppure vendere il proprio patrimonio [15].

La prima strada appare inopportuna. In un Paese che già si contraddistingue per una delle pressioni fiscali più elevate al mondo e che si trova oggi in una condizione di prostrazione economica e morale a causa del coronavirus, l'aumento della pressione tributaria sarebbe soluzione, per un verso, di dubbia utilità (poiché ciò di cui oggi vi è bisogno è incentivare la produttività e la capacità di consumo, non farle oggetto di nuovi tributi che producono di natura un effetto disincentivante e di riduzione della liquidità disponibile), e per altro verso controproducente sotto tutti i profili.

La seconda strada appare in parte improponibile, in altra parte scarsamente idonea a fronteggiare l'emergenza nell'immediato[16]. Essa è improponibile nella misura in cui andasse a incidere su quella parte di patrimonio che riveste un significato per il Paese. Ma, se ancora si trovasse patrimonio pubblico ridondante pur dopo le tante campagne di dismissione realizzate negli ultimi anni, i tempi che la cessione o cartolarizzazione richiederebbe sarebbero lunghi e le procedure complesse.

L'unica eccezione a quanto detto è rappresentata dalle riserve auree, che per l'Italia valgono circa 100 miliardi di euro, custoditi in naftalina: è oggi, forse, il momento di mettervi mano, anche solo in parte, ma con grande oculatezza e prudenza.

Se è vero, infatti, che l'Italia ha una riserva aurea tra le più cospicue del mondo e che essa a oggi non risponde più alla funzione tradizionale di garantire la convertibilità in oro

---

[15] Per approfondimenti sul punto sia consentito il rinvio a A. CONTRINO - F. FARRI, *Emergenza coronavirus e finanziamento della spesa pubblica: è possibile trarre indicazioni per la futura politica fiscale italiana?*, in *Riv. telem. dir. trib*., 28 marzo 2020. Una terza via è prospettata da S. M. RONCO, *Scenari di politica fiscale nell'emergenza Coronavirus: brevi riflessioni*, in *Riv. telem. dir. trib*., 25 aprile 2020, valorizzando la relazione che insiste tra tassi negativi praticata dalla BCE e funzionalizzazione del risparmio privato alla ripresa economica: secondo l'A., gli oneri derivanti dall'applicazione dei tassi negativi potrebbero essere traslati e assorbiti dai titolari ultimi della liquidità inutilizzata, cioè i correntisti (soluzione, questa, che si stava già verificando prima della crisi sanitaria in diversi Paesi del nord Europa), creando lo stesso meccanismo di disincentivo creato dalla BCE per le banche; si tratterebbe – sempre secondo l'A. – di uno strumento di un certo interesse anche nella dimensione tributaria, che – se non può, da solo, garantire il soddisfacimento del fabbisogno effettivo della cassa statale – si differenzierebbe concettualmente da prelievi forzosi sui conti correnti o da altre tipologie di imposizione straordinaria di tipo patrimoniale, già ben noti ai contribuenti italiani. Per la prospettiva costituzionale, A. PERRONE, *Emergenza coronavirus e prelievo fiscale, tra diritti "scontati", obbligo contributivo, solidarietà ed Europa: riflessioni a caldo*, in *Riv. telem. dir. trib*., 21 aprile 2020.

[16] Cerca, comunque, di muoversi in questa direzione, da noi richiamata sul sito *www.centrostudilivatino.it* in data 18 aprile 2020, l'art. 164 del d.l. 19 maggio 2020, n. 34.

di una moneta nazionale, donde la possibilità di un utilizzo razionale ad altri fini; è anche vero che l'intervento sulle riserve auree – se operato in maniera disordinata e senza spiegare adeguatamente prima i motivi del ricorso a questa particolare risorsa, che può risultare ragionevole solo in una prospettiva di mero tamponamento delle esigenze più immediate di liquidità provocate dalla crisi attuale (poiché anche l'intero ammontare delle riserve non sarebbe sufficiente per risolvere il problema nel medio-lungo termine) – potrebbe essere percepito dai mercati come ultima mossa di uno stato bancarottiero, provocando un drammatico effetto di ulteriore contrazione del credito, levitazione dello *spread* e danni economici consequenziali.

Oltre a ciò gli Stati possono, in generale, avere un'arma in più rispetto ai privati per trovare nuove risorse, ossia emettere moneta. Come si è detto, l'Italia ha ceduto tale potestà all'Eurozona, per cui non può disporre direttamente di tale potere.

All'emissione di moneta equivale, da un punto di vista dell'effetto economico immediato, cioè dell'immissione di nuova liquidità nel sistema economico, l'acquisto di debito pubblico da parte della banca centrale depositaria del potere di batter moneta[17]: così, infatti, la banca centrale finanzia più o meno direttamente l'amministrazione dello Stato, concedendo a essa il denaro di cui ha bisogno e, quindi, immettendo in circolazione nuova liquidità. Ciò è quanto sta facendo la BCE acquistando buoni del tesoro italiani grazie al *Quantitative Easing*. La principale – e non certo trascurabile – differenza tra il collocamento del debito presso la banca centrale e la pura stampa di moneta è che il debito prevede una restituzione, mentre l'emissione di moneta no. La discrasia tra i due sistemi di finanziamento può avvenire soltanto laddove lo Stato eserciti il potere di consolidare o ristrutturare il debito verso la banca centrale, fino ad annullarlo unilateralmente. In tutti i casi, si tratta di operazioni particolarmente delicate.

L'utilizzo della politica monetaria per finanziare la spesa pubblica deve essere attento, poiché genera per sua natura una svalutazione della moneta e, quindi, un fenomeno d'inflazione.

L'inflazione non è un male in sé, ma va mantenuta entro certi limiti per non perderne il controllo, con i conseguenti effetti che ciò produce (anzitutto, la perdita di potere della

[17] Sul tema cfr., da ultimo, O. BLANCHARD - J. PISANI FERRY, *Monetisation do not panic*, in *Vox*, 10 April 2020; R. BALDWIN - B. WEDER DI MAURO, *Mitigating the COVID Economic Crisis: Act Fast and Do Whatever It Takes*, Londra, 2020; J. GALÍ, *Helicopter money: The time is now*, in *Vox*, 17 marzo 2020.

moneta sui mercati internazionali, con conseguente difficoltà a importare dall'estero, perché più costosi, i beni non disponibili nel mercato interno). In questo, ha senso porre un limite all'acquisto di debito da parte della BCE, sebbene il limite attualmente praticato (e prospettato) appaia eccessivamente restrittivo e, come tale, meriti di essere allentato mostrando una maggiore disponibilità ad acquistare il debito degli Stati in difficoltà[18].

L'intervento sulla restituzione del debito, poi, genera un evidente effetto dissuasivo nel concedere prestiti per il futuro, con la conseguenza che potrà essere ragionevolmente praticato soltanto quando lo Stato abbia raggiunto un equilibrio di bilancio tale da generare una situazione di costante accreditamento netto (ossia un saldo di conto economico stabilmente positivo, a sua volta derivante da una differenza stabilmente positiva tra entrate pubbliche, da un lato, e spese pubbliche incluse quelle per servizio del debito pubblico da restituire, dall'altro lato) e, quindi, da non aver più bisogno d'indebitarsi.

7.2 Debito pubblico e prestiti internazionali

Ciò che per una famiglia è rivolgersi a parenti, amici o specialisti del credito per ottenere i soldi necessari, per uno Stato è rivolgersi agli investitori (interni o stranieri) o ai partner internazionali. Ed è qui che sta il cuore del discorso relativo al rapporto tra l'Italia e l'Unione Europea[19].

L'Italia si è oggi rivolta all'Unione Europea e agli Stati membri come ci si potrebbe rivolgere a dei fratelli: l'Italia, fondatrice del progetto europeo, entusiasta sostenitrice anche nei momenti più difficili, generosa e costante finanziatrice di esso e dei suoi

---

[18] In questa prospettiva, nient'affatto incoraggianti appaiono le prospettive aperte dalla sentenza della Corte Costituzionale tedesca del 5 maggio n. 2020, BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15. Se essa, come evidente, non dispone della forza giuridica per imporsi alle istituzioni europee, può tuttavia vincolare le istituzioni tedesche ad agire in sede europea secondo determinati principi giuridici. Ciò con la conseguenza che, laddove le istituzioni europee non si adeguino alla linea tedesca, le istituzioni tedesche stesse potrebbero trovarsi nella condizione di dover decidere se agire in contrasto con la loro costituzione nazionale (così come interpretata dai giudici di Karlsruhe), oppure denunciare in parte qua i trattati europei, fuoriuscendo dalle istituzioni europee che pongano problemi di compatibilità con la costituzione tedesca (nel caso di specie, la BCE, ossia il sistema Euro).

[19] Cfr., per una prospettiva ottimistica, F. PEPE, *L'emergenza Covid-19 nell'Unione europea: verso una solidarietà tributaria "strategica"?*, in *Riv. telem. dir. trib.*, 29 aprile 2020, secondo cui l'eventuale implementazione delle misure di contrasto agli effetti economici dell'epidemia Covid-19 finora proposte a livello eurounitario potrebbe spingere, per ragioni "strategiche", verso una solidarietà degli Stati membri proprio sul versante dell'imposizione. Sul tema, v., inoltre, A. PERRONE, *Emergenza coronavirus e prelievo fiscale, tra diritti "scontati", obbligo contributivo, solidarietà ed Europa: riflessioni a caldo*, in *Riv. telem. dir. trib.*, 21 aprile 2020, cit.

membri in difficoltà, a cominciare dalla Germania[20], nel momento del bisogno ha giustamente atteso di essere trattata reciprocamente dall'Unione e dai suoi Stati Membri e di ottenere, così, sovvenzioni per fronteggiare le difficoltà del dramma attuale. Tali sovvenzioni, in particolare, possono avere carattere diretto o indiretto. Le sovvenzioni dirette sono gli aiuti in denaro, da non restituire: come richiedere una donazione al fratello, oggi ricco, che tanto si è sostenuto e aiutato in passato per uscire dalle proprie difficoltà e realizzarsi. Le sovvenzioni indirette sono l'assunzione di obbligazioni comuni, finalizzate a ottenere credito sul mercato a tassi di restituzione più bassi di quelli che si otterrebbero presentandosi da soli: come richiedere al fratello ricco di presentarsi insieme in banca per chiedere il mutuo. Strada, questa, che a sua volta può essere realizzata secondo diverse modalità.

Gli Stati membri e l'Unione Europea, al contrario, si sono rivolti all'Italia, non già come fratelli riconoscenti, ma come specialisti del credito. E infatti, dal comunicato stampa rilasciato all'esito del Consiglio Europeo del 9 aprile emerge che:

(i) gli aggiustamenti del bilancio UE per tener conto dell'emergenza coronavirus dovrebbero consentire a "*the hardest hit Member States*" di accedere a un supporto finanziario che, per il 2020, non supererà 800 milioni di Euro (punto 9 del comunicato stampa): le modalità non vengono specificate, ma si tratta in ogni caso di somma estremamente ridotta rispetto alle esigenze dal momento, se appena si considera che la Germania ha messo a budget, per superare l'emergenza sanitaria e la conseguente crisi economica al proprio interno, circa 1 miliardo e 100 milioni di Euro;

(ii) i prestiti e le garanzie della BEI sono strumenti ordinari a disposizione delle imprese degli Stati membri e consistono tecnicamente in prestiti o garanzie bancari. Al riguardo, inoltre, va osservato che il monte di prestiti inserito nel pacchetto di misure per il coronavirus (che risulta a oggi circoscritto a 20 miliardi di euro per tutta l'Unione) e la possibilità di erogare garanzie fino a 25 miliardi totali (punto 15 del comunicato stampa) corrispondono per ogni Stato membro a meno di un miliardo di euro per prestiti e meno di un miliardo per garanzie. Somme, queste, manifestamente insufficienti, non soltanto a risolvere il problema della liquidità delle imprese, ma anche soltanto a dare una prima boccata d'ossigeno al Paese;

[20] L'Italia ha, infatti, consentito all'Accordo di Londra con cui si condonava amplissima parte del debito di guerra tedesco e dei futuri debiti incorsi per la riunificazione delle Germanie.

(iii) il SURE è un meccanismo temporaneo che prevede la concessione agli Stati membri di prestiti a tasso agevolato per il finanziamento della cassa integrazione nazionale. Sennonché, allo stato attuale delle elaborazioni, la proposta di regolamento elaborata dalla Commissione (COM/2020/139 del 2 aprile 2020) prevede che: l'importo complessivo ammonti a 100 miliardi, di cui massimo il 10% erogabile in un anno, da dividersi tra tutti i Paesi europei, con un massimo di complessivi 60 miliardi destinati ai tre Paesi maggiormente bisognosi; i criteri e il tasso d'interesse del prestito non vengono definiti in via generale ed *ex ante*, ma verranno fissati volta per volta per ciascuno Stato richiedente da una decisione *ad hoc* del Consiglio; per accedere ai fondi, gli Stati che ne beneficiano debbano rilasciare una importante garanzia. In questo contesto, i meccanismi del SURE richiederebbero all'Italia di rilasciare una consistente garanzia (25 miliardi di euro, ossia una somma pari a quella stanziata dal decreto "cura Italia" e presumibilmente superiore a quella ottenibile dal SURE stesso), che di fatto difficilmente potrebbe essere conseguita se non emettendo altro debito pubblico. Il tutto per conseguire, semplicemente, un prestito di massimo 20 miliardi (di cui non più di 2 miliardi all'anno), ossia cifre minime e obiettivamente trascurabili rispetto al fabbisogno, a tasso d'interesse (presumibilmente) più basso a quello di mercato. Tasso d'interesse che, sia detto per inciso, finirebbe in questo caso da ultimo probabilmente nelle casse degli Stati membri con il PIL più elevato, ossia in primo luogo la Germania;

(iv) il MES è un meccanismo collaterale all'Unione Europea che prevede la concessione di fondi agli Stati aderenti che siano in crisi in cambio dell'adozione di drastiche misure di austerità, sul modello greco. Se si rivolgesse ad esso, l'Italia finirebbe per porre pressoché integralmente la propria sovranità nelle mani dei creditori stranieri, perché, di fatto, verrebbe commissariata. La circostanza che, per quanto necessario a finanziare le spese sanitarie sostenute per fronteggiare l'emergenza[21], sia creato entro il MES un *Pandemic Crisis Support* che consente l'accesso ai fondi del MES temporaneamente subordinato a condizioni più elastiche[22] è un passo utile, sebbene

[21] «*A very specific and limited scope*», recitano gli allegati tecnici al comunicato stampa del successivo Eurogruppo dell'8 maggio.

[22] La prima parte del punto 16 del comunicato stampa del 9 aprile parla, in proposito, di «*standardised terms agreed in advance by the ESM Governing Bodies, reflecting the current challenges*». Il comunicato stampa del successivo Eurogruppo dell'8 maggio 2020, che ha approvato la proposta formulata dalla Commissione il 7 maggio 2020, conferma che «The provisions of the ESM Treaty will be followed». Nel dettaglio, la lettera inviata dalla Commissione all'Eurogruppo in data 7 maggio e accolta nella seduta dell'8 maggio, che a essa rinvia, propone che soltanto alcune delle misure di sorveglianza rafforzata previste dal

l'importo a ciò destinato sia molto limitato (per l'Italia, si parla di un massimo di circa 36 miliardi di Euro, ossia – è bene sottolinearlo – importi ben inferiori a quanto l'Italia ha già versato e si è impegnata a versare per costituire il MES stesso), ma evidentemente insufficiente: inoltre, si tratta pur sempre di soldi da restituire (entro dieci anni e con un tasso d'interesse conveniente rispetto al reperimento delle risorse sul mercato del debito, come specificato dal comunicato stampa dell'8 maggio 2020) e, comunque, di un intervento diretto ad aspetti diversi dal sostegno alla ripresa economica; il *Recovery Fund*, prospettato dalle poche righe del punto 17 del comunicato del 9 aprile, non vede ancora neppure un accordo di massima degli Stati membri, ma soltanto un proposito di "*work on [it]*". Esso dovrebbe comunque essere «*temporary, targeted and commensurate with the extraordinary costs of the current crisis*». Nessuna evoluzione ufficiale si registra nel momento in cui si scrive, se non una conferma della divergenza delle posizioni tra Stati "rigoristi" e altri Stati (con la significatività novità di un parziale riposizionamento della Germania dal fronte dei primi al fronte dei secondi). Fermo restando che la diplomazia italiana dovrà dare il massimo affinché tale fondo sia strutturato e finanziato in modalità e misura adeguate, non appare quindi possibile allo stato esprimere considerazioni in merito, stante l'assoluta genericità e vaghezza del proposito contenuto nel comunicato stampa.

8. Il ruolo dell'Unione Europea

Se i dettagli sono ancora estremamente vaghi su molti dei fronti decisivi, il quadro sembra tuttavia ormai delineato per ciò che attiene all'impostazione di fondo che l'Unione Europea e gli Stati membri hanno voluto dare ai rapporti con l'Italia nella vicenda coronavirus. Pur nell'auspicio che quanto meno nel fondo di solidarietà si riversino strumenti finalmente efficaci, possono quindi già formularsi alcune prime considerazioni.

MES possano essere derogate nel caso di accesso ai fondi per finalità sanitarie connesse al coronavirus. Da ciò discende che, per il resto, si applica il regolamento n. 472/2013 sulla "sorveglianza rafforzata" del MES. In specie, rimane applicabile l'art. 3, comma 1 del regolamento, il quale stabilisce che lo Stato soggetto a "sorveglianza rafforzata" è tenuto ad accogliere «*ogni raccomandazione indirizzatagli ai sensi del regolamento (CE) n. 1466/97 del Consiglio, per il rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche (1), del regolamento (CE) n. 1467/97 del Consiglio, del 7 luglio 1997, per l'accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi (2), o del regolamento (UE) n. 1176/2011 relative, tra l'altro, ai suoi programmi di riforma e piani di stabilità nazionali*». Viene inoltre precisato dal comunicato stampa dell'Eurogruppo dell'8 maggio che «*afterwards, euro area Member States would remain committed to strengthen economic and financial fundamentals*».

L'Unione Europea ha e mantiene la matrice di un mercato comune: come tale, le è sostanzialmente estranea la dimensione della solidarietà, della generosità, della gratuità[23]. Continuare a parlare di casa comune europea, di prospettiva federale dell'Unione e simili, equivale a sperare che, invocando un concetto, esso si materializzi.

Allo stato attuale, non ve ne sono le condizioni ed è difficile che esse si realizzino un domani se non vi sarà un salto di qualità sul piano dei valori su cui si fonda l'Unione.

Conseguentemente, comportarsi verso l'Unione e verso gli Stati membri con la generosità con cui l'Italia lo ha fatto in passato, smantellando troppo superficialmente la propria sovranità, non è sempre saggio: gli interlocutori europei non sono fratelli di sangue, sono realtà economiche che, come tali, possono comportarsi da *partner* o *competitor* a seconda degli interessi in gioco. I trattati, i regolamenti e le direttive europee sono ricchi di riserve poste volta per volta dagli Stati membri per tutelare adeguatamente i propri interessi nazionali: soltanto la casella italiana delle riserve e delle precisazioni è quasi sempre stata vuota. Ciò non è frutto soltanto della scarsa lungimiranza di una classa dirigente incapace di comprendere i rischi della cessione di sovranità e quindi di delimitarla con accortezza; è frutto anche di una visione dell'Europa ideologica e mitizzata, secondo cui tutto ciò che viene da essa è buono. Non è così ed è l'ora di rendersene conto.

Il mercato comune europeo va valutato come tale.

In questa prospettiva, l'Unione Europea funziona troppo e male.

Funziona troppo, perché dal Trattato di Maastricht in poi l'Europa è stata caricata di competenze para-politiche e para-solidaristiche che strutturalmente non le si confanno, tanto che l'attuazione delle iniziative che intorno a esse ruotano devono sempre passare per il tramite decisionale e applicativo degli Stati membri e delle amministrazioni nazionali. Nell'illusione che gli Stati Europei fossero pronti a superarsi, si rischia così di compromettere anche un progetto economico razionale.

Funziona male perché, quando si tratta di limitare la sovranità degli Stati, l'Europa fa di tutto per forzare le proprie competenze, aumentandole ben al di là di quanto consentito dai trattati. Si pensi alla spasmodica dilatazione delle competenze in materia di aiuti di

---

[23] Icastiche le parole di B. ANDERSON, *Imagined communities. Reflections on the origin and spread of nationalism*, Londra, 1983, p. 53: «*market-zones, 'natural'-geographic or politico-administrative, do not create attachments. Who will willingly die for Comecon or the EEC?*».

Stato, strumento ormai abitualmente utilizzato per imporre illegittimi vincoli europei a settori (come imposte dirette e tributi locali) estranei alle competenze che gli Stati hanno affidato all'Unione tramite i Trattati istitutivi[24]. Oppure si pensi alle scorribande del Parlamento di Strasburgo in materie eticamente sensibili, quanto di più estraneo vi è alle competenze dell'Unione. Quando, invece, si tratta di forzare le competenze per aiutare gli Stati, essa alza le mani appigliandosi ai limiti dei Trattati. Si tratta di un approccio "schizofrenico", che mina la credibilità delle istituzioni europee e del progetto che esse dovrebbero realizzare.

Inoltre, l'Unione Europea funziona male nel promuovere il mercato comune anche perché si concentra con gran pignoleria sui dettagli (regolamentare le quote latte, la dimensione delle uova, il divieto di giochi gonfiabili in spiaggia per bambini e accendini colorati)[25], ma non si attiva per affrontare gli squilibri di sistema come, ad esempio, gli sbilanciamenti commerciali tra Stati che vivono una situazione di costante surplus della Germania nei conti con gli altri Stati membri.

9. Considerazioni conclusive

Da quanto sopra possono trarsi alcune conclusioni.

9.1 I limiti dell'intervento europeo

La prima è che l'Italia deve valutare l'opportunità di avvalersi degli strumenti posti a disposizione dall'Unione Europea, e sopra sinteticamente elencati nel par. 7.2., libera da condizionamenti ideologici, ma sulla base degli interessi della comunità nazionale, che non sono egoismi, ma tessere di bene comune troppo spesso dimenticate.

L'Europa chiede molto agli Italiani, sia in termini finanziari, sia in termini di limitazioni della sovranità, ossia della possibilità di dettare norme liberamente decise per adeguarsi al meglio alla comunità nazionale. Nel momento in cui ciò che essa chiede è superiore a ciò che essa è capace di dare, specialmente quando si è nel bisogno, l'apertura a riflessioni più ampie non è un'eresia, ma può essere anzi un'occasione di crescita per

[24] Per ulteriori considerazioni, cfr. F. FARRI, *Tax Sovereignty and the Law in Digital and Global Economy*, Oxford -New York -Torino, 2020, p. 96 ss.
[25] Si veda in tal senso già G. TREMONTI, *Rischi fatali*, Milano, 2005; ID., *La paura e la speranza*, Milano, 2009.

tutti. Ed è naturale che, in tali riflessioni, tutte le variabili siano da soppesare con ragionevolezza, tenendo conto, pertanto, anche che agli insufficienti strumenti per fronteggiare l'emergenza sopra ricordati devono essere idealmente sommati i benefici sistematici che l'appartenenza all'Eurozona permette in termini di accesso a un mercato ampio (e, quindi, di potenziale sbocco per i beni e servizi prodotti nel Paese, con conseguente funzione di stimolo della crescita economica) senza necessità di svalutazione della moneta (e, quindi, in un contesto capace di tutelare il potere d'acquisto dei risparmi senza incorrere in spirali inflattive).

9.2 Il ruolo centrale della solidarietà nazionale: buoni del tesoro per la ricostruzione e prestiti forzosi

La seconda conclusione è che bisogna tornare a confidare di più sulle forze che provengono dall'interno del Paese, fino ad oggi troppo trascurate e sottovalutate: in questa emergenza coronavirus, gli Italiani hanno dimostrato una solidarietà straordinaria, anche sotto il profilo economico; lo Stato deve razionalizzarla, anzitutto facendo appello agli Italiani affinché finanzino spontaneamente lo Stato stesso in questo momento di bisogno e, a giudicare da quanto avvenuto in questi giorni, non vi è dubbio che gli Italiani lo faranno.

È quindi davvero auspicabile l'emissione di titoli di debito pubblico *ad hoc*, come potrebbero essere dei Buoni del Tesoro di Solidarietà Nazionale: (a) vincolati nella destinazione allo specifico fine di fronteggiare l'emergenza sanitaria ed economica causata dal coronavirus; (b) a scadenza pluridecennale (si potrebbe partire con titoli ventennali, per soddisfare le esigenze di risorse più immediate, per giungere anche a una scadenza cinquantennale, per soddisfare le esigenze di medio-lungo termine, soprattutto post-coronavirus); (c) sottoscrivibili, previa adeguata informativa pubblica e bancaria, in deroga agli ordinari schemi bancari di profilatura di propensione al rischio basati sulle direttive "MIFID"; (d) liberamente trasferibili, così da permettere, se si crea un mercato in ragione dei tassi di interesse offerti, l'eventuale smobilizzo in tutto o in parte; (e) con un tasso di interesse calmierato ed esente da imposizioni, circostanza, quest'ultima, che permette già di essere competitivi sul fronte del rendimento effettivo.

Al rigoroso rispetto di condizioni di tal fatta è legato il successo dell'iniziativa, che è stata prospettata dall'aggiornamento alle linee guida della gestione del debito pubblico

divulgato dal Dipartimento del Tesoro per l'Aprile 2020, di emettere un «*nuovo strumento di tipo nominale* (…) *specificatamente dedicato agli investitori retail*».

In questa chiave, per motivare gli Italiani (o chiunque abbia a cuore la ripresa del Paese) a convogliare nei titoli la propria generosità, non appare sufficiente annunciare che «*esplicito obiettivo sarà quello di contribuire alla copertura dei provvedimenti già varati e ancora da varare da parte del Governo per fronteggiare la crisi sanitaria ed economico-finanziaria prodotta dalla diffusione del virus Covid-19*», ma occorre vincolare giuridicamente le somme raccolte tramite i buoni di solidarietà all'utilizzo per tali finalità. Ciò che dovrà esser fatto, derogando al principio di unità del bilancio[26], mediante creazione di appositi vincoli di destinazione delle entrate derivanti dai prestiti ai capitoli di spesa maggiormente interessati dall'emergenza coronavirus: solo così gli Italiani potranno avere la certezza giuridica che le somme prestate non finiscano nel calderone di una spesa pubblica spesso improduttiva e potranno senza remore incaricare lo Stato di raccogliere e gestire le espressioni di generosità, nella prospettiva di toccare con mano (e verificare, anche in prospettiva di responsabilità politica) il beneficio che da esse la comunità nazionale potrà godere.

Nel caso in cui fossero richieste risorse aggiuntive rispetto a quelle ritratte dalla contribuzione spontanea, anziché consegnarsi a un commissariamento internazionale, la soluzione migliore è quella di imporre la sottoscrizione di tali titoli, a condizioni analoghe, in una certa percentuale (per ipotesi, compresa tra il 2 e il 5 per cento) per giacenze finanziarie in Italia e all'estero che superino una soglia considerabile di vera ricchezza (ossia nell'ordine di almeno un milione di euro, al netto dell'importo dei buoni di solidarietà già sottoscritti spontaneamente e delle imposte patrimoniali sul risparmio già pagate in Italia negli ultimi anni).

Si tratterebbe, sì, di un intervento coattivo, assumendo le vesti di un "prestito forzoso", ma evidentemente più "morbido" e accettabile dall'opinione pubblica rispetto all'introduzione di nuove imposte patrimoniali, anche una tantum, o all'inasprimento di quelle esistenti, già percepite come eccessivamente gravose, oltre che caratterizzato per sua natura da prospettive di remunerazione (che limitano gli effetti depressivi sulla propensione al consumo e al risparmio) e di rientro delle somme versate (se del caso,

[26] Sul punto cfr. già A. CONTRINO - FARRI, *Emergenza coronavirus e finanziamento della spesa pubblica: è possibile trarre indicazioni per la futura politica fiscale italiana?*, cit.

scaglionabile nel tempo, ad esempio in tranche decennali di quote progressivamente crescenti) che, invece, sono assenti per i prelievi propriamente impositivi. Il meccanismo del prestito forzoso, inoltre, si presta a stimolare ciascuno dei sottoscrittori a impegnarsi al massimo affinché i prestiti possano essere restituiti (senza trasformarsi in un prelievo patrimoniale a tempo differito) e, quindi, affinché l'economia nazionale possa ripartire: così, magari, ottenendo anche l'effetto di invogliare a far rientrare in Italia eventuali attività finanziarie o produttive attualmente dislocate all'estero.

9.3 . Il piano di sostegno statunitense

In terzo luogo, la permanenza nell'Unione Europea non deve rallentare l'attività del Governo nel cercare partner internazionali anche al di fuori dell'Unione stessa.

In questa prospettiva, il memorandum firmato dal Presidente degli Stati Uniti il 10 aprile "*Providing COVID-19 Assistance to the Italian Republic*" e che prevede, nella sezione 6, aiuti finanziari all'Italia in questa fase d'emergenza «*to support the recovery of the Italian economy*» deve essere coltivato con la massima serietà da parte dell'Italia, per molti motivi. Esso proviene da un Paese che, diversamente da molti Stati membri dell'Unione, si è dimostrato capace di vera solidarietà verso gli Europei grazie al piano Marshall. La contropartita per la solidarietà USA non richiede azzardati ricollocamenti geopolitici, che pur all'Italia vengono più o meno esplicitamente proposti in queste settimane, ma il rafforzamento di un'alleanza storica e ben radicata. Il sostegno proveniente da fuori Bruxelles ha anche, come effetto indiretto, quello di aumentare concretamente il potere negoziale dell'Italia in Europa, evitando ad essa il ruolo sterile di innamorata sedotta, abbandonata e impermalita.

Per l'Italia, le possibilità di uscire dalla crisi e far rinascere l'economia esistono e sono molteplici. Basta guardarsi dentro, guardarsi intorno e agire con intelligenza avendo sempre di fronte l'interesse della comunità nazionale, senza indulgere a visioni idealistiche della realtà internazionale. L'Unione Europea è un possibile tassello di tali soluzioni, ma le sorti dell'Italia non dipendono integralmente da essa.

Abstract

ANGELO CONTRINO - FRANCESCO FARRI, Emergenza coronavirus e crisi economica: quali misure finanziarie e fiscali per ripartire?

L'articolo presenta un quadro di misure macroeconomiche finalizzate a favorire la ripresa dell'economia italiana dopo l'emergenza coronavirus e dei possibili strumenti da adottare per finanziarle.

Parole chiave: welfare, liquidità, sostegno della domanda, debito pubblico, prestito forzoso, MES

ANGELO CONTRINO - FRANCESCO FARRI, Coronavirus emergency and economic crisis: how to restart?

The article presents a framework of macroeconomic measures aimed at promoting the recovery of the Italian economy after the coronavirus emergency and the possible tools to be adopted to finance them.

Key words: welfare, liquidity, demand support, public debt, forced loan, ESM

MAURO RONCO
Professore Emerito di Diritto penale
Università di Padova

EROISMO DEI MEDICI E COLPA PROFESSIONALE: RIFLESSIONI E PROPOSTE

SOMMARIO: 1. L'eccellenza della classe medica italiana – 2. L'importanza del giuramento ippocratico – 3. Gli *idòla* che minano l'esercizio dell'attività medica – 4. Il problema giuridico della colpa medica – 5. Conclusione.

1. L'eccellenza della classe medica italiana

La pandemia Covid-19 ha fatto riscoprire alla nostra società l'essenzialità del servizio sanitario e, all'interno di esso, delle categorie dei medici e degli infermieri.

Il Servizio Sanitario Italiano, che era divenuto uno dei migliori del mondo – secondo forse a quello francese – sia per l'eccellenza degli specialisti che vi lavoravano che per la quasi totale gratuità delle cure, ha subìto un declino inarrestabile a partire dal 2011, allorché il governo Monti, imitato senza eccezioni dai governi successivi, ha tagliato in modo lineare le spese per la sanità, costringendo le regioni – competenti nella materia – a cancellare ospedali, a ridurre i posti letto, a non dare ricambio agli operatori pensionati per limiti di età, a contenere le spese per le strumentazioni mediche necessarie nella clinica e nella chirurgia contemporanea.

Non è di questo che mi posso interessare in questa nota. Il tema richiederebbe per vero una approfondita e rigorosa inchiesta da parte della politica, una volta che i responsabili di questa strategia suicida saranno stati schiodati dai posti di comando che ancora oggi detengono.

Qui desidero dire alcune cose circa i protagonisti sul campo di questo servizio, i medici, in primo luogo, e, poi, gli infermieri professionali e le figure assistenziali che collaborano nella cura dei malati e nell'assistenza a coloro che si trovano prossimi alla soglia della morte.

Il discorso non può essere speditivo, come se – alla maniera invalsa nella *massmediatica* corrente – il rimedio fosse dietro l'angolo e bastasse qualche piccolo movimento cartaceo per migliorare la condizione dei medici e del personale di assistenza

e, conseguentemente, la qualità dei servizi. Occorre partire da lontano per guardare le cose un poco dall'alto e per comprendere meglio per quali ragioni si è giunti a questo punto.

2. L'importanza del giuramento ippocratico

Oggi, come accennavo, si è riscoperta l'importanza dei soggetti protagonisti della cura e dell'assistenza. Ma la riscoperta, se pure corredata da riconoscimenti all'eroismo di molti, non coglie l'essenziale. L'essenziale è che è stata perduta quasi completamente la nozione sacrale dell'attività curativa dei medici e – per riflesso – di tutti i loro collaboratori. Il giuramento di Ippocrate, risalente al IV secolo Avanti Cristo, ha reso nel tempo sacra l'opera del medico. Egli si prende cura del bene più prezioso – dopo l'anima immortale – che abbiano gli uomini, la salute del corpo e della psiche. Il giuramento nella formula originaria è una dedicazione di se stesso agli dei della salute – ad Asclepio medico in particolare – di praticare l'arte in modo irreprensibile: di regolare il proprio tenore di vita, anzitutto, per il bene dei malati; di evitare a loro ogni danno od offesa; di non somministrare ad alcuno, neanche su richiesta, dei farmaci mortali; di non consegnare ad alcuna donna un medicinale abortivo; di rispettare la privatezza delle abitazioni e di entrarvi soltanto per il sollievo dei malati; di astenersi «*da ogni azione corruttrice sul corpo delle donne e degli uomini, liberi e schiavi*»; in sintesi, di custodire «*con innocenza e purezza*», si legge nel testo, «*la mia vita e la mia arte*».

Ancora oggi il giuramento è pronunciato da ogni medico, al momento dell'ingresso nella professione in una forma deliberata dalla Federazione Nazionale dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri il 13 giugno 2014. Il giuramento è introdotto con le parole del medico: «*Consapevole dell'importanza e della solennità dell'atto che compio e dell'impegno che assumo giuro...*».

Gli obblighi assunti con il giuramento sono nobilissimi. Tra essi spiccano l'impegno a «*perseguire la difesa della vita, la tutela della salute fisica e psichica, il trattamento e il sollievo della sofferenza nel rispetto della dignità e libertà della persona cui con costante impegno scientifico, culturale e sociale ispirerò ogni mio atto professionale*», nonché di «*non compiere mai atti finalizzati a provocare la morte*».

Anche il giuramento di oggi conserva ben chiaro e visibile il significato di sacralità dell'opera del medico.

Perché allora stupirsi che i medici – come gli infermieri – in un coro unanime di impegno si siano spesi e si stiano spendendo per arginare le ferite e le morti inferte alla collettività dalla pandemia e non si siano risparmiati, a costo di subire essi stessi il contagio e di essere portati alla morte?

Ci si è stupiti – io penso – perché la società, nella sua quasi interezza, ha perso la vera nozione della professione del medico. Occorre, dunque, togliere questo spesso velo di oblio e riacquistare la memoria delle ragioni per cui è sacra la cura delle malattie, l'assistenza alla morte e il sollievo delle sofferenze. Occorre, più ancora in profondità, scoprire le cause di questo oblio e individuare gli *idòla* falsi che hanno sostituito nella psiche collettiva l'idea veridica del medico e della medicina.

3. Gli *idòla* che minano l'esercizio dell'attività medica

Gli *idòla* sono tanti, ma fondamentalmente tre: il primo, l'idolo dell'onnipotenza tecnologica contro la morte e la malattia, idolo vano e frustrante, perché contraddetto dall'esperienza quotidiana, eppure instillato con pervicacia nelle menti dei nostri contemporanei; il secondo, l'idolo del contrattualismo, che mercifica l'opera del medico e la parifica a una prestazione di *facere versus* un risultato; terzo, l'idolo dell'autonomia assoluta del paziente, che sarebbe competente non solo a pronunciarsi sulla migliore terapia, spesso in antagonismo con il medico, ma, addirittura, a decidere sulla propria morte e a costringere il medico a violare il giuramento, infliggendogliela.

Questi tre idoli si sono insinuati nella nostra mente tramite l'enfatizzazione unilaterale di buone idee.

È vero che la tecnologia ha fatto molto per il miglioramento delle cure, eppure, come ogni mezzo, è limitata in quanto non può cambiare la nostra natura creaturale e, pertanto, deve essere limitato dai vincoli etici che preservano la dignità del paziente e del curante.

È vero che il medico assume un obbligo, che può avere anche natura contrattuale, eppure l'obbligo non è assimilabile a quello di un negozio di diritto privato, sia perché non è un obbligo di risultato, bensì di scienza e di diligenza, sia perché non può essere regolato dai criteri del diritto privato, in quanto il fallimento del risultato dipende in larghissima misura da fattori – il decorso della malattia, anzitutto, nel concreto vissuto del paziente – che non sono tutti perfettamente controllabili dal medico.

È vero che il paziente è portatore di diritti e di facoltà che gli spettano in guisa personalissima, eppure anche la sua volontà è limitata, per un verso, dalla mancanza di scienza e competenza e, per un altro verso, dai limiti etici che salvaguardano la sua dignità di persona.

Questi *idòla* hanno inquinato la professione medica e intorpidito la sua comprensione da parte della collettività. Gli effetti della fallace credenza negli *idòla* si ripercuotono pesantemente sull'esercizio della professione, creando difficoltà nel compimento delle attività curative.

Gli effetti negativi vanno ravvisati, anzitutto, nell'ingratitudine dei pazienti e dei loro familiari e nella svalutazione dell'opera medica; in secondo luogo, nella colpevolizzazione giudiziaria indiscriminata dei medici; in terzo luogo, nella diffusione delle pratiche di medicina difensiva.

In questo momento particolare, nel pieno sviluppo della pandemia, alcuni sciacalli, indegnamente appartenenti all'avvocatura, cercano di approfittare della situazione, ricercando clienti sui *social* dietro promessa di perseguire casi di presunta malasanità che potrebbero essere avvenuti in questa fase convulsa di contenimento della malattia e di cure prestate in condizioni di emergenza, in molti casi privi di mezzi e dispositivi di protezione necessari per salvaguardare la propria salute.

Questa pratica di sciacallaggio, che proviene dagli Stati Uniti, si è diffusa anche in Italia a seguito delle sciagurate "liberalizzazioni" selvagge delle professioni legali disposte dal Ministro Democratico Bersani nell'anno 2006. Prima di queste misure, distruttive anch'esse della sacralità della professionale legale, non si potevano avviare iniziative propagandistiche volte ad attrarre clientela, né era lecito stipulare patti di "quota lite" con il cliente in relazione al "bottino" eventualmente ottenuto all'esito del processo. Ricordo che, proprio in quegli anni, come Presidente dell'Ordine degli Avvocati di Torino, feci incontri e conferenze ufficiali per dissuadere i colleghi dall'approfittare delle liberalizzazioni, contrastato da coloro che, ritenendosi ormai svincolati dalle regole tradizionali, iniziavano a organizzarsi per l'attrazione di clientela, spesso dando vita a non limpide associazioni di consumatori.

4. Il problema giuridico della colpa medica

Come contrastare queste iniziative e, più in generale, come operare al fine di dare serenità all'opera dei medici?

La responsabilità penale colposa dei medici è il settore nel quale si è consumata la colpevolizzazione della categoria. Negli ultimi anni sono intervenute ben due riforme, riuscite peraltro non soddisfacenti, allo scopo di limitare i casi di responsabilità penale medica.

A monte vi è stata l'impropria disapplicazione da parte della giurisprudenza dell'art. 2236 del codice civile[1], che contemplava un limite circa il grado della colpa al fine di configurare la responsabilità penale per colpa professionale. I "geometri legali" – magistrati e teorici astratti del diritto – facendo leva sul principio dell'unità dell'ordinamento giuridico, ritennero che la limitazione della colpa medica alla colpa grave fosse discriminatoria e avvantaggiasse arbitrariamente i medici rispetto agli altri cittadini. Come se fosse paragonabile la colpa in materia di circolazione stradale, radicata sulla violazione di regole certe di prudenza e di diligenza, alla colpa medica, in relazione a situazioni in cui il medico deve risolvere problemi tecnici di speciale difficoltà, ove le scelte diagnostiche e terapeutiche non sono univocamente predeterminabili, in relazione a quadri patologici complessi e suscettibili di diversificati percorsi terapeutici, ciascuno dei quali aperto a controindicazioni di rilevante spessore!

Ora è difficile ritornare indietro. Negli anni recenti sono intervenute due riforme legislative che miravano proprio a contenere gli eccessi di iniziative giudiziarie derivanti dall'eccessiva ampiezza delle fattispecie colpose nell'ambito dell'attività sanitaria. Vero che l'Autorità Giudiziaria provvede a eliminare le ipotesi in cui la colpa è talmente sfumata da scolorare nel caso fortuito. Vero però che, allo scopo di addivenire alla soluzione corretta, si rendono necessarie lunghe investigazioni che sottopongono i medici al rischio penale, che viene vissuto come una ingiusta anticipazione di pena. L'art. 3, 1° comma del d.l. n. 158/2012, convertito con modificazioni nella legge n. 189/2012, stabiliva che l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria

[1] La Corte costituzionale, con sentenza interpretativa di rigetto, dichiarò non fondata la questione di costituzionalità, per contrasto con l'art. 3 Cost., degli artt. 589 e 42 del codice penale, in relazione all'art. 2236 c.c., nella parte in cui consentono che nella valutazione della colpa professionale il giudice attribuisca rilevanza penale soltanto a gradi di colpa di tipo particolare, sul rilievo che «*la deroga alla regola generale della responsabilità penale per colpa ha in sé una sua adeguata ragione di essere e poi risulta ben contenuta, in quanto è operante, ed in modo restrittivo, in tema di perizia e questa presenta contenuto e limiti circoscritti*». Cfr. Corte cost, sent. 28 novembre 1973, n. 166, in *Giur. cost.*, 1973, p. 1795.

attività si attenesse a linee-guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non dovesse rispondere penalmente per colpa lieve, fermo restando l'obbligo risarcitorio ex art. 2043 c.c.

Tale normativa divideva il giudizio di colpa medica in due fasi: dapprima il giudice penale era chiamato a valutare il rispetto delle linee-guida da parte del personale sanitario; in un secondo momento, doveva effettuare il giudizio sulla colpa, che avrebbe avuto come filtro la *culpa lata* (in ipotesi di ottemperanza alle linee-guida), ovvero la *culpa levis* (in ipotesi di inottemperanza alle linee-guida). Controverso era inoltre se la limitazione di responsabilità ivi prevista riguardasse solamente i profili di imperizia, o anche gli aspetti di negligenza o imprudenza caratterizzanti l'operare del personale sanitario.

La legge n. 24/2017 ha abrogato l'art. 3, 1° comma, del d.l. n. 158/2012 e ha introdotto nel codice penale, al 2° comma del nuovo art. 590 sexies («*Responsabilità colposa per morte o lesioni in ambito sanitario*»), una causa di non punibilità «*qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia*» e al contempo siano state «*rispettate le raccomandazioni previste dalle linee-guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee-guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto*». Anche tale riforma non ha conseguito il fine ricercato. Innanzitutto, perché l'ambito di possibile applicazione della causa di non punibilità è ristrettissimo e di difficile verificazione in concreto; in secondo luogo, perché, abrogata la clausola della "colpa lieve", per il personale medico-sanitario che pur abbia rispettato le linee-guida potrà sempre permanere una residua responsabilità per colpa, anche lieve o lievissima, per imprudenza o negligenza.

5. Conclusione

La mia opinione personale è che la responsabilità colposa medica debba essere riservata esclusivamente al foro civile. E ciò per una pluralità di ragioni: sia perché la responsabilità colposa medica si accerta normalmente tramite un contraddittorio cartolare tra i consulenti delle parti; sia perché lo *strepitus fori* che si verifica nel processo penale è controproducente per la lucida trattazione degli ardui temi tecnici oggetto della responsabilità medica, sia, infine, soprattutto, perché occorre sottrarre i medici alla pena del processo.

Tutti ormai riconoscono che il processo penale è una pena anticipata per il colpevole, ma ancor peggio, che è una pena ingiusta per l'innocente. E, all'esito dei procedimenti penali, la grandissima parte dei medici viene prosciolta; eppure ha subìto la denigrazione dei *media*, particolarmente virulenti specie in sede locale; ha patito il sospetto dei colleghi; ha vissuto con sofferenza la diffidenza delle autorità amministrative sanitarie; ha, infine, atteso per anni che si concludesse il faticoso itinerario necessario per la formazione della prova, non sempre celermente ricercata dagli organi della pubblica accusa e talora verificata con ritardo dall'autorità giudicante.

Comprendo che questa proposta sia radicale e possa apparire a molti, soprattutto se magistrati e se teorici astratti del diritto penale – inaccettabile. La mia esperienza di avvocato – ed anche le mie convinzioni di esperto di diritto penale – mi inducono con forza a ritenere che la scelta proposta è l'unica ragionevole al fine di consentire ugualmente, da un lato, l'affermazione della giustizia nell'ambito di un contraddittorio in sede civile e, dall'altro, di liberare la classe dei medici dal timore di essere gettati dentro la ruota stritolatrice del processo penale.

Non si comprende, peraltro, per quale ragione la giustizia civile sembrerebbe non idonea a valutare la colpa medica. Nella gran parte dei casi, invero, in cui l'azione penale non è officiosa, ma è lasciata all'iniziativa delle parti, l'esperienza narra che gli interessati al risarcimento del danno si rivolgono proprio al giudice civile e non a quello penale. Segno quest'ultimo che coloro che denunciano un danno come derivante da colpa medica hanno piena fiducia nell'Autorità Giudiziaria civile.

La trattazione in sede penale non va in alcun modo a vantaggio delle persone offese, le quali, avviata dal pubblico ministero l'indagine, si trovano impigliate in una serie di difficoltà procedurali, non potendo peraltro costituirsi parte civile fino all'udienza preliminare. I giudici civili, inoltre, possono lavorare molto serenamente perché non sono infastiditi dalle indiscrezioni giornalistiche e dalle continue richieste di informazioni che i giornalisti sono soliti rivolgere ai pubblici ministeri. Quindi, la giustizia civile è una garanzia per tutte le parti, che godono dei medesimi diritti fin dall'inizio del procedimento.

Né va trascurato il carico di lavoro di cui sono oberate le Procure della Repubblica per le più svariate materie nell'interesse della collettività, che spesso impedisce il tempestivo svolgimento delle indagini nelle materie della colpa medica.

Infine, la riserva al giudice civile di tutte le cause mediche costituirebbe un significativo passo in avanti verso la liberazione dal vizio panpenalistico che sta soffocando la giustizia italiana.

Abstract

MAURO RONCO, Eroismo dei medici e colpa professionale: riflessioni e proposte

La pandemia Covid-19 ha fatto emergere i tre idoli che nel corso degli anni hanno inquinato la professione medica: l'idolo dell'onnipotenza tecnologica contro la morte e la malattia, l'idolo del contrattualismo che mercifica l'opera del medico e l'idolo dell'autonomia assoluta del paziente. Questi idoli hanno determinato, fra i vari effetti negativi, una svalutazione dell'opera medica e la colpevolizzazione giudiziaria indiscriminata dei medici.

Parole chiave: pandemia Covid-19, professione medica, colpa professionale, giuramento di Ippocrate, riserva al giudice civile

MAURO RONCO, Doctors' heroism and professional guilt: reflections and proposals

The Covid-19 pandemic brought out the three idols that over the years have polluted the medical profession: the idol of technological omnipotence against death and disease, the idol of contractualism that commoditizes the doctor's work and the idol of absolute patient autonomy. These idols led, among other negative effects, to a devaluation of the medical work and the indiscriminate prosecution of doctors.

Key words: Covid-19 pandemic, medical profession, professional fault, Hippocratic oath, reserve to the civil judge

STEFANO NITOGLIA
Avvocato in Roma

COVID-19 E LIBERTÀ RELIGIOSA*

SOMMARIO: 1. La successione delle norme eccezionali – 2. Verso il superamento della democrazia parlamentare? – 3. La sospensione delle cerimonie religiose: un *vulnus* al regime concordatario? – 4. Può lo Stato disporre unilateralmente in materie concordatarie? – 5. Accordi bilaterali per regolare in futuro situazioni analoghe? – 6. Il Protocollo per la graduale ripresa delle celebrazioni liturgiche con il popolo – 7. Il diritto alla libertà religiosa – 8. Domande finali.

1. La successione delle norme eccezionali

In questo breve saggio analizzerò, senza l'ambizione di dare una risposta definitiva, i problemi che si sono venuti a creare in seguito alle norme eccezionali emanate in Italia per far fronte alla pandemia del Covid-19, rispetto ai rapporti tra Stato e Chiesa, con particolare riferimento alla libertà religiosa, quella libertà definita da Alexis de Tocqueville come «*la prima, la più santa, la più sacra di tutte le libertà umane*»[1].

In materia si sono succedute diverse norme, tra d.l., d.p.c.m. e circolari. Tutto è principato con il d.l. n. 6/2020 del 23 febbraio, che prevede in termini generali misure di contenimento contro la diffusione del contagio e rinvia per la loro specificazione a successivi atti del Governo.

In questo solco si è quindi inserito il d.p.c.m. 8 marzo 2020, norma di rango secondario nella gerarchia delle fonti, definito senza precedenti nella storia repubblicana[2], il quale, all'art. 2, comma 1, lett. v, disponeva che «*l'apertura dei luoghi di culto è condizionata all'adozione di misure organizzative tali da evitare assembramenti di persone, tenendo conto delle dimensioni e delle caratteristiche dei luoghi, e tali da garantire ai frequentatori la possibilità di rispettare la distanza tra loro di almeno un metro di cui all'allegato 1, lettera d). Sono sospese le cerimonie civili e religiose, ivi comprese quelle funebri*».

---

* *Contributo sottoposto a valutazione.*

[1] A. DE TOCQUEVILLE, *Discorso sulla libertà religiosa*, in ID., *Scritti politici*, a cura di N. MATTEUCCI, vol. I, Torino, 2013, p. 228 ss.

[2] Così A. CANDIDO, parlando del d.p.c.m. 8 marzo 2020 e del d.p.c.m. 9 marzo 2020, che nulla ha aggiunto al primo per quanto riguarda il tema del diritto al culto, in *Poteri normativi del Governo e libertà di circolazione al tempo del Covid-19*, *in Forum di quaderni Costituzionali*, 10 marzo 2020.

Questo d.p.c.m. è stato criticato da più parti. Sabino Cassese, giudice emerito della Corte costituzionale, ha ricordato che la profilassi internazionale spetta esclusivamente allo Stato (art. 117 comma 2, lettera q, della Costituzione), il quale in questa materia agisce con leggi. Queste leggi possono delegare al governo compiti e definirne i poteri. E già questo è un primo motivo di illegittimità di questo decreto, di natura amministrativa e non legislativa. Altri profili di illegittimità Cassese ha ravvisato nella mancata fissazione di un termine, nella non tipizzazione dei poteri, elencati solo esemplificativamente, e nella omessa definizione delle modalità di esercizio degli stessi[3].

Secondo l'ex giudice costituzionale, sarebbe stato meglio e più opportuno, in un'ottica di garanzia costituzionale, invece di abusare dei decreti del presidente del Consiglio dei ministri, ricorrere a decreti presidenziali, atteso che il presidente della Repubblica è, insieme al Parlamento e alla Corte costituzionale, uno degli «*organi di garanzia più diretti*». In un'altra intervista, il giurista ha rincarato la dose: «*i Dpcm violano la libertà e sono frutto di poteri illegittimi. (...) Il Governo ha agito in maniera confusa e contro alcuni principi base della Costituzione (...) neppure la più terribile delle dittature ha limitato la libertà di andare e venire, di uscire di casa, per di più selettivamente limitata per categorie di persone o a titolo individuale indicate in atti amministrativi*»[4].

Di "*sbrego costituzionale*", a proposito del d.l. n. 6/2020, che "sorregge" il d.p.c.m dell'8 marzo 2020, ha invece parlato Nicola Colaianni[5]. Altri, al contrario, volendo cercare una logica nelle scelte del governo, hanno sostenuto che la cornice giuridica nella quale si situava la citata normativa eccezionale era quella del Codice di protezione civile[6] (il d.lgs. n. 1/2018), in base al quale il presidente del Consiglio dei ministri «*detiene i poteri di ordinanza in materia di protezione civile*» (art. 5); il Consiglio dei ministri può deliberare lo «*stato di emergenza di rilievo nazionale*» (art. 24), e, quindi, autorizzare l'adozione di ordinanze di protezione civile, «*in deroga ad ogni disposizione vigente*» (art. 25).

Senza entrare nel merito del problema, va detto che l'art. 25 del Codice di protezione civile, consentendo l'adozione di ordinanze in deroga alla legge, presenta elevati profili

---

[3] Cfr. Intervista rilasciata da Sabino Cassese a *Il Dubbio*, il 14 aprile 2020, in https://bit.ly/2M9EtDE.
[4] Cfr. Intervista a Sabino Cassese, *Il Tempo*, 27 aprile 2020.
[5] N. COLAIANNI, *La libertà di culto al tempo del coronavirus*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (https://www.statoechiese.it), fascicolo n. 7 del 2020.
[6] A. CANDIDO, *Una lettura costituzionale di D.L. e D.P.C.M.*, pubblicato sul sito del Centro Studi Livatino il 6 aprile 2020, in https://bit.ly/3eA7d4E.

di incostituzionalità perché, essendo le dette ordinanze semplici atti amministrativi, non possono limitare diritti soggettivi, e a maggior ragione diritti costituzionali. Lo stesso dicasi per i d.p.c.m.

A coloro che hanno sostenuto che i d.p.c.m. sono stati "sorretti" dalla normativa primaria costituita dai vari decreti-legge ex art. 77 Cost., che si sono succeduti nel tempo di emergenza, c'è chi ha ricordato che «*l'art. 77, già con l'emergenza terroristica, aveva mostrato i suoi limiti quanto alla tipizzazione delle fattispecie criminali introdotte, poi ricondotte a razionalità e legalità, nei limiti del possibile, da molteplici interventi della giurisprudenza*»; e ha altresì sostenuto che «*davanti all'emergenza sanitaria, da affrontare con un diritto di ampia discrezionalità come quello amministrativo, l'art. 77 ha ceduto piuttosto il campo all'art. 78, il quale prevede che, deliberato lo stato di guerra, le Camere diano al governo i 'poteri necessari'*»[7].

2. Verso il superamento della democrazia parlamentare?

La normazione eccezionale si è inserita nella (relativamente) nuova tendenza dell'esecutivo a divenire "*dominus*" della politica[8], operando uno «*schiacciamento della rappresentanza politica sui poteri demiurgici della 'tecnica' e sull'esaltazione delle relative modalità di decisione, con un conseguente atteggiamento di indulgenza per i costi che ne derivano in termini di democrazia costituzionale*»[9] con «*la rimozione della costituzione dall'orizzonte dell'azione di governo e la riduzione delle promesse 'eccessive' della democrazia costituzionale*»[10].

Questa nuova tendenza giunge al punto di sostenere che nelle situazioni di emergenza il regime democratico potrebbe dimostrarsi «*inadatto a rispondere alle esigenze di un ambiente più orientato alla rapidità e alla tempestività delle decisioni, (...) disfunzionale rispetto alle pressioni esterne*" per cui sarebbe auspicabile un "*adattamento (...) tramite*

---

[7] N. COLAIANNI, *op. cit*. p. 1. Colaianni aggiunge, a proposito dei "poteri necessari": «*Non certo 'pieni' e del tutto indeterminati ma neppure limitati a 'misure di immediata applicazione' e di contenuto 'specifico, omogeneo e corrispondente al 'titolo', come prescritto dall'art. 15, terzo comma, della legge 23 agosto 1988, n. 400 (che, com'è noto, pur non avendo, in sé e per sé, rango costituzionale, costituisce esplicitazione della ratio implicita nel secondo comma dell'art. 77 Cost.)*».

[8] G. DI COSIMO, *Il Governo pigliatutto: la decretazione d'urgenza nella XVI legislatura*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2013.

[9] E. OLIVITO, *Crisi economica-finanziaria ed equilibri costituzionali. Qualche spunto a partire dalla lettera della Bce al Governo italiano*, in *www.rivistaaic.it*, n. 1/2014, 11.

[10] L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Bari-Roma, 2013, p. 158.

una limitazione contingente del paradigma decisionale democratico»[11]. Si tratta di una tendenza assai pericolosa, che presenta profili di dubbia costituzionalità[12].

La stessa presidente della Consulta, Marta Cartabia, nella relazione annuale sul funzionamento della Corte, ha messo in guardia dalla sospensione dei diritti fondamentali mediante il ricorso alla legislazione speciale, pur in tempi eccezionali e di crisi: «*La nostra Costituzione non contempla un diritto speciale per lo stato di emergenza sul modello dell'art. 48 della Costituzione di Weimar o dell'art. 16 della Costituzione francese, dell'art. 116 della Costituzione spagnola o dell'art. 48 della Costituzione ungherese. Si tratta di una scelta consapevole. Nella Carta costituzionale non si rinvengono clausole di sospensione dei diritti fondamentali da attivarsi nei tempi eccezionali, né previsioni che in tempi di crisi consentano alterazioni nell'assetto dei poteri*»[13].

3. La sospensione delle cerimonie religiose: un vulnus al regime concordatario?

La sospensione delle cerimonie civili e religiose è stata ribadita dal decreto-legge n. 19 del 25 marzo 2020, con l'aggiunta della possibilità di «*limitazione dell'ingresso nei luoghi destinati al culto*», non contemplata dal d.p.c.m. dell'8 marzo 2020. È significativo che in una bozza del d.l. n. 19/2020, che circolava prima della firma e della pubblicazione, fosse contemplata anche la «*completa chiusura*» dei luoghi di culto, chiusura poi non ripresa nel testo definitivo.

Vi è stata, poi, la circolare del 27 marzo 2020 del Dipartimento per le libertà civili e dell'immigrazione del Ministero dell'Interno (c.d. circolare Di Bari, dal nome del prefetto che l'ha emanata, capo del predetto Dipartimento), con la quale si stabiliva che non rientravano nel divieto normativo «*le celebrazioni liturgiche senza il concorso dei fedeli e limitate ai soli celebranti ed agli accoliti necessari per l'officiatura del rito*», e per la Settimana Santa si precisavano addirittura dettagliatamente il numero e le funzioni dei partecipanti «*limitato ai celebranti, al diacono, al lettore, all'organista, al cantore ed*

[11] F. RIMOLI, *Il Coup d'État come modalità di adattamento sistemico: qualche considerazione su una forma peculiare di transizione costituzionale*, in *www. costituzionalismo.it*, n. 1/2014, 31 marzo 2014, p. 16.
[12] F. PETRINI, *Emergenza epidemiologica Covid-19, decretazione d'urgenza e Costituzione in senso materiale*, in *Nomos*, 1, 2020, p. 6.
[13] M. CARTABIA, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, 28 aprile 2020, Palazzo della Consulta, p. 25, consultabile sul sito ufficiale della Corte costituzionale: https://bit.ly/2M8Zr5z

agli operatori per la trasmissione». In questo caso, con un atto amministrativo di un'articolazione secondaria dello Stato si è stabilito quello che si poteva fare all'interno delle Chiese e chi lo poteva fare. In pratica, si è trattato di una intromissione nelle funzioni e attività liturgiche, riservate esclusivamente alle gerarchie ecclesiastiche, per come vedremo più avanti.

Il 10 aprile 2020 è intervenuto l'ennesimo d.p.c.m., il quale, all'art. 1 comma 1, lettera i, ha ripreso letteralmente quanto stabilito nel primo d.p.c.m. sull'apertura condizionata dei luoghi di culto e la sospensione delle cerimonie civili e religiose. Infine, il d.p.c.m. del 26 aprile 2020, all'art. 1 co. 1 lett. i, dopo aver ribadito che «*l'apertura dei luoghi di culto è condizionata all'adozione di misure organizzative tali da evitare assembramenti di persone, tenendo conto delle dimensioni e delle caratteristiche dei luoghi, e tali da garantire ai frequentatori la possibilità di rispettare la distanza tra loro di almeno un metro*», ha confermato la sospensione delle cerimonie religiose, con la sola esclusione di quelle funebri (e a condizione per queste che vi partecipino non più di 15 «*congiunti*», con mascherine e distanziati).

Con la suddetta normativa eccezionale, seppure non sia stata impedita la professione privata della religione né sia stato precluso direttamente l'accesso ai luoghi di culto, bensì prevedendosene "soltanto" la "limitazione", è stato interdetto, seppur temporaneamente ed eccezionalmente, l'esercizio pubblico della religione, con il blocco delle cerimonie sia in chiesa, sia all'aperto o altrove.

Tale normativa, dai confini vaghi, che molto lasciano a una discrezionalità applicativa suscettibile di diventare arbitraria, collide con l'art. 7 della Costituzione, che prevede l'indipendenza e la sovranità della Chiesa, creando, in tal modo, un pericoloso contrasto nei rapporti tra i due ordinamenti, entrambi indipendenti e sovrani. Né si può tacere, per altro verso e per quanto riguarda i culti diversi da quello cattolico, l'antinomia con l'art. 8 della Costituzione, che garantisce la libertà di tutte le confessioni religiose davanti alla legge.

Per quanto riguarda la Chiesa cattolica, come è noto, i rapporti tra la Santa Sede e la Repubblica Italiana sono regolati dai Patti Lateranensi dell'11 febbraio 1929, sottoposti a revisione con l'Accordo del 18 febbraio 1984.

I Patti Lateranensi sono stati espressamente richiamati dall'art. 7 della Costituzione italiana del 1948: «*Lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine,*

indipendenti e sovrani. I loro rapporti sono regolati dai Patti Lateranensi. Le modificazioni dei Patti, accettate dalle due parti, non richiedono procedimento di revisione costituzionale».

In tale modo è stato costituzionalizzato il principio pattizio e gli accordi di modifica godono di copertura costituzionale ex art. 10 della Costituzione.

Nel 1984, con l'Accordo stipulato il 18 febbraio di quell'anno tra le due parti, venne modificato il Concordato (non il Trattato). L'art 2 dell'Accordo stabilisce: «*La Repubblica italiana riconosce alla Chiesa cattolica la piena libertà di svolgere la sua missione pastorale, educativa e caritativa, di evangelizzazione e di santificazione. In particolare è assicurata alla Chiesa la libertà di organizzazione, di pubblico esercizio del culto, di esercizio del magistero e del ministero spirituale nonché della giurisdizione in materia ecclesiastica*».

Nel sospendere le cerimonie, tale normativa ha inciso e interferito in una delle attività fondamentali della Chiesa, quella della santificazione: «*La chiesa adempie la funzione di santificare in modo peculiare mediante la sacra liturgia*», recita il canone 834 del codice di diritto canonico. E il successivo canone 838, al paragrafo 1, stabilisce: «*regolare la sacra liturgia dipende unicamente dall'autorità della Chiesa: ciò compete propriamente alla Sede Apostolica e, a norma del diritto, al Vescovo diocesano*», al quale «*Vescovo diocesano nella Chiesa lui affidata spetta, entro i limiti della sua competenza, dare norme in materia liturgica, alle quali tutti sono tenuti*».

Sospendere, seppur per motivi eccezionali, la cui validità nessuno contesta, pur se per un tempo ristretto, l'ufficio fondamentale della santificazione vuol dire limitare la missione e invadere il campo specifico della Chiesa. Solo ed unicamente all'autorità ecclesiastica compete, infatti, come visto, regolare la sacra liturgia. Sospendere le cerimonie religiose e regolamentare l'accesso alle chiese significa, ancora, rendere assai difficile, se non impedire ai fedeli la fruizione degli aiuti spirituali assicurati dalla sacra scrittura e dai sacramenti, aiuti ai quali essi hanno diritto secondo il canone 213 del codice di diritto canonico[14] e dei quali beneficiano in modo particolare durante le cerimonie sacre.

[14] Cfr. can. 213: «*I fedeli hanno il diritto di ricevere dai sacri Pastori gli aiuti derivanti dai beni spirituali della Chiesa, soprattutto dalla parola di Dio e dai sacramenti*».

L'ultimo d.p.cm. (al momento in cui scriviamo, precisazione necessaria, dato il rincorrersi di tali provvedimenti), quello del 26 aprile 2020, ha ribadito i precedenti divieti e ha permesso la celebrazione delle sole Messe funebri con la presenza di non più di 15 congiunti, con l'uso di mascherine e distanza tra i presenti. Appare evidente l'incoerenza e l'illogicità di tale provvedimento che, nelle medesime condizioni ambientali, stabilisce unilateralmente quali siano le Messe "lecite" (quelle funebri) e quali no, attuando un comportamento discriminatorio, ingerendosi in ambiti non propri e andando ancora una volta ad incidere unilateralmente, come era accaduto con la circolare Di Bari (*supra*), su materie regolate dal Concordato.

Tali vizi si rilevano anche rispetto ad altre situazioni. Si sono vietate, infatti, cerimonie religiose a motivo del pericolo di contagio, ammesso e non concesso che in determinate condizioni (dimensioni delle chiese in rapporto al numero dei fedeli, banchi distanziati ecc.) tale pericolo potesse sussistere, mentre si sono permesse altre attività dove tale rischio non era minore (supermercati, banche, attività motoria all'aperto).

Questa arbitrarietà autoritaria è stata autorevolmente denunciata dal presidente emerito della Corte costituzionale, Antonio Baldassarre: «A*nche qui c'è un arbitrio autoritario: Se io faccio entrare le persone in un supermercato con il rispetto del distanziamento sociale, perché non in una chiesa? Mangiare è un bisogno fondamentale, ma anche il culto per un credente. Per la Costituzione sono pari libertà quella al sostentamento e quella spirituale*»[15]. Tale arbitrarietà, secondo Baldassarre, ha investito anche altri, più generali, ambiti: «*Limitare le libertà con un Dpcm, è un atto, in tutto, incostituzionale. Specchio della arbitrarietà generale e del pensiero autoritario del presidente del Consiglio sono espressioni apparentemente marginali, ma ieri da lui frequentemente usate, come 'noi consentiamo', 'noi permettiamo'*»[16].

4. Può lo Stato disporre unilateralmente in materie concordatarie?

Vi è, però, chi sostiene che in materia di salute lo Stato può disporre unilateralmente, non tenendo conto del Concordato – che ormai non godrebbe più della copertura dell'art. 7 Cost. – giungendo fino alla chiusura delle chiese (come, del resto, era previsto nella

[15] R. LANZARA, intervista a Antonio Baldassarre, *"Dpcm in tutto incostituzionale"*, *Adnkronos*, 27 aprile 2020, in https://bit.ly/3eDmJg9.
[16] *Ibidem*.

bozza del d.l. n. 19/2020), perché l'interesse religioso, anche se meritevole di tutela, deve cedere di fronte al superiore interesse dello Stato alla protezione della salute dei cittadini; motivo per cui non vi sarebbe stata violazione del Concordato[17]. Tale tesi è isolata e ha contro autorevole dottrina, secondo la quale, anche quando legifera in materia di diritti fondamentali e costituzionalmente garantiti, quali quello della salute, se lo Stato tocca diritti e libertà garantiti a livello concordatario, mette in discussione situazioni giuridiche garantite costituzionalmente ex art. 7 comma 2 della Costituzione[18].

Secondo altri[19] questo enunciato non ha altresì fondamento perché non considera che il Concordato sarebbe assimilabile a un trattato internazionale[20], per cui ogni misura che vada ad incidere su situazioni garantite da trattati internazionali – pur se diretta alla tutela di altri diritti fondamentali – deve essere presa bilateralmente nel rispetto delle regole e delle procedure stabilite dalla normativa pattizia e internazionale, secondo il principio di diritto internazionale consuetudinario "*pacta sunt servanda*". Oltre che dal diritto internazionale, ciò è garantito anche dalla Costituzione, perché lo Stato, nell'esercitare la sua potestà legislativa, deve rispettare «*i vincoli derivanti dagli obblighi internazionali*» (art. 117 Cost., comma 1).

5. Accordi bilaterali per regolare in futuro situazioni analoghe?

Ora, ritenuto che la bilateralità nei rapporti con tutte le confessioni religiose e, soprattutto con quella cattolica, è la norma in materia, come stabiliscono diverse sentenze della Consulta, tra le quali la n. 346/2002, la n. 235/1997 e la n. 59/1958 [21], occorre vedere

---

[17] N. COLAIANNI, *op.cit*., pp. 33-35. Colaianni in queste pagine sostiene, inoltre, che con l'Accordo del 1984, il c.d. "Nuovo Concordato" e, precisamente, con l'art. 2, le nuove norme non godrebbero più della copertura dell'art. 7 Cost.; che, peraltro, il detto art. 2 sarebbe stato sospeso per decreto unilaterale, per cui si sarebbe «*inaugurata una 'prassi costituzionale' di decisione 'inaudita altera parte'*».

[18] F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico. Edizione compatta*, 3^ ed., Bologna, 2010, p.71; P. LILLO, *Art. 7*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla costituzione*, vol. I, Torino, 2006, p. 185 ss.; G. DALLA TORRE*, Lezioni di Diritto ecclesiastico*,Torino, 2015, p. 117 ss.

[19] V. PACILLO, *La libertà di culto al tempo del coronavirus: una risposta alle critiche*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), fascicolo n. 8 del 2020, pp. 89-90.

[20] F. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 22.

[21] «*Il sistema della bilateralità nei rapporti tra Stato e confessioni è nato con un'idea di base molto chiara: promuovere allo stesso tempo l'uguaglianza nella libertà e il diritto alla differenza di ogni singolo gruppo religioso presente in Italia, nell'ottica di una garanzia delle specificità di ciascuno di essi. La Corte costituzionale ha da tempo acclarato che la bilateralità ha lo scopo di strutturare la disciplina di ambiti collegati ai caratteri peculiari delle singole confessioni religiose (sentenza n. 346 del 2002), nel riconoscimento delle esigenze specifiche di ciascuna delle confessioni religiose (sentenza n. 235 del 1997). Per cui la concessione di particolari vantaggi o eventualmente l'imposizione di particolari limitazioni (sentenza n. 59 del 1958) non può che essere giustificata dalla ragionevolezza, nel senso che tali vantaggi*

quale sia lo strumento più adatto a regolare in via bilaterale i rapporti tra Stato e Chiesa in generale ed anche in eventuali analoghi scenari emergenziali, legati non solo alla salute ma pure ad altre situazioni (economiche, di ordine pubblico, di guerra ecc.).

Pur se è vero che in questa occasione lo Stato ha ottenuto la pronta collaborazione della Conferenza episcopale italiana, la quale, fino al comunicato di protesta del 26 aprile 2020 contro il d.p.c.m. del giorno stesso, che ha ribadito la normativa in materia, ha mantenuto un atteggiamento defilato[22], non condiviso da molti, il problema merita di essere esaminato, per non farsi trovare impreparati in futuro.

I Patti Lateranensi, nel cui ambito è ricompreso il Concordato, furono negoziati e siglati tra la Santa Sede e il Regno d'Italia in persona dei rispettivi plenipotenziari, il card. Pietro Gasparri, segretario di Stato per la Santa Sede e il capo del governo italiano, Benito Mussolini. L'Accordo di revisione del Concordato del 1984, dal canto suo, fu firmato dal presidente del Consiglio di allora Bettino Craxi per l'Italia e dal Segretario di Stato card. Agostino Casaroli per la Santa Sede.

Pertanto, atti che vadano ad incidere su materie concordatarie, esigono una previa negoziazione agli stessi livelli. Il "Nuovo Concordato" del 1984, detto anche Accordo di Villa Madama, prevede più specifici diversi strumenti. Il comma 2 dell'art. 13 dell'Accordo del 1984 stabilisce: «*Ulteriori materie per le quali si manifesti l'esigenza di collaborazione tra la Chiesa cattolica e lo Stato potranno essere regolate sia con nuovi accordi tra le due Parti sia con intese tra le competenti autorità dello Stato e la Conferenza episcopale italiana*»; e l'art. 14 aggiunge: «*Se in avvenire sorgessero difficoltà di interpretazione o di applicazione delle disposizioni precedenti, la Santa Sede e la Repubblica italiana affideranno la ricerca di un'amichevole soluzione ad una Commissione paritetica da loro nominata*».

---

o limitazioni devono essere "espressioni di un sistema di relazioni che tende ad assicurare l'eguale garanzia di libertà e il riconoscimento delle complessive esigenze di ciascuna di tali confessioni, nel rispetto della neutralità dello Stato in materia religiosa nei confronti di tutte" (sentenza n. 235 del 1997)». Cfr. V. PACILLO, *op. cit*. pp. 86 -87.

[22] «*Questa normativa è stata rigorosamente accettata e osservata dalle autorità di tutte le confessioni religiose, da quelle convenzionate con lo Stato attraverso concordato e intese a quelle senza, come l'UCOII14. Ma è la condivisione di questo atteggiamento remissivo anche da parte della gerarchia cattolica, in discontinuità con quello rivendicativo tenuto altre volte in passato, che, data l'importanza sacramentale delle celebrazioni eucaristiche comunitarie, è risultata controversa in ambienti cattolici, criticandosi questo 'appiattimento della Chiesa sulle istituzioni civili', quando le chiese sono 'anche un luogo dello spirito: una risorsa in tempi difficili'*». Così ha scritto N. COLAIANNI, in *op. cit*., p. 30, citando A. RICCARDI, *Se per battere la paura del contagio si mettono in ginocchio le nostre chiese*, in "*La Stampa*", 29 febbraio 2020.

Secondo il canonista Vincenzo Pacillo, lo strumento più agile e più adatto per intervenire in situazioni di emergenza, che contemplano tempi brevi di risoluzione, è quello della Commissione paritetica prevista dall'art. 14 dell'Accordo del 1984[23]. Ciò non esclude che in previsione di analoghi futuri scenari emergenziali le due parti non possano prevedere accordi-quadro da negoziare ai massimi livelli tra Segreteria di Stato vaticana e presidenza del Consiglio, come previsto dal primo periodo dell'art. 13 dell'Accordo di Villa Madama oppure, a livello inferiore, con "intese" tra le competenti autorità dello Stato e la Conferenza episcopale italiana, come stabilito dal secondo periodo del detto articolo 13.

Nel negoziare questi accordi o intese occorrerà mantenere ben saldi i princìpi, tenendo presente che «*questi tipi d'interventi, tramite normative 'speciali', si applicano, solo ed esclusivamente, fino a quando perdura la situazione di eccezionalità*», perché «*Le leggi di uno Stato hanno dei limiti nei confronti della legge/diritto naturale, in quanto una legge dello Stato che coartasse senza giusta causa la libertà naturale sarebbe irrazionale ed ingiusta*»[24]. Si tratta di temi sui quali, a quanto mi consta, mancano studi approfonditi e sui quali sarebbe bene concentrarsi fin da ora.

6. Il Protocollo per la graduale ripresa delle celebrazioni liturgiche con il popolo

Le parti hanno, invece, scelto un'altra strada. Il 7 maggio 2020, infatti, il Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'Interno, ha divulgato il testo di un Protocollo «*riguardante la graduale ripresa delle celebrazioni liturgiche con il popolo*» in «*applicazione delle misure di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 previste dal d.p.c.m. 26 aprile 2020*», predisposto dalla Conferenza Episcopale Italiana e sottoscritto dal card. Gualtiero Bassetti, nella qualità di presidente della C.E.I., dal presidente del Consiglio Giuseppe Conte e dal Ministro dell'Interno Luciana Lamorgese.

---

[23] V. PACILLO, *op. cit*. p. 91: «*Per questo ci sarebbe l'art. 14 dell'Accordo di Villa Madama, il quale recita: "Se in avvenire sorgessero difficoltà di interpretazione o di applicazione delle disposizioni precedenti, la Santa Sede e la Repubblica italiana affideranno la ricerca di un'amichevole soluzione a una Commissione paritetica da loro nominata"[…] Ora, a un lettore qualunque sembrerebbe doversi argomentare, alla luce dell'art. 2 dell'Accordo, in tal modo: nell'ipotesi in cui sia difficile garantire alla Chiesa la libertà di pubblico esercizio del culto, si attiverà una Commissione paritetica per trovare un'amichevole soluzione»*.

[24] JAVIER HERVADA, cit. da p. Bruno Esposito, o. p., in *Può lo Stato limitare la libertà religiosa*, in https://bit.ly/2zB716r.

In questo Protocollo, «*nel rispetto della normativa e delle misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica da Covid-19*», è stata contemplata, a partire dal 18 maggio 2020, la graduale ripresa delle celebrazioni liturgiche con il popolo. Ciò per tutti i sacramenti, con espressa esclusione della Cresima – non si capisce perché – e non menzione del sacramento dell'Ordine, e solo a determinate condizioni: accesso individuale in chiesa contingentato, uso di mascherine da parte dei fedeli, di mascherine e guanti da parte del celebrante, rispetto della distanza di sicurezza pari ad almeno mt. 1,5, igienizzazione dei luoghi e dei vasi sacri e ampolline, omissione dello scambio del segno di pace, distribuzione della Comunione senza che le mani del celebrante vengano a contatto con quelle dei fedeli, amministrazione del sacramento della Penitenza in luoghi ampi ed areati ecc.

Innanzitutto, occorre chiedersi perché tale Protocollo sia giunto così tardi e perché non sia stato redatto prima. Il Protocollo riguarda le celebrazioni liturgiche "*con il popolo*" e all'interno delle chiese. *Quid iuris* nei riguardi di celebrazioni liturgiche *sine populo*, atteso che occorre comunque rispettare la normativa e le misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica da Covid-19?

Penso, ad esempio, alla necessità urgente di assicurare il conforto dei sacramenti della Confessione e dell'Unzione degli Infermi a un moribondo nell'estremo momento della morte (non si muore solo di Covid-19, ma anche di altre patologie) in abitazioni private, tenuto conto che in esse le visite sono consentite solo ai "congiunti" (termine peraltro molto criticato perché non giuridico) e per motivi di necessità. Oppure in ospedale. È o non è consentito? E a quali condizioni?

Inoltre, poiché, come visto, le uniche forme previste dalle intese concordatarie (art. 13, comma 2, e art. 14 dell'Accordo di Villa Madama del 1984), per la revisione e/o la risoluzione dei problemi che toccano i rapporti tra Stato e Chiesa consacrati dal Concordato sono: a) nuovi accordi tra la Santa Sede e la Repubblica italiana, b) intese tra le competenti autorità dello Stato con la Cei; c) nomina da parte della Santa Sede e della Repubblica italiana di una commissione paritetica *ad hoc*, penso sia lecito domandarsi – e domandare alle competenti Autorità – il perché non si siano seguite tali procedure, e quali siano le norme o le prassi che legittimino tale apparentemente nuovo *modus procedendi* e, comunque, quale significato giuridico attribuire ad esso.

7. Il diritto alla libertà religiosa

Le norme eccezionali hanno inciso anzitutto sulla libertà costituzionale, garantita dall'art. 19 della Costituzione, che hanno tutti i cittadini, a qualsiasi religione o confessione appartengano, di professare liberamente la loro fede e di esercitarne in privato o in pubblico il culto. «*Tutti*» – recita il citato art. 19 Cost. – «*hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto, purché non si tratti di riti contrari al buon costume*».

Questo vale anche in ambito UE. L'art. 9 della CEDU stabilisce – nel suo primo paragrafo – che «*ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione*», diritto che include «*la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti*».

A ciò si aggiunge, nel secondo paragrafo, che le manifestazioni succitate non possono essere «*oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla pubblica sicurezza, alla protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui*». Questo significa che eventuali restrizioni alla libertà religiosa non possono essere stabilite da provvedimenti amministrativi, come è avvenuto nel caso dei d.p.c.m. in questione, ma solo dalla legge, rispettando, peraltro, rigorosamente il principio di proporzionalità tra la situazione di necessità e le limitazioni imposte[25].

8. Domande finali

Bisognerà stabilire – e questo sarà il compito della dottrina e della giurisprudenza – se la normativa di eccezione anti Covid-19 sia stata ispirata a quei princìpi di necessità,

[25] «*Lo stesso principio lo troviamo nel secondo paragrafo dell'art. 9 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, che stabilisce che la libertà di manifestare la propria religione non possa essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge (dalla legge e non da provvedimenti amministrativi) e che costituiscono misure indispensabili alla protezione di beni di rango primario, come in questo caso la salute pubblica: le misure assunte in questo senso, come confermato dalla costante giurisprudenza della relativa Corte, non sono aprioristicamente giustificate tout court dal ricorrere di una situazione di necessità, ma devono necessariamente rispondere a un principio di proporzionalità tra le modalità con cui si concretizza quest'ultima e le effettive limitazioni imposte alla libertà religiosa*». Cfr. G. Boni, *Il fondamentale diritto dei fedeli ai sacramenti*, pubblicato il 7 maggio 2020 sul sito del Centro Studi Rosario Livatino, in https://bit.ly/2X9EKwF.

proporzionalità, ragionevolezza, bilanciamento e temporaneità che possono giustificare una compressione dei diritti, tenendo in ogni caso presente che si tratta di diritti di rango costituzionale[26]. È necessario un giusto bilanciamento tra autorità e libertà. Ponendo l'accento, nel caso si crei uno squilibrio, sul diritto che più viene coartato in un dato momento storico. Nel nostro caso, mi pare di poter dire che nell'epoca che stiamo vivendo – e la vicenda Covid-19 lo conferma – ad essere sacrificata più che l'autorità sia la libertà, di fronte ad un potere che assume sempre più caratteri dispotici e irragionevoli.

Dobbiamo, in conclusione, porci una serie di domande. Se passa il principio che circostanze eccezionali, per ora collegate a questioni di salute, possono limitare le libertà costituzionali dei cittadini e quelle della Chiesa (anch'esse costituzionalmente garantite), cosa potrebbe accadere, in futuro, in circostanze eccezionali di diverso tipo? In quali materie e per quanto tempo si possono giustificare tali limitazioni? Possono esse divenire definitive? Non si rischia di stravolgere i princìpi basilari del nostro ordinamento giuridico? Sono temi importanti e delicati da approfondire e da portare all'attenzione delle Autorità sia ecclesiastiche che civili.

[26] «*La Corte costituzionale ha affermato in varie occasioni che più la compressione di un diritto o di un principio costituzionale è severa, più è necessario che sia circoscritta nel tempo. Le limitazioni si giudicano in base al test di proporzionalità che risponde a queste domande: si sta perseguendo uno scopo legittimo? La misura è necessaria per quello scopo? Si è usato il mezzo meno restrittivo tra i vari possibili? Nel suo insieme, la norma limitativa è proporzionata alla situazione?*», in M. BIANCONI, *Nella Costituzione le vie per uscire dalla crisi. Possibili limitazioni ai diritti ma proporzionate e a tempo*, Intervista a Marta Cartabia, in "*Corriere della Sera*", 29 aprile 2020.

Abstract

STEFANO NITOGLIA, Covid-19 e libertà religiosa

Nel saggio vengono analizzati i problemi scaturiti in seguito alla normativa eccezionale anticovid riguardo ai rapporti tra Stato e Chiesa e alla libertà religiosa. Dopo un breve excursus della normativa anticovid, si riportano i pareri di autorevoli giuristi che hanno ravvisato in queste norme diversi profili di incostituzionalità. Vi è stato un vulnus al regime concordatario? Può, lo Stato, intervenire unilateralmente in questa materia? Si affronta, poi, il tema di accordi bilaterali per regolare in futuro situazioni analoghe. Una breve analisi è dedicata al Protocollo per la graduale ripresa delle cerimonie liturgiche con il popolo, siglato il 7 maggio 2020 tra le Parti. La questione della libertà religiosa e alcune domande sugli esiti possibili di questo processo di normazione eccezionale concludono lo studio.

Parole chiave: normativa anticovid, democrazia parlamentare, regime concordatario, libertà religiosa, Protocollo per la ripresa delle cerimonie religiose

STEFANO NITOGLIA, Covid-19 and religious freedom

The essay analyzes the problems arising following the exceptional anticovid legislation regarding relations between the State and the Church and religious freedom. After a brief excursus of the anticovid legislation, the opinions of authoritative jurists are reported who have identified in these norms different profiles of unconstitutionality. Has there been a vulnus to the concordat regime? Can the state intervene unilaterally in this matter? The issue of bilateral agreements to regulate similar situations in the future is then addressed. A brief analysis is dedicated to the Protocol for the gradual resumption of liturgical ceremonies with the people, signed on May 7, 2020 between the Parties. The question of religious freedom and some questions about the possible outcomes of this exceptional standardization process conclude the study.

Key words: anticovid legislation, parliamentary democracy, concordat regime, religious freedom, Protocol for the resumption of religious ceremonies

PAOLO MACI
Avvocato in Lecce, Professore a contratto di legislazione scolastica
Università telematica Pegaso

COVID-19 E SCUOLE PARITARIE: A RISCHIO LA TENUTA DEL SISTEMA DI ISTRUZIONE*

SOMMARIO: 1. La crisi della scuola paritaria nel tempo dell'emergenza da Covid-19 – 2. Le conseguenze "dirette" della normazione sull'emergenza. La prevalenza della natura del servizio erogato – 3. Le conseguenze "indirette" della normazione dell'emergenza. La prevalenza del rilievo attribuito alla natura dell'ente erogatore del servizio – 4. Il paradosso del sistema nazionale dell'Istruzione: una parità nei fini ma non nei mezzi – 5. L'allarme dei Vescovi italiani e dei vertici delle Scuole Cattoliche – 6. La necessità di una politica attiva nella Fase 2 per valorizzare il ruolo delle scuole paritarie.

1. La crisi della scuola paritaria nel tempo dell'emergenza da Covid-19

A vent'anni di distanza dalla approvazione della legge n. 62/2000, che ha sancito l'appartenenza delle scuole paritarie al sistema nazionale di istruzione[1] e ne ha riconosciuto il ruolo all'interno del servizio pubblico[2] si leva da più voci un grido di allarme al fine di scongiurarne una crisi incombente. Il decreto legge n. 18 del 17 marzo 2020, il c.d. Cura Italia, convertito in legge il 24 aprile 2020, che rappresenta il primo tra i provvedimenti aventi forza di legge con i quali è stato dato inizio alla c.d. Fase 2 e che attribuisce a tutti i soggetti colpiti dall'emergenza provvidenze economiche e strumenti finanziari finalizzati a sostenerne la transizione verso la fase della ripresa, non prevede nulla a sostegno delle scuole paritarie, nonostante i tentativi in tal senso di alcuni gruppi parlamentari nel dibattito in sede di conversione[3]. La destinazione in loro favore di una

---

* *Contributo sottoposto a valutazione.*

[1] art. 1 comma 1 Legge 62 del 2000.

[2] art. 1 comma 3 Legge 62 del 2000. La dottrina si è molto interrogata sulla effettività della appartenenza al servizio pubblico delle scuole paritarie. Tra gli altri: S. CORNELLA, *Scuola pubblica e scuola privata tra regole di diritto e principi comunitari*, in F. CORTESE (a cura di), *Tra amministrazione e scuola. Snodi e crocevia del diritto scolastico italiano*, Napoli, 2014; M. PARISI, *Istruzione laica e confessionale, nello Stato delle autonomie*, Napoli, 2008; A. FERRARI, *Libertà scolastiche e laicità dello Stato in Italia e Francia*, Torino, 2002; M. CROCE, *La scuola pubblica e la scuola privata*, in F. ANGELINI - M. BENVENUTI (a cura di), *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione, atti del convegno di Roma, 23-24 gennaio*, Napoli; R. MORZENTI PELLEGRINI, *Istruzione e formazione nella nuova amministrazione decentrata della Repubblica: analisi ricostruttiva e prospettive*, Milano, 2004.

[3] Sulle iniziative dei gruppi parlamentari in favore di modifiche in sede di conversione del d.l. n. 18 cfr. C. GIOJELLI, *Toccafondi: «Lo Stato non può permettersi la chiusura delle paritarie»*, in *Tempi*,

parte delle provvidenze destinate al sistema nazionale di istruzione per dotarsi «*dei materiali per la pulizia straordinaria dei locali, nonché di dispositivi di protezione e igiene personali, sia per il personale sia per gli studenti*» prevista dall'art. 77, infatti, sembra persino irridente rispetto ad una situazione che – giorno dopo giorno – è diventata sempre più drammatica, sia in ordine alle difficoltà oggettive che tutte le scuole paritarie stanno affrontando in questo periodo, sia rispetto, soprattutto, a quanto succederà nel prossimo futuro. Le scuole paritarie, infatti, proprio per la collocazione all'interno del sistema pubblico della istruzione, da una parte, e per la singolarità della loro natura, dall'altra, rischiano di essere l'anello più debole del sistema e di rimanervi schiacciate, se non si assumeranno delle decisioni – ormai indifferibili – in grado di garantirne la tutela.

2. Le conseguenze "dirette" della normazione sull'emergenza. La prevalenza della natura del servizio erogato

Le scuole paritarie, come tutti i soggetti protagonisti del sistema formativo italiano, sia statali sia non statali, sono state destinatarie di quelle norme che ne hanno determinato la chiusura, o quantomeno disposto l'interruzione dell'attività didattica in presenza progressivamente su tutto il territorio nazionale: a partire dal d.l. n. 9/2020, che tra le norme dettate per le prime "zone rosse" aveva statuito la possibilità della «*sospensione dei servizi educativi dell'infanzia e delle scuole di ogni ordine e grado, nonché della frequenza delle attività scolastiche e di formazione superiore, compresa quella universitaria, salvo le attività formative svolte a distanza*»[4].

Tali misure sono state ribadite con maggior vigore e precisione dal d.l. n. 19/2020, stavolta applicabili «*su specifiche parti del territorio nazionale ovvero, occorrendo, sulla totalità di esso*»[5] che ha previsto la possibilità di adottare «*per periodi predeterminati, ciascuno di durata non superiore a trenta giorni, reiterabili e modificabili anche più volte fino al 31 luglio 2020, termine dello stato di emergenza dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, e con possibilità di modularne l'applicazione in aumento ovvero in diminuzione secondo l'andamento epidemiologico del predetto*

https://bit.ly/3ev7Ig2 (consultato il 26.04.2020); cfr. anche l'intervista del 26 aprile 2020 a Virginia Kaladich, Presidente Fidae, in https://bit.ly/36EeVIj.

[4] Art. 1 comma 2 lett. d) DL n. 6 del 2020.

[5] Art. 1. comma 1 DL 19 del 2020.

virus»[6], «*secondo principi di adeguatezza e proporzionalità*»[7] provvedimenti che dispongano la «*sospensione dei servizi educativi per l'infanzia* (…) *e delle attività didattiche delle scuole di ogni ordine e grado* (…) *ferma la possibilità del loro svolgimento di attività in modalità a distanza*»[8]. Tra i due decreti legge, le fondamenta nella costruzione dell'impianto normativo dell'emergenza, i noti DPCM che, a partire dal 6 marzo 2020, hanno dato l'indicazione tangibile dell'aggravarsi della epidemia e della sua contestuale estensione su tutto il territorio nazionale e che si sono occupati anche di tradurre le disposizioni di normazione primaria nel mondo della scuola in atti di applicazione concreta.

3. Le conseguenze "indirette" della normazione dell'emergenza. La prevalenza del rilievo attribuito alla natura dell'ente erogatore del servizio

Se l'impatto dell'emergenza dovuta al Covid-19 ha prodotto gli stessi effetti immediati su tutto il comparto che nel nostro Paese si occupa dell'educazione e della istruzione/formazione, determinando la chiusura di tutti gli istituti e modificandone le modalità di fruizione con la previsione della didattica a distanza – che il d.l. n. 22/2020 ha reso obbligatoria quanto meno fino alla fine dell'anno scolastico in corso[9] – di altra natura sono le conseguenze che su quegli stessi enti si riverberano per effetto dell'impianto normativo dell'emergenza a seconda del tipo di soggetto erogatore del servizio che si prende in considerazione.

É evidente, seguendo proprio lo schema suggerito dalla legge n. 62/2000, che individua nel sistema nazionale dell'istruzione – inteso nel suo complesso – oltre alle scuole gestite dallo Stato (e dagli enti locali) le scuole non statali paritarie, e la terza gamba dell'istruzione non statale non paritaria[10]. Accade allora che mentre tutti gli enti erogatori di servizi di educazione e istruzione (le scuole statali, quelle non statali paritarie e quelle non statali private non paritarie) sono destinatari delle stesse norme tra quelle previste per contenere l'espandersi del contagio in ragione del tipo di attività svolta, con

---

[6] *Ibidem*.
[7] Art. 1 comma 2 DL 19 n. 2020.
[8] Art. 1 comma 2 lettere p) e q) del d.l. n 19/2020.
[9] Art. 2 del Decreto Legge n. 22 del 2020.
[10] Art. 1 comma 7 Legge n. 62 del 2000.

medesime conseguenze "immediate" rinvenienti dalla applicazione di quelle norme (la chiusura o l'erogazione di didattica a distanza, ove possibile), gli effetti ulteriori rispetto all'applicazione della normativa emergenziale – per come sta prendendo forma nel nostro Paese – sono differenti perché prescindono dalla natura del servizio offerto, ma sono legate alla natura del soggetto che quel servizio eroga.

È proprio questa schizofrenica impostazione del sistema a produrre ulteriori conseguenze negative. Le scuole statali beneficiano di un sistema di protezione connaturato alla loro natura di articolazioni della organizzazione statuale, che da una parte vede una tutela piena del personale dei ruoli dirigenziali, di quello docente e di quello non docente e dall'altra garantisce la tenuta e l'efficienza delle strutture in quanto sotto la responsabilità dell'ente pubblico di riferimento (lo Stato, la provincia, il comune), mentre le scuole non statali e non paritarie, alla luce di quanto previsto dal d.l. n. 18/2020 fruiscono di tutte le provvidenze messe in atto per sostenere l'impresa privata, di cui le stesse condividono la natura. E quindi, oltre alla cassa integrazione in deroga per gli eventuali dipendenti, anche l'erogazione delle provvidenze economiche previste per i soggetti che svolgano attività imprenditoriale, commisurate al tipo di utilizzo previsto per il denaro richiesto e al volume d'affari sviluppato per l'anno precedente.

Le scuole paritarie invece, che la legge vuole «*senza fini di lucro*»[11], per come è strutturato l'impianto normativo dell'emergenza fruiscono soltanto della cassa integrazione in deroga per i dipendenti, qualunque sia il loro numero. Non possono vantare né le garanzie che lo Stato e gli altri enti pubblici territoriali assicurano circa la tenuta, le spese di ordinaria e straordinaria manutenzione e di gestione degli edifici che ospitano gli istituti scolastici né delle provvidenze economiche di cui – di converso – fruiscono le scuole non statali e non paritarie che invece, avendo fini di lucro, strutturano la gestione della propria attività quale attività di impresa.

4. Il paradosso del sistema nazionale dell'Istruzione: una parità nei fini ma non nei mezzi

È questo il paradosso a cui stiamo assistendo: quello in cui un pezzo rilevante del sistema di istruzione nazionale – quello che fa riferimento alle scuole paritarie – parte essenziale e integrante del sistema pubblico di istruzione – viene lasciato solo da quello

[11] Art. 1 comma 8 della Legge n. 62 del 2000.

Stato che vent'anni fa, grazie a una riforma del sistema che intendeva finalmente dare attuazione alla previsione costituzionale, aveva preso atto e dato dignità a un sistema strutturato di enti, istituzioni, organizzazioni che senza scopo di lucro condividevano gli stessi fini pubblici perseguiti dallo Stato. E aveva garantito un servizio di educazione e di istruzione che esisteva ben prima che la scuola statale venisse ad esistenza, mettendo in piedi un progetto educativo «*improntato ai princípi di libertà stabiliti dalla Costituzione*»[12]. Aveva garantito inoltre «*un piano dell'offerta formativa conforme agli ordinamenti e alle disposizioni vigenti*», la «*pubblicità dei bilanci*», «*la disponibilità di locali, arredi e attrezzature didattiche propri del tipo di scuola e conformi alle norme vigenti*», «*l'iscrizione alla scuola per tutti gli studenti i cui genitori ne facciano richiesta (...); l'applicazione delle norme vigenti in materia di inserimento di studenti con handicap o in condizioni di svantaggio; l'organica costituzione di corsi completi*», l'assunzione in servizio di personale dirigente e di docenti con il possesso dei relativi titoli cui vengano garantiti contratti individuali di lavoro nel rispetto di quelli collettivi nazionali di settore[13].

Questo a fronte del solo pagamento delle rette richieste per l'iscrizione di alunni e studenti. É evidente, allora, che venuto meno l'obbligo del pagamento delle rette a seguito della chiusura delle scuole (salvi differenti accordi coi genitori degli iscritti), al netto delle spese del personale, sostenute per una percentuale importante dalla cassa integrazione in deroga prevista dal d.l. Cura Italia, almeno fino al 31 luglio 2020, tutte le altre risorse necessarie al mantenimento in vita delle scuole paritarie manchi inesorabilmente all'appello.

5. L'allarme dei Vescovi italiani e dei vertici delle Scuole Cattoliche

Per questo è giustificata la protesta del Consiglio Permanente della CEI, secondo cui le scuole paritarie "*se già ieri erano in difficoltà sul piano della sostenibilità economica, oggi – con le famiglie che hanno smesso di pagare le rette a fronte di un servizio chiuso dalle disposizioni conseguenti all'emergenza sanitaria – rischiano di non aver più la*

[12] Art. 1 comma 3 della Legge n. 62 del 2000.
[13] art. 1 comma 4 della Legge n. 62 del 2000. Sul punto, Cfr. CENTRO STUDI PER LA SCUOLA CATTOLICA, *Dirigere e coordinare le scuole: scuola cattolica in Italia: sesto rapporto*, Roma, 2004.

forza di riaprire»[14]; e quella della presidente dell'Unione superiore maggiori d'Italia (Usmi) madre Yvonne Reungoat e del presidente della Conferenza italiana dei superiori maggiori (Cism) padre Luigi Gaetani, secondo cui «*senza un intervento serio dello Stato, il 30% delle scuole pubbliche paritarie sarà destinato a chiudere entro settembre, se non si dichiarerà bancarotta già entro maggio*»[15]. Il problema, come dicono ancora i Vescovi Italiani, non è solo quello relativo alla sussistenza per migliaia di dipendenti: oltre al venir meno dei «*principi – centrali in democrazia – di libertà educativa e di sussidiarietà*», vi è anche quello del possibile «*aggravio di alcuni miliardi di euro all'anno sul bilancio della collettività*» e quello costituito dalla mancanza di servizi con cui supplirne l'assenza[16]. Anche a non voler ricorrere, come in questo particolarissimo frangente sarebbe consentito – quanto meno per l'enorme mole di provvedimenti che sono stati messi in atto in tal senso – a misure eccezionali ed in deroga a quanto previsto dall'ordinamento, come quella della previsione di un fondo straordinario per sopperire all'emergenza, la soluzione potrebbe essere trovata proprio all'interno dell'ordinamento. Con l'incremento del fondo da assegnare alle famiglie previsto dall'art. 9 della Legge n. 62/2000, con un intervento diretto delle Regioni a garanzia del diritto allo studio pure previsto dalla Legge 62/ 2000[17]. O attraverso la detraibilità totale delle rette pagate dalle famiglie per garantire la frequenza alle scuole paritarie, come auspicano Usmi e Cism[18] con il sostegno dei Vescovi Italiani[19].

6. La necessità di una politica attiva nella Fase 2 per valorizzare il ruolo delle scuole paritarie

Una possibile soluzione al problema non può e non deve risiedere soltanto in interventi di natura economica. L'enorme patrimonio umano e di strutture delle scuole paritarie (180.000 tra docenti e operatori scolastici, 12.000 sedi scolastiche distribuite su tutto il

[14] Cfr. I. MAFFEIS, *Scuole paritarie, l'ultima campanella*, in *Sir Agenzia d'informazione*, 26 aprile 2020, https://bit.ly/3dcB1nF
[15] E. LENZI, *L'allarme. Scuole paritarie, il 30 per cento a rischio chiusura*, in *Avvenire*, 26 aprile 2020, https://bit.ly/3epdMqD.
[16] Cfr., I. MAFFEIS, *Scuole paritarie, l'ultima campanella*, cit. In questo senso cfr. anche A. ZAMBRANO, *"Uccidere le paritarie: così il Governo condanna lo Stato"*, in *La Nuova Bussola*, 9 aprile 2020, https://bit.ly/3eqQe4t.
[17] Art. 11 della Legge n. 62 del 2000.
[18] Cfr. Comunicato stampa Cism e Uism del 16.04.2020, in https://bit.ly/2AjZhFz.
[19] E. LENZI, *L'allarme. Scuole paritarie, il 30 per cento a rischio chiusura*, cit.

territorio nazionale)[20] potrebbe rivelarsi utilissimo per agevolare la ripresa nella fase 2 nel comparto istruzione. Come suggerito da Cism e Uism, le paritarie, con la loro maggiore flessibilità, potrebbero cominciare ad accogliere, con le dovute cautele e le necessarie precauzioni, almeno una parte degli alunni più piccoli durante le fasi iniziali della ripresa, quando i genitori che sono in grado di lavorare non sapranno come gestire i figli. Non solo: potrebbero mettere a disposizione delle scuole statali, a partire da settembre, quando, come sembra, dovrebbe riprendere l'attività didattica "in presenza", una parte dei loro edifici, spesso non del tutto utilizzati, per «*garantire un sufficiente "distanziamento sociale*" *in una sorta di patto educativo e civico*»[21] che rinsaldi quella visione unitaria del sistema nazionale di istruzione fatta propria dal dettato costituzionale e ribadita dalla Legge n. 62/2000, per molti versi ancora inattuata.

[20] Cfr. Comunicato stampa, cit.
[21] *Ivi.*

Abstract

PACI MACI, Covid-19 e Scuole paritarie: a rischio la tenuta del sistema di istruzione

Il contributo si occupa delle scuole paritarie ai tempi dell'emergenza da Covid-19. Rileva come, a distanza di vent'anni dalla approvazione della Legge n. 62 del 2000, che ha sancito l'appartenenza delle scuole paritarie al sistema nazionale di istruzione, le stesse rischino di cadere in una profonda crisi a causa dell'assenza di sostegno da parte dello Stato. Il pericolo è che alla ripartenza molte di loro non riusciranno a riaprire. Eppure, l'ordinamento prevede forme di sostegno che potrebbero essere implementate; inoltre, potrebbero essere utilizzate per accogliere i più piccoli quando i genitori ricominceranno a lavorare e, da settembre, fungere da supporto per la scuola pubblica, al fine di favorire la didattica in frequenza con gli opportuni distanziamenti. Un'opportunità che potrebbe consentire rinsaldare quella visione unitaria del sistema nazionale di istruzione fatta propria dal dettato costituzionale e ribadita dalla Legge n. 62 del 2000, per molti versi ancora inattuata.

Parole chiave: scuole paritarie, Covid-19, istruzione, Vescovi, Stato

PAOLO MACI, Covid-19 and Peer Schools: the stability of the education system is at risk

This work deals with parity schools at the time of the emergency from COVID - 19. It describes how, twenty years after the approval of law n. 62 of 2000, which sanctioned the belonging of the parity schools to the national education system, they risk falling into a deep crisis due to the absence of support from the state. The danger is that at the start many of them will not be able to reopen. Yet, the system provides for forms of support that could be implemented and that could be used to welcome children when parents start working again and, from September, they could be supportive for public school, in order to encourage frequency teaching with the appropriate distances. An opportunity that could allow to consolidate that unitary vision of the national education system adopted by the constitutional dictate and reaffirmed by law n. 62 of 2000, in many ways still unfulfilled.

Key words: Parity School, Covid-19, education, Bishops, State

SEZIONE STUDI

MAURO RONCO
Professore Emerito di Diritto penale
Università di Padova

GIORGIO AMBROSOLI: RADICI IDEALI E SPIRITUALI DI UN SACRIFICIO*

1. Non credo di essere degno dell'onore che mi è stato riservato di ricordare l'Avvocato Giorgio Ambrosoli nel quarantesimo anniversario della morte vilmente infertagli da un sicario di Michele Sindona. La Sua figura costituisce un esempio che merita ammirazione e imitazione in qualsiasi epoca, ma soprattutto oggi, quando gravissimo è il turbamento della coscienza morale e civile nel nostro paese e in tutto il mondo occidentale.

Pur inadeguato nel compito, fornirò qualche linea interpretativa per accostarci fruttuosamente alla sua figura.

Due prospettive si incrociano necessariamente nella descrizione del percorso sacrificale che Giorgio Ambrosoli ha compiuto. Da un lato, occorre far uscire dall'ombra le strade tortuose calcate dalla folla dei malvagi. Costoro, non soddisfatti delle loro iniquità, si affannarono ad occultarle e, infine, compirono la vendetta su colui che le aveva smascherate. Da un altro lato, come nel trionfo della luce sull'ombra in un quadro di Caravaggio, risplende la condotta di un giusto che, odiando le parole false, si fa guida del prossimo lungo la strada della giustizia in cui dimora la vita.

2. Rileggendo dopo tanti anni le vicende dell'ascesa e del crollo dell'oscuro impero finanziario di Michele Sindona, non può non affiorare lo sconcerto per la capacità delle potenze di questo mondo di paralizzare i presidi pubblici la cui missione è impedire lo sconvolgimento dell'ordinato svolgersi della vita civile. Mai come in questa occasione vale l'asserto secondo cui è la debolezza dei buoni a spianare la strada al trionfo dei malvagi. Dico "buoni" in senso improprio; perché veramente buoni sono soltanto gli uomini e le donne che operano nell'integrità di una vita virtuosa e non anche coloro che

* Testo dell'intervento tenuto dal Prof. Mauro Ronco in occasione del Convegno *Etica, diritto, giustizia* svoltosi ad Alessandria presso l'Università degli Studi del Piemonte orientale - Dipartimento di Giurisprudenza e Scienze politiche, economiche e sociali, il 22 novembre 2019 ed organizzato dalla Scuola di Formazione Forense Giorgio Ambrosoli e dagli Ordini degli Avvocati del luogo, nel 40°anniversario della scomparsa dell'Avvocato Giorgio Ambrosoli.

si limitano a non partecipare attivamente alle trame inique, senza impedirne però il successo.

Michele Sindona, in fin dei conti, se lo si studia nel suo cammino verso il potere finanziario, è ben poca cosa. Anche il periodo di tempo in cui esercitò il suo potere è, a ben considerare, estremamente breve. Ancora nel 1967 il Questore di Milano, rispondendo a un interpello del Capo dell'Organizzazione Internazionale di Polizia Criminale di Washington circa il suo coinvolgimento in un traffico illecito tra l'Italia e gli Stati Uniti, tratteggia a suo riguardo un ritratto non particolarmente allarmante.

Il potere economico e finanziario di Sindona conosce un vorticoso sviluppo nel decennio '60-'70, in connessione con l'ultima fase della tumultuosa espansione economica dell'Italia nel dopoguerra. Egli diventa socio di maggioranza di due piccole banche che gli vengono vendute dalle facoltose famiglie italiane che ne erano proprietarie. Tramite esse egli entra nel mondo della finanza internazionale. Oltre alle due banche milanesi egli possiede la Banca di Messina e la Finabank di Ginevra; si avvale di solidi legami con il mondo finanziario inglese, americano e svizzero e colloca le sue strutture societarie in paesi finanziariamente riservati.

Agli inizi degli anni '70 Sindona compie il tentativo di costituire una grande società finanziaria tramite la fusione di alcuni antichi gruppi finanziari italiani, nonché di acquisire il controllo delle banche di credito ordinario. Il Governatore della Banca d'Italia Guido Carli sventa questo tentativo. Il 31 agosto e il 20 settembre 1971 ordina un'ispezione sulle due banche di Sindona. Le ispezioni si concludono nei mesi iniziali dell'anno successivo. Entrambe rivelano gravissime irregolarità amministrative e il compimento di operazioni non consentite ad altissimo rischio. La Banca d'Italia presenta un esposto-denuncia all'Autorità giudiziaria; non scioglie però gli organi amministrativi delle banche, ritenendosi soddisfatta di aver sventato il folle progetto di concentrazione finanziaria. D'altra parte, così forse si ragiona in Banca d'Italia, ormai Sindona si è trasferito negli Stati Uniti, ove ha acquistato una banca di primaria importanza. Il suo peso finanziario parrebbe ormai indebolito. Lo scioglimento amministrativo delle banche potrebbe provocare un trauma nel debole mercato finanziario italiano.

In ogni caso, già nel 1972, l'ascesa di Sindona è stata fermata. Nell'ottobre del 1974 sarà spiccato contro di lui un mandato di cattura per bancarotta fraudolenta. La sua carriera criminale dovrebbe essere finita.

3. Eppure, proprio quando lo spericolato finanziere si è rivelato uno squallido bancarottiere, la sua aggressività si accresce in modo esponenziale.

Giorgio Ambrosoli – insieme a poche altre persone – costituirà il baluardo inespugnabile contro le trame seduttive e i ricatti atroci che sfoceranno nel suo assassinio nel mese di luglio del 1979. Le armi dell'avvocato milanese saranno: la ricerca paziente della verità e l'esposizione semplice, chiara, rigorosa, completa dell'intera sequenza degli accadimenti. Queste armi sono predestinate alla vittoria; ma quanta pazienza, quanta fatica, quanta dedizione costa affilare questo tipo di armi e poi impugnarle e infine protenderle verso coloro che dispregiano la verità e preferiscono fantasticare in vista di compromessi tra *ciò che è* e *ciò che non è*; tra *ciò che è giusto* e *ciò che è ingiusto*!

Ancora qualche parola desidero dire sulle fonti del potere di colui che decretò la morte di Ambrosoli. Michele Sindona seppe sfruttare con astuzia la fragilità della nostra Repubblica, ineluttabilmente divisa in due campi avversi dopo la tragedia della guerra, ma anche minata nei suoi organi vitali dall'infezione della mafia italo-americana. Duramente incatenata dal Governo e dalla Magistratura nel periodo antecedente alla guerra, tanto che Michele Pantaleone in *Mafia e politica* scrisse che: «*La mafia come organizzazione scomparve, né fu mai ricostituita fino alla caduta del fascismo*»[1], la mafia riuscì a imporsi in modo tracotante e sfacciato nell'immediato dopoguerra grazie al sostegno dei servizi alleati che ne fecero una testa di ponte per esercitare un controllo sulla giovane Repubblica.

Nella serie di ricatti che Sindona rivolgeva alle autorità italiane e, più ancora, nelle minacce dirette e indirette all'Avvocato Ambrosoli e ad altri esponenti di vertice della finanza italiana, risuona spesso il richiamo alla comunità italo-americana di New York. É doloroso constatare il degrado del senso di italianità che affiora da queste parole!

Ma, più ancora della mafia, che probabilmente aveva fornito a Sindona il denaro necessario per iniziare la sua carriera di finanziere, vi è stata un'entità, più rispettabile, raramente menzionata, il cui sostegno spiega le ragioni per cui, anche quando egli era stato convinto come bancarottiere, riuscì a tessere la trama di ricatti e di minacce che gli consentì di giungere al passo estremo di uccidere. Mi riferisco alla massoneria, nelle sue varie istituzioni e sembianze, sul cui sostegno a Sindona non si è forse indagato

[1] M. PANTALEONE, *Mafia e politica*, Torino, 1962, p. 42.

abbastanza. Essa fu così presente nelle vicende drammatiche di quei giorni da spingere nel 1975 un altissimo esponente della magistratura, Carmelo Spagnuolo, già Procuratore Generale della Corte di Appello di Roma e poi Presidente di Sezione della Corte di Cassazione, a rilasciare un *affidavit* in cui, rivelando di essere stato incaricato dal Gran Maestro dei massoni in Italia di accertare se Michele Sindona dovesse essere espulso dalla massoneria per comportamento indegno, asseverò che il bancarottiere era stato accusato di reati che non aveva commesso, e, pertanto, che era un perseguitato politico.

4. A partire dalla pubblicazione del libro di Corrado Stajano, che definisce Giorgio Ambrosoli un "eroe borghese", si è diffusa un'immagine dell'avvocato milanese che non mi convince del tutto. Certo, egli proveniva dalle file della borghesia cittadina medio-alta. Il suo profilo umano, però, soffre di un indebito riduzionismo quando si focalizza la radice dei suoi comportamenti eroici nelle attitudini legalitarie di quella parte di classe sociale che si era tenuta lontana dal malaffare, conservando rispetto per lo Stato di diritto.

Il punto cruciale che definisce il profilo etico e civile di Ambrosoli e che ne spiega l'eroismo sereno e operoso è la conformazione di tutte le sue energie, intellettuali volitive e sensibili, al fine superiore di una vita virtuosa. È la virtù che fa l'uomo ("*vir*"): essere uomo, di conseguenza, significa essere virtuoso.

La virtù morale incide profondamente sulla perfezione della persona e contribuisce potentemente a far sì che la condotta sia buona non soltanto estemporaneamente, in qualche occasione, in relazione a fini particolari, ma sia orientata permanentemente a realizzare il fine della perfezione personale. E, con la realizzazione del fine personale, si attua nel modo migliore anche il fine professionale che costituisce il compito specifico affidato di volta in volta a ciascuno. Congiungere il discorso etico sulle virtù all'esercizio corretto della vita professionale, prendendo in esame il caso personale di Giorgio Ambrosoli, significa compiere una scelta di campo intesa ad apprezzarne la condotta professionale alla luce dei princìpi filosofici e morali capaci di realizzare il bene e difendere i valori su cui è fondata una società libera e giusta.

5. Un rapido *excursus* in ordine agli aspetti più significativi della condotta di Ambrosoli nella gestione dell'affare "Sindona", dal conferimento dell'incarico alla morte, rendono più chiari gli asserti precedenti.

La sua condotta fu massimamente ispirata alla virtù della prudenza, regina delle virtù e guida fondamentale di ogni attività umana. Non risiede la prudenza nella meschina preoccupazione per il proprio futuro, come oggi spesso fallacemente la si intende. Essa si radica nella concreta previsione degli eventi in relazione alle cose incerte. Essa postula, pertanto, la puntuale conoscenza della realtà e l'adeguata preparazione professionale.

Prudenza è anzitutto adesione alla realtà; rifiuto delle fantasticherie; presa d'atto delle conseguenze logicamente prevedibili degli atti compiuti e degli accadimenti passati. Per anni i sostenitori di Sindona – tanto gli avvocati che lo assistevano legittimamente quanto gli uomini politici che disegnavano illecitamente compromessi fantasiosi – ne dilatarono l'ego smisurato con vane aspettative che egli potesse uscire impunito dal disastro finanziario che aveva provocato.

Ambrosoli mai si piegò ad ascoltare queste sirene. Concentrandosi sulla realtà incontestabile dei numeri, ricostruita con certosina pazienza, si dimostrò uomo sommamente prudente. Non socchiuse gli occhi di fronte alla realtà. Si cade in questo difetto per svariate ragioni. Talora per scelta deliberata, ma spesso per distrazione, perché attirati da altri a considerare aspetti marginali e irrilevanti del tema oggetto di trattazione.

La conoscenza della realtà è compito arduo. Insegna il Siracide: «*Se lo vuoi, figlio, diventerai saggio;/applicandoti totalmente, diventerai abile*»[2].

Il giudizio prudente è impedito dall'improvvisazione, dalla fretta, dalla molteplicità degli impegni o, peggio, dal prestare orecchio a consigli interessati, dall'ascoltare opinioni di persone socialmente importanti, ma non a conoscenza dei fatti, dai condizionamenti politici e ideologici.

Ambrosoli si dedicò per anni quasi esclusivamente allo studio dell'affare che gli era stato affidato; rinunciò a guadagni e a vantaggi economici; non approfittò dell'incarico per acquisirne altri, magari più lucrosi e meno impegnativi; fu sordo alle voci interessate che proponevano soluzioni impossibili; non si lasciò distrarre da alcuna ipotesi politica o da dietrologie interessate; si astenne da valutazioni istintive dettate dall'indignazione o dal risentimento.

La cura con cui preparò le sue relazioni al Giudice; la perfezione concettuale e la completezza analitica della sua deposizione nella rogatoria americana avanti al Giudice

[2] Sir 6, vv. 33-34.

Istruttore milanese Giovanni Galati il 9, il 10 e l'11 luglio 1979 costituiscono pietre miliari di un lavoro mirabile, tutto quanto inscritto nel quadro della virtù della prudenza.

6. Giorgio Ambrosoli praticò la giustizia in modo eminente sotto entrambe le forme in cui essa si manifesta.

La forma della veracità, anzitutto, che obbliga la persona a dare a ciascuno il suo e, quindi, a dire la verità. Se ciò vale in ogni rapporto della vita sociale, tanto che, se almeno la gran parte degli uomini non praticasse abitualmente tale virtù, la società non potrebbe sussistere, tanto più vale per coloro che assumono incarichi pubblici, i giudici, certo, ma anche gli esperti, che hanno l'obbligo di ricercare e di dire la verità in ordine ai fatti incerti e complessi che hanno assunto l'obbligo di investigare.

Oltre alla veracità, poi, occorre la forma della fedeltà e della lealtà alla parola data con l'assunzione dell'incarico. Questo aspetto della giustizia caratterizzò in modo particolare l'opera di Ambrosoli nella vicenda in esame. È proprio della fedeltà la saldezza nello svolgimento dell'incarico; il rifiuto di ogni tergiversazione, la determinazione nel superamento degli ostacoli. Il rispetto di questa forma della giustizia è tanto più arduo quanto più l'ambiente in cui si è costretti ad agire è affollato da soggetti cinici, infingardi, disonesti.

La fedeltà al giuramento prestato nell'assolvimento dell'incarico peritale presenta due versanti: la veracità e l'affidabilità della ricostruzione di una situazione appartenente al passato e la promessa di condurre a termine l'incarico in modo retto, senza titubanze, ripensamenti o incertezze; combattendo contro chiunque, ma soprattutto contro se stessi, per superare l'inevitabile propria fragilità; per approfondire ciò che in un primo momento può sembrare troppo complicato; per districare con energia intellettuale e con ferma determinazione i nodi che sembrano rendere incomprensibile l'oggetto dell'investigazione.

Quanto penoso è lo sforzo necessario per pervenire alla meta! Talora ci si ferma a metà strada, o a due terzi del cammino, lasciando scoperto qualche aspetto, magari soltanto per prendere fiato, per porre tra se stessi e la materia trattata una certa distanza, ovvero talora per condividere con altri la responsabilità del disvelamento integrale della verità.

Ebbene, Ambrosoli svolse l'incarico con la fermezza e con la rettitudine che caratterizzano l'operare dell'uomo interiormente trasformato dalla ricchezza derivante dalla virtù della giustizia.

7. La corona dell'opera compiuta sta nella fortezza e nella magnanimità con cui Ambrosoli accettò e svolse l'incarico. Al suo occhio esperto non poté sfuggire fin dall'inizio quali sarebbero state le difficoltà e gli ostacoli sul cammino. Gli uomini e le donne astute, pur talora ricercando con ansia incarichi superiori alle loro capacità e onori immeritati, tendono a sottrarsi agli sforzi eccessivi e ai pericoli che si accompagnano agli impegni più gravosi. Quando le cose si fanno difficili, usano la tattica del *commodus discessu*s, allegando ogni tipo di giustificazione, talora insinuando l'imprudenza in coloro che sono disponibili a percorrere la strada del sacrificio.

É proprio, invece, della virtù della fortezza correre diritti verso la meta della giustizia sopportando con pazienza i sacrifici necessari per evitare la resa e la defezione a causa della pervadente presenza del male. La determinazione generosa nel compimento del dovere attira spesso rancore e odio. La moralità dell'oggetto dell'impegno richiesto ad Ambrosoli rendeva la causa nobile e il suo operare magnanimo. Egli abbracciò la sua croce senza esitazione; la portò innanzi fino al compimento. È significativo che egli sia stato assassinato nella stessa giornata, poche ore dopo, in cui aveva esaurito il suo compito.

Indomito egli trascorse l'ultimo anno della vita sotto la costante minaccia di morte. L'anonimo sedicente appartenente alla consorteria italo-americana di New York lo tempestò di telefonate fin dal dicembre del 1978 in un crescendo di minacce, sempre più dirette e vicine. Non lo spinse alla resa neanche la scoperta che intorno a sé, tra le pochissime persone che godevano della sua fiducia, si annidava un traditore, che aveva trasmesso al nemico la sua seconda relazione al Giudice Istruttore.

La sorte di Ambrosoli alla fine del '78 è segnata. Ad aprile '79 Sindona dice all'onnipotente banchiere Enrico Cuccia che Ambrosoli non ha più scampo, che lui lo avrebbe fatto scomparire. Cuccia ha raccontato ciò al Giudice Istruttore di Milano l'8 giugno 1983, soltanto dopo l'omicidio. Gli ultimi mesi di vita di Ambrosoli vedono l'alternarsi di ricatti e di minacce. Egli continua impavido a seguire la via dolorosa del coraggio e dell'onore. Si dedica con sempre maggiore cura allo studio per far fronte alla

deposizione in rogatoria. Qualche sicario apre la cassaforte e lascia il messaggio mafioso di una pistola segata in un locale della banca ove egli svolge il suo lavoro. Presenta la doverosa denuncia; ma non deflette dall'impegno. Sa che il nemico vuole indebolirlo frapponendogli gli ostacoli più diversi. Lo scopo dei ricatti è incrinare la sua attendibilità. Egli corre magnanimo verso il sacrificio della vita, consapevole che vi sono valori spirituali e morali più importanti della vita stessa.

8. La radice profonda delle virtù civiche di Giorgio Ambrosoli sta nella certezza ferma e serena che i valori spirituali e trascendenti, in cui egli crede come convinto cattolico, sono perenni e invincibili, perché nessun nemico potrà sconfiggerli.

Non posso tacere questo aspetto della vita di Giorgio Ambrosoli, perché egli lo ha consegnato alla moglie nel testamento di vita vergato il 25 febbraio 1975. Con lucida chiarezza egli rivela alla compagna della sua vita che pagherà «*a molto caro prezzo l'incarico*». Egli ne è consapevole al momento dell'accettazione; ma lo ha accettato perché si è trattato di «*un'occasione unica di fare qualcosa per il Paese*». Il testamento si chiude con queste nobili parole: «*Qualunque cosa succeda, comunque, tu sai che cosa devi fare e sono certo saprai fare benissimo. Dovrai tu allevare i ragazzi e crescerli nel rispetto di quei valori nei quali noi abbiamo creduto [...] Abbiano coscienza dei loro doveri verso se stessi, verso la famiglia nel senso trascendente che io ho, verso il Paese, si chiami Italia o si chiami Europa*».

Il messaggio trasmesso sia ancora oggi per noi una consegna incandescente, da accogliersi con animo grato rivolgendo al Signore la preghiera del Siracide che sono certo egli avrebbe condiviso: «*Accetta quanto ti capita,/ sii paziente nelle vicende dolorose,/ perché con il fuoco si prova l'oro,/ e gli uomini ben accetti nel crogiuolo del dolore. /Affidati a lui ed egli ti aiuterà;/ segui la via dritta e spera in lui*»[3].

Nella speranza di sfuggire anche noi, in questi tempi di confusione dell'intelligenza, all'invettiva che ricorre pochi versetti dopo nel testo della Scrittura: «*Guai ai cuori pavidi e alle mani indolenti/ e al peccatore che cammina su due strade*»[4].

[3] Sir 2, vv. 4-6.
[4] Sir 2, v. 14.

Abstract

MAURO RONCO, Giorgio Ambrosoli: radici ideali e spirituali di un sacrificio

Il testo è l'intervento tenuto in occasione del Convegno Etica, diritto, giustizia, svolto ad Alessandria il 22 novembre 2019 dalla Scuola Forense Ambrosoli e dagli Ordini degli Avvocati del luogo. Ricorda l'eroico sacrificio dell'avv. Giorgio Ambrosoli, nel quarantesimo anniversario della morte, infertagli da un sicario di Michele Sindona.

Parole chiave: Giorgio Ambrosoli, giustizia, Michele Sindona, valori cristiani, sacrificio

MAURO RONCO, Giorgio Ambrosoli: ideal and spiritual roots of a sacrifice

The text is the speech given on the occasion of the Ethics, Law and Justice Conference, held in Alessandria on 22 November 2019 by the Forensic School Ambrosoli and by the local Bar Association. Remember the heroic sacrifice of the lawyer Giorgio Ambrosoli, on the fortieth anniversary of his death, inflicted by an assassin of Michele Sindona.

Key words: Giorgio Ambrosoli, justice, Michele Sindona, Christian values, sacrifice

ANGELO SALVI
Avvocato in Roma

LIBERTÀ DI RELIGIONE E DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE NELLO SPAZIO EUROPEO A VENT'ANNI DALLA DIRETTIVA 2000/78/CE*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Le fonti del diritto antidiscriminatorio. CEDU, diritto euro-unitario e normativa "interna". Il rapporto tra le fonti – 3. La nozione di discriminazione. Il fattore religione e i legittimi requisiti occupazionali – 4. La giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte EDU in materia di libertà religiosa e di discriminazione per motivi di religione – 5. Le differenze di trattamento nel caso delle attività professionali delle Chiese e organizzazioni di tendenza – 6. Conclusioni.

1. Premessa

Il prossimo 27 novembre ricorrerà il ventennale della direttiva n. 2000/78/CE, c.d. "direttiva quadro", con cui il Consiglio dell'Unione europea «*stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro*». Essa, assieme alla coeva 2000/43/CE (c.d. "direttiva razza"), rappresenta un punto di svolta nella legislazione comunitaria per l'affermarsi del principio di non discriminazione «*come fonte autonoma di diritti*»[1] ed avvia quella nuova stagione della legislazione antidiscriminatoria che, con riferimento al fattore religione, avrebbe condotto a sostenere che «*la nuova frontiera del diritto di libertà religiosa è quella, oggi in via di espansione, che parte della dottrina invoca nel nome del diritto antidiscriminatorio*»[2].

Senza pretesa di esaustività, il presente lavoro si propone di tratteggiare il quadro dei principali approdi cui, nell'arco temporale in menzione, sono pervenuti il legislatore (nazionale e comunitario) e la giurisprudenza formatasi sul fattore religione, con uno sguardo prospettico al contributo che l'argomento può offrire al dibattito sul futuro dell'Unione, nella convinzione che lo studio della giurisprudenza formata sull'argomento

---

* *Contributo sottoposto a valutazione.*

[1] P. DAVIS, *Preliminary Remarks*, in S. SCIARRA (a cura di), *Labour Law in Courts: National Judges and the European Court of Justice, Hart Publisching*, Oxford-Portland, 2001, p. 133. Il tema è ripreso anche da M. BARBERA, *Introduzione Il Nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, 2007, p. xxv.

[2] A. BORGHI, *Sulla libertà di manifestare le proprie opinioni religiose nel luogo di lavoro: brevi note in merito ai casi Achbita e Bougnaoui*, in *Stato, Chiese e Pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), 2019, n. 32, p. 25.

«*può rivelarsi valido strumento per rilanciare una riflessione consapevole su temi, oggi, sempre più presenti nell'attualità, quali l'integrazione, la non discriminazione e la tolleranza (religiosa ma non solo). Un discorso che non resti confinato nel ristretto tecnico-giuridico, ma sappia coinvolgere anche la dimensione etico-politica e culturale*»[3].

La stessa dottrina giuridica ha, d'altro canto, recuperato a una più appropriata considerazione il tema della c.d. forza sociale delle religioni, da ritenere «*elementi fondanti e qualificanti la cultura dei popoli*»[4]. Le religioni condizionano i costumi dei popoli, e dunque ne condizionano i consumi e le abitudini di vita privata e lavorativa. Il riconoscimento della libertà religiosa, non solo nel foro interno ma anche nelle forme esterne del proselitismo e del simbolismo (la manifestazione pubblica della propria fede religiosa), è precondizione per poter parlare di discriminazione e di parità di trattamento.

Il riconoscimento della libertà di religione favorisce la pace sociale. Da questa considerazione si sviluppa quel percorso che ha condotto alcune confessioni, storicamente abituate a detenere la posizione di privilegio accordata alla religione di Stato, non solo ad accettare ma finanche a perorare la causa della libertà religiosa come vero e proprio diritto della persona[5]. Con la nascita dello Stato laico e pluralista la libertà

---

[3] A. BORGHI, *op. cit.*, p. 4.

[4] L. SAPORITO - F. SORVILLO - L. DECIMO, *Lavoro, discriminazioni religiose e politiche d'integrazione*, in *Stato, Chiese e Pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), 2017, n. 18, p. 2.

[5] Si legga in tal senso la Dichiarazione sulla Libertà Religiosa *Dignitatis Humanae* del 7 dicembre 1965*:* «*Questo Concilio Vaticano dichiara che la persona umana ha il diritto alla libertà religiosa*». Su rapporto tra la Dichiarazione *Dignitas Humanae* di Paolo VI e l'affermazione contenuta nell'enciclica *Libertas* di Leone XIII, secondo cui la libertà di culto «*nuoce alla libertà vera dei governi e dei popoli*», si rimanda a M. INTROVIGNE, *La dottrina sociale di Leone XIII*, Fede & Cultura, iBooks, 2010, pp. 25-26: «*Nel discorso del 22 dicembre 2005 alla Curia Romana, indispensabile per tutta la questione dell'interpretazione dei documenti del Concilio Ecumenico Vaticano II – a proposito della quale va sempre evitata una "ermeneutica della discontinuità e della rottura" (Benedetto XVI 2005) rispetto al Magistero precedente –, Benedetto XVI ammette una "apparente discontinuità" in tema di libertà religiosa, ma spiega che questa discontinuità, se e dove c'è, non si riferisce ai principi ma alla loro applicazione alle forme storiche concrete, che mutano nel tempo mentre i principi non possono mutare. Infatti "i principi esprimono l'aspetto duraturo, rimanendo nel sottofondo e motivando la decisione dal di dentro. Non sono invece ugualmente permanenti le forme concrete, che dipendono dalla situazione storica e possono quindi essere sottoposte a mutamenti. Così le decisioni di fondo possono restare valide, mentre le forme della loro applicazione a contesti nuovi possono cambiare. Così, ad esempio, se la libertà di religione viene considerata come espressione dell'incapacità dell'uomo di trovare la verità e di conseguenza diventa canonizzazione del relativismo, allora essa da necessità sociale e storica è elevata in modo improprio a livello metafisico ed è così privata del suo vero senso, con la conseguenza di non poter essere accettata da colui che crede che l'uomo è capace di conoscere la verità di Dio e, in base alla dignità interiore della verità, è legato a tale conoscenza. Una cosa completamente diversa è invece il considerare la libertà di religione come una necessità derivante dalla convivenza umana, anzi come una conseguenza intrinseca della verità che non può essere imposta dall'esterno, ma deve essere fatta propria dall'uomo solo mediante il processo del convincimento" (ibid.)*».

religiosa diventa una vera e propria necessità sociale e trova riconoscimento e adeguata collocazione nel sistema dei diritti umani, oggi «*sola forma possibile di comunicazione tra popoli che non possieda, nel suo principio, un carattere violento*»[6]. Proprio dalle nazioni che hanno sistemi giuridici fortemente influenzati dai diritti confessionali «*oggi giungono i grandi flussi migratori che per dimensioni stanno assumendo i contorni di un vero e proprio esodo*»[7]. Si pensi alla Libia e alla Siria[8], ma anche alla Nigeria e alla Somalia, tanto per citarne qualcuno; paesi nei quali la libertà religiosa non esiste, a volte, neppure sulla carta.

D'altro canto, l'esperienza di questo ventennio consente di affermare che laicità dello Stato e neutralità religiosa non sono concetti perfettamente sovrapponibili. È questa l'eredità più importante del caso Lautsi contro Italia: «*il contributo maggiore del caso Lautsi è così di stabilire chiaramente che la Corte attende dagli Stati che essi agiscano con neutralità, ma non che essi siano neutri essendo la neutralità un concetto essenzialmente relativo. Inoltre, non si esige dagli Stati che agiscano sempre e in tutto con neutralità. Si esige neutralità solo nel caso in cui lo Stato offenda i diritti religiosi personali. Se non sussiste – rispetto alle esigenze della Convenzione – offesa ai diritti religiosi personali, lo Stato non è tenuto ad agire con neutralità*»[9].

Puppinck ne chiarisce molto bene le ragioni in questo passaggio: «*la laicità è perciò una "visione", una "convinzione filosofica", alla stessa stregua di altre convinzioni e credenze che meritano rispetto; la laicità non ha valore di principio generale nel sistema della Convenzione. Questo è uno degli apporti principali del giudizio della Grande Camera. Quest'affermazione è a doppio taglio: permette ai sostenitori della laicità di*

---

[6] F. D'AGOSTINO, *Diritto e religione*, Roma, 2013, p. 73 ss., che sottolinea «*la necessità che tra il paradigma dei DDUU e quello delle RRII* (Religioni Istituzionalizzate, ndr) *si diano nuove possibilità di dialogo, capaci di produrre una profonda e sincera sinergia. Condizione preliminare non può evidentemente che essere quella della disponibilità ad un reciproco riconoscimento e ad un apprendimento reciproco (secondo il modello emerso nel dialogo tra Jurgen Habermas e Joseph Ratzinger del 19 gennaio 2004 all'Accademia cattolica bavarese)*».

[7] L. SAPORITO - F. SORVILLO - L. DECIMO, *op. cit.*, p. 4.

[8] Secondo quanto riportato nel *Rapporto 2018 sulla libertà religiosa nel mondo* realizzato da Aiuto alla Chiesa che Soffre - Onlus, in Siria benché formalmente l'articolo 33 della Costituzione preveda che «*i cittadini devono essere uguali nei diritti e nei doveri senza discriminazioni in base al sesso, all'origine, alla lingua, alla religione o al credo*» e l'articolo 42 affermi che «*la libertà di credo deve essere protetta ai sensi della legge*», di fatto «*il governo limita il proselitismo e le conversioni e vieta la conversione dei musulmani ad altre religioni, ritenuta contraria alla shari'a. Mentre le conversioni dall'Islam al Cristianesimo non sono consentite, il governo riconosce quelle dei cristiani all'Islam*». Cfr. ACS-Aiuto alla Chiesa che Soffre, in https://bit.ly/2TNc7Dw.

[9] G. PUPPINCK, *Il caso Lautsi contro Italia*, in *Stato, Chiese e Pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), 2012, p. 7.

valersi della libertà di coscienza, ma essi possono farlo quanto credenti tra gli altri. Occorre che accettino il relativismo intrinseco alla libertà religiosa e che agli occhi della Convenzione non possono pretendere di incarnare la neutralità per eccellenza. Questo non mette in discussione la loro possibilità di considerarsi detentori di un sistema ideale e di applicarlo, secondo le circostanze, a livello nazionale; ma per la Corte si tratta di una convinzione rispettabile in quanto compatibile con la Convenzione, così come lo sono altre convinzioni. La loro convinzione laica non è più neutra di una convinzione propriamente religiosa»[10].

In una società pluralista non esiste dunque il dogma della neutralità assoluta, perché il laicismo ha anch'esso un contenuto assiologico. È allora condivisibile l'affermazione secondo cui «*il rispetto dell'identità religiosa di un individuo deve essere possibile nel rispetto dell'identità religiosa della società nella quale egli vive*»[11].

Negli Stati democratici dello spazio europeo laicismo e pluralismo si declinano e possono declinarsi[12] con diversa intensità, nel rispetto delle millenarie tradizioni culturali dei popoli che partecipano dell'esperienza europea. I singoli Stati possono, in buona sostanza, riconoscere a una determinata confessione religiosa una posizione di "privilegio" nel loro ordinamento, che traduce in norme il sostanziale riconoscimento dell'apporto sociale, culturale e valoriale che quella determinata confessione ha storicamente fornito per la nascita ed il consolidamento dell'identità nazionale del popolo medesimo. Ciò non esclude, peraltro, che lo Stato in questione possa a buon diritto considerarsi comunque uno Stato laico e pluralista, nella misura in cui esso riconosca adeguati spazi di libertà anche alle altre confessioni religiose.

Si tratta di un equilibrio delicato e complicato, che nei paesi dell'Occidente più esposti ai flussi migratori di massa rischia di non trovare adeguata risposta in sistemi giuridici che, seppur figli del modello democratico-pluralista, sono spesso sottoposti alla propaganda che alimenta possibili «*scontri di civiltà*», ove «*la paura tende a concentrarsi sulla presenza del čužoj ossia "dell'Altro", di colui che è estraneo al sistema e non si iscrive all'interno di una data cultura, e per questo tende a essere trasformato in izgoi,*

---

[10] G. PUPPINCK, *op. cit.*, p. 16.

[11] Intervento di Sergio Busetto, Ambasciatore d'Italia, al seminario organizzato da l'ECLJ, CNR e Ambasciata d'Italia al Consiglio d'Europa del 30 aprile 2010.

[12] Si legga, in proposito, la citata sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 18 marzo 2011 - ricorso n. 30814/06 - Lautsi e altri c. Italia.

ossia il reietto»[13].

Il tema della libertà di religione e quello della discriminazione per motivi di religione, nonché i riconnessi temi del simbolismo religioso e del proselitismo, muovono da un complesso di comuni princìpi ma si sviluppano poi su due diverse linee di disciplina, distinte per lo spazio pubblico (tribunali, aule universitarie, *etc*.) e per le aree private (*in primis*, i luoghi di lavoro), e vanno ad impattare diritti e interessi diversi nell'uno e nell'altro caso (salute e sicurezza pubblica nel primo, libertà d'impresa nel secondo, solo per citarne alcuni), dovendo con essi trovare adeguato bilanciamento.

Nel contesto giuslavoristico – che è poi quello su cui maggiormente incide la direttiva 2000/78/CE – è stato rilevato che «*le religioni manifestano la loro forza propulsiva, poiché soprattutto nei luoghi di lavoro la soddisfazione delle istanze religiose può determinare effetti positivi sui livelli di produttività aziendale. Da questo punto di vista, sistemi di economia del lavoro nei quali viene riconosciuto il maggior grado di libertà religiosa, e quindi di comportamenti conformi alle culture religiose, si dimostrano più efficienti e consentono migliori performance di crescita, sia in termini di sviluppo occupazionale che di produttività*»[14].

La migliore integrazione sul posto di lavoro è senza dubbio una delle sfide più importanti che l'Occidente laico si trova oggi ad affrontare. Le peculiarità che conseguono all'adesione a una specifica fede religiosa, *sub specie* di comportamenti che detta fede impone o vieta ai propri adepti (si pensi al divieto di consumare determinati cibi o bevande[15], alla necessità di spazi per l'esercizio di atti di culto, alla possibilità o meno di indossare determinati indumenti e, in termini trasversali, all'osservanza delle festività religiose e al giorno di riposo settimanale destinato alle pratiche religiose, *etc*.), possono influenzare le scelte del singolo[16], condizionarne l'accesso a determinate attività lavorative o le modalità di espletamento delle prestazioni di lavoro[17].

---

[13] L. SAPORITO - F. SORVILLO - L. DECIMO, *op. cit.*, p. 2.
[14] L. SAPORITO- F. SORVILLO- L. DECIMO, *op. cit.*, p. 4.
[15] Tipico il caso dei fedeli musulmani, cui è inibito l'utilizzo di bevande alcoliche e carne suina.
[16] Cfr., in proposito, E. SIGALOW - M. SHAIN - M.R. BERGEY, *Religion and Decisions about Marriage, Residence, Occupation, and Children*, in *Journal for the Scientific Study of Religion*, 2012, 51, pp. 304-323.
[17] Il tema dell'incidenza del fattore religioso sulle scelte di carattere lavorativo è ben sviluppato in L. SAPORITO - F. SORVILLO - L. DECIMO, *op. cit.*, pp. 5-10: «*la religione islamica induce le donne musulmane a prediligere lavori per i quali sia particolarmente limitato il contatto con uomini estranei alla famiglia. Pertanto, nel settore della ristorazione è diffusa la prassi delle donne musulmane di lavorare all'interno delle cucine e non in sala a contatto diretto con il pubblico. Passando ad altro settore lavorativo, sempre secondo i precetti della religione islamica è vietato il lavoro all'interno delle banche occidentali le quali*

La tutela della libertà di religione passa, dunque, anche attraverso lo svolgimento di mansioni per quanto possibile compatibili con le prescrizioni della religione di appartenenza di ciascun fedele. Il diritto del lavoro del nuovo millennio, quello della flessibilità e della *soft law*, da un lato ha visto nascere nuove figure professionali, come il *disability and diversity manager*, dall'altro ha trovato proprio nella tecnica antidiscriminatoria uno strumento non solo «*particolarmente funzionale ad una lettura del mercato del lavoro in termini di concorrenza tra insider e outsider (ossia tra lavoratori che sono dentro i settori del lavoro stabile e regolare, e lavoratori che non riescono ad accedervi), che aspira ad assurgere a paradigma esplicativo egemone delle dinamiche della domanda e dell'offerta di lavoro*»[18], ma anche un elemento di propulsione necessario a stimolare una costante e costruttiva dialettica tra il sistema delle libertà economiche, quello dei diritti umani e quello delle religioni istituzionalizzate, in un contesto – quello lavorativo – ove la fede di ciascuno si confronta di continuo con le problematiche riconnesse all'integrazione.

2. Le fonti del diritto antidiscriminatorio. CEDU, diritto euro-unitario e normativa "interna". Il rapporto tra le fonti

Il complesso della normativa preposta alla tutela antidiscriminatoria nello spazio europeo si articola nel sistema di diritto enucleato dal Consiglio d'Europa ed in quello sviluppato dall'Unione Europea. Seppur contigue e per certi versi comunicanti e dialoganti, Consiglio d'Europa e Unione Europea sono però sono organizzazioni internazionali con struttura, competenze, valori, obiettivi e norme diversi; anche il complesso degli Stati aderenti al Consiglio d'Europa non è sovrapponibile a quello degli

---

prevedono l'applicazione di tassi d'interesse attivi o passivi. Da ciò deriva la specifica esclusione nell'impiego bancario poiché la maggior parte degli strumenti finanziari e istituti giuridici europei sono in contrasto con il divieto di ribā. Ciò, secondo la dottrina musulmana rende i proventi derivanti dalle loro attività completamente haram. Volgendo lo sguardo ad altre fedi religiose l'orizzonte rimane invariato. Il forte rifiuto della violenza e l'esortazione a una vita pacifista induce i fedeli buddhisti a non prediligere l'accesso a carriere lavorative per le quali sono richiesti comportamenti e/o azioni violente. Di conseguenza, sono escluse nelle scelte individuali lavorative tutti gli impieghi legati alle carriere militari (terrestri e aeronavali), nelle forze dell'ordine o anche in qualsiasi istituto di vigilanza privata». In argomento cfr. anche A. D OTO, *Precetti religiosi e mondo del lavoro*, Roma, 2007, p. 110 ss.; S. COGLIEVINA, *Festività religiose e riposi settimanali nelle società multiculturali*, in *Riv. it. dir. del lav.*, 2008, 3, p. 375. A. OCCHINO, *Orari flessibili e libertà*, in *Riv. it. dir. del lav.*, 2012, 1, p.169 ss.

[18] M. BARBERA, *Introduzione Il Nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, 2007, pp. xxiv-xxv.

Stati membri dell'Unione Europea.

Il Consiglio d'Europa, fondato a Londra nel maggio del 1949 con il fine di realizzare un'unione più stretta tra i suoi membri (attualmente quarantasette), ritenuto che «*uno dei mezzi per conseguire tale fine è la salvaguardia e lo sviluppo dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*», il 4 novembre 1950 adottò la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, che resta ad oggi il testo di riferimento per quanto qui in argomento. In particolare, l'art. 9 della Convenzione (*Libertà di pensiero, di coscienza e di religione*) stabilisce che «*1. Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare religione o credo, così come la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti. 2. La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla pubblica sicurezza, alla protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e della libertà altrui*».

Nell'ambito della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo, e «*per assicurare il rispetto degli impegni derivanti alle Alte Parti contraenti dalla presente Convenzione e dai suoi Protocolli*», è poi istituita la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (art. 19 e ss.), la cui competenza «*si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli*» (art. 32). Dal novembre del 1998, con l'entrata in vigore del Protocollo XI, di modifica della Convenzione, tutti gli Stati membri, a seguito della ratifica, sono obbligati a sottoporsi alla giurisdizione della Corte europea[19].

L'Unione Europea, come evoluzione della Comunità Economica Europea istituita con il Trattato di Roma del 1957, ha una storia di organizzazione a carattere prevalentemente economico, che le ha consentito – nella prima fase di questa storia – di ben vivere pur in assenza di disposizioni specifiche sulla tutela dei diritti fondamentali. È stata, peraltro, la Corte di Giustizia, l'organo preposto alla tutela giurisdizionale nell'ambito dell'Unione, a valorizzare per prima in ambito comunitario i diritti fondamentali attraverso il richiamo

[19] Per un approfondimento in tema di Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si rimanda a F. J. BORREGO BORREGO, *Il tribunale europeo dei diritti dell'uomo e l'interpretazione "creativa" della convenzione EDU*, in *L-JUS*, Rivista telematica (*www.l-jus.it*), 2019, 1, pp. 7-14.

ai princìpi ricavati dalle «*tradizioni costituzionali comuni*» degli Stati membri e a quanto previsto nella stessa Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo[20].

Solo in una seconda fase della vita dell'Unione, con il Trattato di Maastricht del 1992 (poi modificato dal Trattato di Lisbona del 2007) e con la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, proclamata una prima volta a Nizza il 7 novembre 2000 e una seconda volta a Strasburgo il 12 dicembre 2007, si arriverà a un assetto normativo sufficientemente organico. L'attuale formulazione dell'art. 6 del Trattato di Maastricht prevede quanto segue:

«*1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni.*

2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati.

3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

In tema di libertà religiosa l'art. 10 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (*Libertà di pensiero, di coscienza e di religione*) reca una formulazione molto simile al sopra citato art. 9 della Convenzione: «*1.Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione. Tale diritto include la libertà di cambiare religione o convinzione, così come la libertà di manifestare la propria religione o la propria convinzione individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti.*

[20] Cfr., sul tema, M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *I Diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, a cura di M. CARTABIA, Bologna, 2007, p. 13 ss.

2.Il diritto all'obiezione di coscienza è riconosciuto secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio»[21].

La norma, da leggere in combinato disposto con le successive portate dagli artt. 21, par. 1[22], e 22[23] della medesima Carta di Nizza, va poi integrata con il contenuto delle disposizioni di cui agli artt. 10[24], 17[25] e 19[26] del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea. A valle della norma portata da quest'ultima disposizione, all'inizio del nuovo millennio l'Unione adotta poi le direttive 2000/43/CE (c.d. "direttiva razza") e 2000/78/CE (c.d. "direttiva quadro"). Quest'ultima, in particolare, mira «*a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento*»[27].

Nell'ambito delle istituzioni dell'Unione Europea è compresa la Corte di Giustizia (art. 13 Trattato UE), chiamata a pronunciarsi «*conformemente ai trattati: a) sui ricorsi*

---

[21] In tema di obiezione di coscienza si rimanda a G. PUPPINCK, *L'obiezione di coscienza nella legislazione e nella giurisprudenza europee*, in *L-JUS*, Rivista telematica (*www.l-jus.it*), 2018, 1, pp. 25-36. Per il quadro nazionale italiano si rimanda invece a G. ROCCHI, *Obiezione di coscienza: quadro nazionale e prospettive*, in *L-JUS*, Rivista telematica (*www.l-jus.it*), 2018, 1, pp. 37-52, nonché a M. RONCO, *Il diritto fondamentale all'obiezione della coscienza contro la legge radicalmente ingiusta*, in *L-JUS*, Rivista telematica (*www.l-jus.it*), 2018, 1, pp. 73-80.

[22] Art. 21, par. 1, Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea: «*È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale*».

[23] Art. 22 Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea: «*L'Unione rispetta la diversità culturale, religiosa e linguistica*».

[24] Art. 10 Trattato sul funzionamento dell'Unione europea: «*Nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione mira a combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale*».

[25] Art. 17 Trattato sul funzionamento dell'Unione europea: «*1. L'Unione rispetta e non pregiudica lo status di cui le chiese e le associazioni o comunità religiose godono negli Stati membri in virtù del diritto nazionale. 2. L'Unione rispetta ugualmente lo status di cui godono, in virtù del diritto nazionale, le organizzazioni filosofiche e non confessionali. 3. Riconoscendone l'identità e il contributo specifico, l'Unione mantiene un dialogo aperto, trasparente e regolare con tali chiese e organizzazioni*».

[26] Art. 19 Trattato sul funzionamento dell'Unione europea: «*1. Fatte salve le altre disposizioni dei trattati e nell'ambito delle competenze da essi conferite all'Unione, il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa approvazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale. 2. In deroga al paragrafo 1, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono adottare i principi di base delle misure di incentivazione dell'Unione, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri, destinate ad appoggiare le azioni degli Stati membri volte a contribuire alla realizzazione degli obiettivi di cui al paragrafo 1*».

[27] Così l'art. 1 direttiva 2000/78/CE.

presentati da uno Stato membro, da un'istituzione o da una persona fisica o giuridica;

b) in via pregiudiziale, su richiesta delle giurisdizioni nazionali, sull'interpretazione del diritto dell'Unione o sulla validità degli atti adottati dalle istituzioni;

c) negli altri casi previsti dai trattati" (art. 19 Trattato UE).

Rinviando ad altra parte del presente lavoro l'analisi dei diversi limiti cui soggiace la contrazione "legittima" dei diritti fondamentali nell'assetto normativo articolato dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo ed in quello articolato dal diritto dell'Unione Europea, si deve qui invece porre sin da subito l'accento sul diverso ambito di operatività dell'uno e dell'altro sistema: «*le norme della Convenzione si rivolgono agli Stati membri. Le previsioni li obbligano a rispettare, con i propri comportamenti e il proprio ordinamento interno, i diritti tutelati e consentono loro di apportare restrizioni alle facoltà garantite nei limiti e alle condizioni previste dalla Convenzione. Il rispetto dei limiti e delle condizioni previste da parte dello Stato è sottoposto, come si è visto, al giudizio della Corte. Le norme della Carta dei diritti, di contro, operano all'interno del diritto dell'Unione e, dunque, nelle materie di competenza di questa. Esse obbligano in prima battuta gli organi dell'Unione al rispetto dei diritti fondamentali, e obbligano gli Stati membri nei soli casi in cui si trovino a dare attuazione al diritto dell'Unione (art. 51 della Carta)*»[28].

Quest'ultima considerazione non è di poco rilievo, se si tiene a mente che le istituzioni dell'Unione Europea non hanno competenza diretta in materia di religione[29], sicché il tema della libertà religiosa è sottoposto all'attenzione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea solo quando i giudici di Lussemburgo sono chiamati ad «*esercitare la propria giurisdizione in questioni legate all'applicazione del diritto dell'UE, che tocchino anche il fenomeno religioso o l'attività delle organizzazioni religiose che operano nel territorio dell'Unione*»[30].

---

[28] N. MARCHEI, *La libertà religiosa nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Stato, Chiese e Pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), 2019, 33, p. 53.

[29] Cfr., in proposito, l'art. 5 TUE («*la delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione. L'esercizio delle competenze dell'Unione si fonda sui principi di sussidiarietà e proporzionalità*») e l'art. 17 TFUE, che sancisce espressamente l'obbligo di rispettare e non pregiudicare lo *status* di cui le chiese, le associazioni o comunità religiose e le organizzazioni filosofiche e non confessionali godono negli Stati membri «*in virtù del diritto nazionale*».

[30] D. DURISOTTO, *I recenti interventi della Corte EDU e della Corte di Giustizia UE in tema di simboli religiosi, un percorso parallelo. Rassegna della giurisprudenza*, in *Federalismi*, Rivista telematica (*www.federalismi.it*), 2019, 1, p. 53.

Solo in tali casi vi è «*una concreta possibilità per le pronunce della Corte UE di incidere sul diritto degli Stati membri, fino a condizionare, recentemente, con più coraggio, alcuni importanti profili della libertà religiosa*». Il legislatore italiano ha recepito con sufficiente fedeltà la direttiva 2000/78/CE, attraverso il d. lgs. 9 luglio 2003 n. 216. Ne è scaturito un sistema a rete o *multilevel*, in cui la singola fattispecie deve essere vagliata, nella sua legittimità, sia con riferimento alle norme interne ed ai principi ispiratori delle stesse (a partire dalle Costituzione), sia con riferimento al diritto euro-unitario, che – per effetto dei meccanismi di adattamento – costituisce diritto dei singoli Stati membri, sia da ultimo con riferimento alle norme ed ai principi contenuti nella Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo, cui l'Unione stessa ha aderito.

3. La nozione di discriminazione. Il fattore religione e i legittimi requisiti occupazionali

Si è detto che la direttiva 2000/78/CE si propone di stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate – tra l'altro – sul fattore "religione o convinzioni personali" al fine di rendere effettivo il principio della parità di trattamento, da intendersi come «*assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata su uno dei motivi di cui all'articolo 1*». L'art. 2, par. 2, fornisce le definizioni di discriminazione diretta e indiretta.

Si ha discriminazione diretta «*quando, sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui all'articolo 1, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga*». Essa si verifica quando, in relazione a un fattore di discriminazione, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga. Il giudizio coinvolge, dunque, situazioni passate[31], in atto e meramente ipotetiche. Ai fini del giudizio di

[31] Per completezza di esposizione e per una adeguata valutazione di ogni singola fattispecie è utile considerare anche la posizione espressa dalla Corte Costituzionale italiana nella sentenza n. 276/2005: «*Il "fluire del tempo", per giurisprudenza costante della Corte, è stato riconosciuto elemento significativo ai fini del giudizio di eguaglianza. Infatti "gli eventi sui quali incide il fluire del tempo sono caratterizzati da peculiarità, che li diversificano da situazioni analoghe, oggetto di comparazione" (sentenza n. 6/1988), con la conseguenza che non contrasta con il principio di eguaglianza un differenziato trattamento applicato alla stessa categoria di soggetti, ma in momenti diversi nel tempo, giacché "il succedersi nel tempo di fatti ed atti può di per sé rendere legittima l'applicazione di una determinata disciplina rispetto ad altra" e "l'elemento temporale può essere legittimo criterio di discrimine"*», in CORTE COSTITUZIONALE - SERVIZIO STUDI, *I diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico comunitario e negli ordinamenti nazionali*,

discriminazione, fondamentale risulta nella discriminazione diretta la scelta del c.d. "comparatore", ossia del soggetto considerato "in situazione analoga" rispetto a quello che lamenta la discriminazione. La comparazione implica l'individuazione di un soggetto che si trovi nelle medesime condizioni di quello potenzialmente discriminato, differenziandosi da quest'ultimo solo per l'assenza del fattore in questione (nel caso in esame, la religione).

Più complesso definire la discriminazione indiretta. A tal riguardo, l'art. 2, par. 2, alla lettera b) stabilisce che «*sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di un particolare handicap, le persone di una particolare età o di una particolare tendenza sessuale, rispetto ad altre persone, a meno che: i) tale disposizione, tale criterio o tale prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari; o che ii) nel caso di persone portatrici di un particolare handicap, il datore di lavoro o qualsiasi persona o organizzazione a cui si applica la presente direttiva sia obbligato dalla legislazione nazionale ad adottare misure adeguate, conformemente ai principi di cui all'articolo 5, per ovviare agli svantaggi provocati da tale disposizione, tale criterio o tale prassi*».

In tal caso, la discriminazione consegue a «*una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri*», ma tali da porre gli appartenenti a una data categoria in una «*posizione di particolare svantaggio*» rispetto ad altre persone, a meno che la diseguaglianza sia oggettivamente giustificata da una finalità legittima perseguita con mezzi appropriati e necessari. Si è scritto – e l'affermazione appare condivisibile – che «*il legislatore europeo accoglie una nozione di discriminazione indiretta piuttosto estesa, giacché essa prescinde sia dall'intenzione di nuocere – essendo sufficiente una differenza di trattamento non assistita da una giustificazione obiettiva e ragionevole – sia dall'elemento quantitativo, non rilevando l'entità e la materialità della ingiustificata differenziazione*»[32].

Quaderno predisposto in occasione dell'incontro quadrilaterale tra Corte costituzionale italiana, Tribunale costituzionale spagnolo, Corte costituzionale portoghese e Consiglio costituzionale francese, Siviglia, 27 ottobre 2017, pp. 12-13, reperibile in https://bit.ly/3gycUlq.

[32] L. SAPORITO - F. SORVILLO- L. DECIMO, *op. cit.*, p. 12.

L'art. 2, par. 3, della direttiva 2000/78/CE considera anche le molestie una forma di discriminazione, nel caso in cui il comportamento indesiderato, adottato per uno dei motivi di cui all'art. 1, abbia «*lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo*». La norma precisa che «*in questo contesto, il concetto di molestia può essere definito conformemente alle leggi e prassi nazionali degli Stati membri*». Il legislatore italiano, in sede di attuazione della direttiva in esame, ne ha fedelmente riprodotto il testo all'art. 2 del d. lgs. 9 luglio 2003 n. 216. Nell'assetto normativo tracciato dalle disposizioni riportate, il fattore religione è richiamato in maniera generica, nel senso che né il legislatore euro-unitario né il legislatore nazionale italiano fornisce una definizione di "religione"[33].

È tuttavia opinione condivisa in dottrina e giurisprudenza che il concetto di religione debba comprendere entrambi i fori e dunque sia le convinzioni personali in cui si sostanzia la fede di ciascuno (foro interno), sia gli atti di culto e i comportamenti direttamente riferibili all'osservanza di un precetto confessionale (foro esterno)[34]. In effetti, sia la CEDU che la Carta di Nizza attribuiscono alla nozione di religione un'accezione ampia, che include anche la libertà per le persone di manifestare la propria religione, sicché si deve ritenere che il legislatore dell'Unione abbia inteso mantenere lo stesso approccio nell'adottare la direttiva 2000/78/CE.

Ma cosa si intende per "manifestazione pubblica della fede religiosa"? Cosa è ricompreso nel c.d. *forum externum* e cosa no? Il tema del criterio con cui valutare se un dato comportamento possa o meno essere ricompreso nel concetto di manifestazione pubblica della fede religiosa (e, dunque, avere accesso alla tutela antidiscriminatoria) è tuttora oggetto di riflessione in dottrina: «*l'adozione di una concezione ampia del fattore religione tale da comprendere anche le manifestazioni religiose non offre tuttavia alcuna*

[33] In altro contesto, l'ordinamento comunitario ne fa cenno nella disciplina relativa al riconoscimento della qualità di rifugiato o di persona bisognosa di protezione internazionale nei confronti di cittadini di Paesi terzi o apolidi. Nel diritto nazionale italiano la nozione di religione e quella di fede religiosa compaiono in diverse disposizioni di legge, come ad esempio gli artt. 8 e 15 della legge 20 maggio 1970 n. 300 (Statuto dei lavoratori), l'art. 4 della legge 15 luglio 1966 n. 604 in tema di licenziamento, la legge 31 dicembre 1996 n. 675 in tema di *privacy* e il d. lgs. 25 luglio 1998 n. 286 in tema di immigrazione, solo per citarne alcune.

[34] Si legga, in proposito, la recente sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea Grande Sez., (Sent., 22 gennaio 2019, n. 193/17): «*58. Orbene, è pacifico che la libertà di religione fa parte dei diritti e delle libertà fondamentali riconosciuti dal diritto dell'Unione, e la nozione di "religione" deve essere intesa a tal proposito nel senso che essa comprende sia il forum internum, ossia il fatto di avere convinzioni, sia il forum externum, ossia la manifestazione pubblica della fede religiosa (v., in tal senso, sentenze del 14 marzo 2017, G4S Secure Solutions, C-157/15, EU:C:2017:203, punto 28, nonché del 14 marzo 2017, Bougnaoui e ADDH, C-188/15, EU:C:2017:204, punto 30)*».

indicazione su come stabilire cosa debba considerarsi manifestazione di sentimento religioso e cosa no. In altre parole se si debba in proposito adottare un criterio di valutazione oggettiva su quali pratiche siano comunemente considerate come espressione di precetti religiosi da parte di una determinata comunità religiosa o se si debba invece adottare un approccio di natura soggettiva che limita l'intervento della Corte alla presa d'atto delle motivazioni addotte a fondamento di un determinato comportamento dalla persona che lamenta di aver subito uno svantaggio collegato alla manifestazione delle proprie convinzioni religiose»[35].

La giurisprudenza della Corte di Giustizia, come si vedrà più avanti, sembra propendere per quest'ultimo tipo di approccio, in quanto qualifica l'utilizzo del velo come manifestazione religiosa sulla base del solo richiamo alle motivazioni esplicitate dalle ricorrenti, senza entrare nel merito del significato comunemente attribuito all'uso del velo nella religione islamica[36].

In effetti, scorrendo la giurisprudenza delle corti europee formatasi con riguardo al tema della libertà religiosa, si può notare che buona parte dei contenziosi ha ad oggetto proprio il tema del simbolismo: si va dalle questioni attinenti al velo islamico e, più in generale, all'abbigliamento (sia in spazi pubblici che sul posto di lavoro), all'esposizione del crocifisso nelle scuole (o, ancora una volta, sul posto di lavoro). È proprio in relazione a tali fattispecie che le corti europee si sono trovate a dover valutare sino a che punto sussiste una contrazione legittima al diritto di libertà religiosa e oltre quale soglia, invece, si possa parlare di discriminazione.

Nell'ambito di tale valutazione si deve, peraltro, tener conto della deroga di carattere generale stabilita dall'art. 4, par. 1, della direttiva 2000/78/CE (fedelmente recepito dal legislatore italiano), il quale consente agli Stati membri di ritenere che una differenza di trattamento basata su una caratteristica correlata a uno qualunque dei fattori di cui all'art. 1 non costituisca discriminazione in presenza di determinate condizioni: «*fatto salvo l'articolo 2, paragrafi 1 e 2, gli Stati membri possono stabilire che una differenza di trattamento basata su una caratteristica correlata a uno qualunque dei motivi di cui all'articolo 1 non costituisca discriminazione laddove, per la natura di un'attività*

[35] V. PROTOPAPA, *I casi Achbita e Bougnaoui. Il velo islamico tra divieto di discriminazione, libertà religiosa ed esigenze dell'impresa*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2017, 4-5, p. 1069.
[36] Si leggano, in proposito, Corte di Giustizia dell'Unione Europea Grande Sez., sentenza 14 marzo 2017, n. 157/15 e Corte di Giustizia dell'Unione Europea Grande Sez., sentenza 14 marzo 2017, n. 188/15.

lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, tale caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché la finalità sia legittima e il requisito proporzionato».

Si tratta dei c.d. "*genuine occupational requirements*", in relazione ai quali molto si è scritto in dottrina in ragione delle criticità interpretative riconnesse al fatto che «*il lessico utilizzato dal legislatore pare eccessivamente ampio nella portata*»[37]. Sembra potersi ritenere, comunque, che la norma di cui alla disposizione in esame debba essere letta in combinato con il considerando n. 23 della direttiva medesima, secondo cui solo «*in casi strettamente limitati una disparità di trattamento può essere giustificata quando una caratteristica collegata alla religione o alle convinzioni personali, a un handicap, all'età o alle tendenze sessuali costituisce un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, a condizione che la finalità sia legittima e il requisito sia proporzionato*»[38]. Il riferimento a «*casi strettamente limitati*» ivi contenuto consente di orientare l'interpretazione del requisito essenziale e determinante in senso evidentemente restrittivo, come tra l'altro confermato dalla prima giurisprudenza formatasi sull'argomento[39].

4. La giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte EDU in materia di libertà religiosa e di discriminazione per motivi di religione

Al netto di quanto sinora esposto, la misura degli attuali approdi del diritto applicabile nello spazio europeo è dato dall'esame della giurisprudenza, che restituisce in concreto i tratti più veritieri del volto che oggi hanno assunto la libertà religiosa ed il divieto di discriminazione per motivi religiosi. Il "doppio binario" generato dai sistemi di diritto

---

[37] Si legga, in proposito, A. BORGHI, *op. cit.*, pp. 16-17, che sul tema richiama anche N. FIORITA, *Le direttive comunitarie in tema di lotta alla discriminazione, la loro tempestiva attuazione e l'eterogenesi dei fini*, in *www.olir.it* (dicembre 2004), F. ONIDA, *Il problema delle organizzazioni di tendenza nella direttiva 2000/78/CE attuativa dell'art. 13 del Trattato sull'Unione europea*, in *Dir. eccl*., 2001, I, p. 905 ss., P. CHIECO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in *Riv. it. dir. lav*., n. 1/2002, p. 81, V. PACILLO, *Contributo allo studio del diritto di libertà religiosa nel rapporto di lavoro subordinato*, Milano, 2003, p. 170, M.V. BALLESTRERO, *Eguaglianza e nuove differenze nel diritto del lavoro. Una riflessione sui lavori flessibili*, in *Lavoro e dir*., n. 3-4/2004, p. 514.

[38] Si legga, in proposito, M. AIMO, *Le discriminazioni basate sulla religione e sulle convinzioni personali*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, 2007, p. 63.

[39] Si veda, in proposito, Corte di Giustizia dell'Unione Europea Grande Sez., Sent., 14 marzo 2017, n. 188/15: «*a norma del considerando 23 della direttiva 2000/78, è solo in casi strettamente limitati che una caratteristica collegata, in particolare, alla religione può costituire un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa*».

sviluppati dalla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo da un lato e dall'Unione Europea dall'altro rende utile analizzare separatamente la giurisprudenza delle due corti.

La Corte EDU ha competenza per tutte «*le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli*»[40] ed è giudice dei diritti e non dei principi, nel senso che «*non impone agli Stati di essere o diventare laici o aconfessionali, ma di rispettare il diritto di libertà religiosa di tutti e, quindi, di comportarsi come "arbitri" imparziali nell'arena di tutte le fedi e di tutte le convinzioni, anche quelle degli atei, degli agnostici, degli scettici e degli indifferenti*»[41]. Il suo sindacato, dunque, mira a censurare i comportamenti degli Stati che sacrifichino diritti contenuti nella Convenzione, oltre il limite invalicabile costituito dal margine di apprezzamento a ciascuno di essi riconosciuto[42]. La Corte EDU, nel valutare la norma interna ad uno degli Stati aderenti, ne verifica la compatibilità con la Convenzione. In tema di libertà religiosa, il margine di apprezzamento riservato – in termini piuttosto ampi – ai singoli Stati membri finisce nel momento in cui, per effetto della norma interna *sub iudice*, lo Stato stesso cessa di aver un approccio pluralista (art. 9, par. 2, Convenzione). Ciò significa che il diritto di libertà religiosa può essere limitato dal diritto interno[43], purché la restrizione sia giustificata da scopi legittimi (c.d. test di proporzionalità), come la salute pubblica o l'ordine pubblico interno, nella sua duplice accezione di ordine pubblico ideale[44] e ordine pubblico materiale[45].

Analizzando le pronunce della Corte EDU si deve tuttavia registrare che nella prima fase della vita della Corte sono praticamente assenti pronunce di condanna a carico degli

---

[40] Art. 32 Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo.
[41] N. MARCHEI, *op. cit.*, p. 50, che sul tema richiama anche Corte EDU, sentenza *Manoussakis c. Grecia* del 26 settembre 1996.
[42] Secondo F. J. BORREGO BORREGO, *op. cit.*, p. 12 «*nella giurisprudenza di Strasburgo è frequente l'applicazione del cosiddetto "margine di valutazione" degli Stati, ovvero rispettare l'interpretazione realizzata per via interna, con attenzione alla prossimità con il caso e con le differenti identità culturali e tradizionali*».
[43] Cfr., in proposito, l'art. 9, par. 2, della Convenzione, ove si fa riferimento a «*misure necessarie, in una società democratica*».
[44] Concetto legato al rispetto di principi fondanti l'assetto costituzionale dello Stato, come il principio di neutralità dello spazio pubblico in alcuni paesi europei (Francia e Turchia, per citare alcuni esempi).
[45] Da intendersi come sicurezza pubblica o come ordinato svolgimento di alcune attività (un'udienza, una lezione universitaria, etc.).

Stati membri. Nei casi X c. Regno Unito[46], Karaduman c. Turchia[47], Phull c. Francia[48] e El Morsli c. Francia[49] la Corte EDU ha dichiarato irricevibili i ricorsi per manifesta infondatezza, mancando del tutto il giudizio di bilanciamento e il riconoscimento dell'esistenza di un'ingerenza nel diritto di libertà religiosa. Dalle prime aperture ad un effettivo bilanciamento tra diritto alla libertà religiosa e tutela dell'ordine pubblico interno (v. Dahlab c. Svizzera[50]), si sviluppa quindi un cambio di rotta nella giurisprudenza della Corte EDU, che inizia a mostrarsi decisamente più attenta nei confronti delle restrizioni del diritto in questione, soprattutto nei confronti di quelle legislazioni "anti velo", che in alcuni Stati europei sono sorte all'indomani dell'11 settembre 2001.

Nei casi Arslan e altri c. Turchia[51] e S.A.S c. Francia[52] la Corte EDU circoscrive l'ambito di applicazione del principio della necessaria neutralità dello spazio pubblico (invocabile al fine di legittimare la misura restrittiva alla libertà religiosa) alle sole ipotesi in cui si tratti di spazio pubblico 'istituzionale' (scuola, università, tribunale, ospedali pubblici, ecc.), oppure quando si tratti di persone che ricoprono un ruolo 'istituzionale' (insegnanti, giudici, pubblici ufficiali, dipendenti pubblici ecc.). In particolare, con S.A.S c. Francia la Corte EDU restringe ancor più l'ambito di operatività del concetto di ordine pubblico materiale, chiarendo che lo stesso non supera il giudizio di compatibilità con l'art. 9 della Convenzione in assenza di elementi concreti di rischio per la pubblica sicurezza.

---

[46] Corte EDU, sentenza X c. Regno Unito del 12 luglio 1978, caso nel quale alcuni motociclisti appartenenti alla religione sikh lamentavano la violazione del proprio diritto di indossare il turbante a seguito dell'entrata in vigore dell'obbligo di indossare il casco.

[47] Corte EDU, sentenza Karaduman c. Turchia del 3 maggio 1993, caso nel quale a una studentessa musulmana era stato negato il rilascio del certificato di laurea a seguito del suo rifiuto di produrre una fotografia senza indossare il velo.

[48] Corte EDU, sentenza Phull c. Francia dell'11 gennaio 2005, caso nel quale un uomo pretendeva di superare i controlli aeroportuali con il turbante.

[49] Corte EDU, sentenza Morsli c. Francia del 4 marzo 2008, caso nel quale una donna musulmana pretendeva di superare i controlli all'ingresso di un consolato con indosso il velo islamico.

[50] Corte EDU, sentenza Dahlab v. Svizzera del 15 febbraio 2011.

[51] Corte EDU, sentenza Arslan e altri c. Turchia dell'11 febbraio 2010, caso riguardante alcuni fedeli musulmani che camminavano nelle vie di Ankara, di ritorno da un rito religioso, abbigliati con tuniche e altri capi di vestiario dal chiaro significato religioso.

[52] Corte EDU, Grande Camera, sentenza S.A.S c. Francia del 1luglio 2014, caso riguardante una donna musulmana che avrebbe voluto indossare il velo integrale nelle pubbliche vie e che sosteneva essere stato violato il suo diritto di libertà religiosa.

Nella stessa direzione le più recenti Hamidovic c. Bosnia Ervegovina[53] e Lachiri c. Belgio[54]. In entrambe le pronunce, la Corte EDU condanna lo Stato per la violazione del diritto di libertà religiosa, perché il contegno dei ricorrenti si era concretizzato in comportamenti non idonei in concreto a mettere in pericolo l'ordine pubblico materiale (sicurezza pubblica), nonostante lo stesso si fosse verificato in luogo pubblico "qualificato" (un'aula di Tribunale). Nella giurisprudenza della Corte EDU l'ambito di operatività dei c.d. scopi legittimi (che consentono agli Stati aderenti la limitazione del diritto di libertà religiosa) si è andato sempre più contraendo, dapprima con l'affermazione che i princìpi di laicità dello Stato e di neutralità dello spazio pubblico (ordine pubblico ideale) rappresentano "scopi legittimi" di contrazione del diritto di libertà religiosa solo nel caso di spazio pubblico qualificato (ad esempio, un tribunale) o di persona con un ruolo pubblico; quindi, con l'affermazione l'ordine pubblico materiale legittima la restrizione della libertà religione solo in presenza di concreti elementi su cui fondare la messa in pericolo della sicurezza pubblica.

Autonoma menzione merita, poi, il caso Eweida e altri c. Regno Unito, conclusosi con sentenza del 15 gennaio 2013, nel quale la Corte EDU è stata chiamata a pronunciarsi in fattispecie riguardante l'utilizzo di simboli religiosi sul luogo di lavoro[55]. La Corte EDU ritiene in tal caso illegittima ed irragionevole la limitazione della libertà religiosa imposta alla signora Eweida ed irrilevante l'assenza di un obbligo per la religione cattolica di indossare tale simbolo religioso, adeguatamente valorizzando in sede di bilanciamento il diritto alla libertà di religione rispetto all'interesse del datore di lavoro di definire una propria immagine aziendale: «*On one side of the scales was Ms Eweida's desire to manifest her religious belief. As previously noted, this is a fundamental right: because a healthy democratic society needs to tolerate and sustain pluralism and diversity; but also*

[53] Corte EDU, sentenza Hamidovic c. Bosnia Erzegovina del 5 dicembre 2017, caso riguardante un testimone in un processo penale che, nonostante il divieto di utilizzo di simboli religiosi, rifiutava di togliersi il copricapo attestante la sua appartenenza religiosa.

[54] Corte EDU, sentenza Lachiri c. Belgio del 18 dicembre 2018, caso riguardante una donna musulmana che rifiutava di togliere il velo all'interno del tribunale di Bruxelles ove si trovava per assistere a un'udienza.

[55] La vicenda riguarda la scelta della signora Nadia Eweida, hostess della British Airways, di mostrare la propria collana con la croce, in violazione del *dress code* imposto dalla propria datrice di lavoro, al fine di dare al pubblico un'immagine neutrale della compagnia. Il codice di vestiario del protocollo aziendale vietava ai dipendenti di indossare simboli religiosi, a eccezione di quelli prescritti da specifici obblighi di natura religiosa (l'*hijab* delle musulmane, i turbanti e i braccialetti d'argento dei *sikh, etc.*). La deroga non avrebbe invece riguardato, ad avviso della compagnia, il caso della signora Eweida, dal momento che per la fede cristiana non sussiste obbligo di indossare la croce.

because of the value to an individual who has made religion a central tenet of his or her life to be able to communicate that belief to others. On the other side of the scales was the employer's wish to project a certain corporate image»[56].

Se, dunque, si deve registrare una progressiva valorizzazione del diritto di libertà religiosa (soprattutto con riferimento alla sua esplicazione nell'utilizzo di un particolare abbigliamento o di simboli religioni) nella giurisprudenza della Corte EDU, la stessa cosa non si può dire con riferimento al percorso evolutivo della Corte di Giustizia europea, la cui giurisprudenza si è rivelata, per il vero, ben poco feconda, anche in ragione dei limiti al sindacato in materia, già evidenziati in precedenza. Si deve peraltro sin d'ora anticipare che i contenziosi riguardanti i princìpi di parità di trattamento e di non discriminazione sul posto di lavoro per motivi di religione hanno, nell'ultimo decennio, avuto il pregio di portare all'attenzione della Corte di Giustizia le questioni attinenti la libertà religiosa, stimolandone il sindacato, ma ne hanno altresì costituito il limite, in quanto in questa prima esperienza la Corte di Lussemburgo si è ben guardata dal valorizzare il principio portato dall'art. 10 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione, appiattendo le proprie riflessioni sul più sterile bilanciamento tra il principio di libertà d'impresa (anch'esso contenuto nella Carta di Nizza)[57] e i criteri antidiscriminatori portati dalla direttiva 2000/78/CE.

Il tema si impone all'attenzione della Corte di Lussemburgo in due casi che presentano tratti comuni, quelli delle signore Achbita[58] (*receptionist* presso la società belga G4S) e Bougnaoui[59] (ingegnere progettista presso la società francese Micropole SA). In entrambi i casi le ricorrenti, di religione musulmana, subiscono il licenziamento in conseguenza della loro scelta di indossare il velo sul posto di lavoro. Nel caso della signora Achbita la ricorrente viene licenziata per la violazione della norma – dapprima non scritta, poi formalizzata in un regolamento aziendale – che impone ai dipendenti della G4S il divieto di «*indossare sul luogo di lavoro segni visibili delle loro convinzioni politiche, filosofiche o religiose e/o manifestare qualsiasi rituale che ne derivi*» e lamenta una discriminazione diretta, ai sensi dell'art. 2, par. 2, lett. a). La signora Bougnaoui, invece, viene licenziata in conseguenza delle doglianze di un cliente dell'azienda sua datrice di lavoro, che

[56] Corte EDU, sentenza Eweida c. Regno Unito del 15 gennaio 2013.
[57] Cfr. art. 16 Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.
[58] Corte Giustizia Unione Europea Grande Sez., sentenza 14 marzo 2017, n. 157/15.
[59] Corte Giustizia Unione Europea Grande Sez., sentenza 14 marzo 2017, n. 188/15.

avrebbe preteso di non interloquire con personale che indossa il velo islamico; con il ricorso la Corte EDU è chiamata a verificare se la volontà di un datore di lavoro di tener conto del desiderio di un cliente che i servizi di tale datore di lavoro non siano più assicurati da una dipendente che indossa un velo islamico possa essere considerato come un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa ai sensi dell'art. 4, par. 1, della direttiva 2000/78/CE.

Con la sentenza EU:C:2017:203, resa nel caso Achbita, la Corte di Giustizia, conclude che l'esistenza di una politica generale di neutralità che vieta a tutti i dipendenti di indossare sul luogo di lavoro segni esteriori di convinzioni politiche, filosofiche e religiose non costituisce una discriminazione diretta in base alla religione, in quanto il divieto di indossare segni visibili delle proprie convinzioni, posto dal regolamento aziendale in contestazione, ha ad oggetto qualsiasi manifestazione di tali convinzioni, "*senza distinzione alcuna*" tra opinioni filosofiche, politiche o religiose. Il regolamento aziendale non incide, dunque, direttamente sulla lavoratrice che assume di essere stata discriminata.

Benché priva di motivazioni di ampio respiro sul tema della libertà religiosa, la sentenza in menzione ha comunque il pregio di non limitare il proprio esame alla discriminazione diretta (unica sottopostale dall'Hof van Cassatie belga, giudice *a quo*), producendosi anche in una disamina del tema della discriminazione indiretta; per far ciò, la Corte di Lussemburgo si avvale di quella costante giurisprudenza, secondo cui «*la circostanza che il giudice del rinvio abbia formulato una questione pregiudiziale facendo riferimento soltanto a talune disposizioni del diritto dell'Unione non osta a che la Corte fornisca a detto giudice tutti gli elementi di interpretazione che possano essere utili alla decisione della causa di cui è investito, indipendentemente dal fatto che esso vi abbia fatto riferimento o meno nella formulazione delle sue questioni*».

Per la Corte di Giustizia nel caso in questione da un lato non è escluso che «*il giudice del rinvio possa arrivare alla conclusione che la norma interna di cui al procedimento principale istituisce una disparità di trattamento indirettamente fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2000/78, qualora venga dimostrato, il che spetta a tale giudice verificare, che l'obbligo apparentemente neutro in essa contenuto comporti, di fatto, un particolare svantaggio per le persone che aderiscono ad una determinata religione o ideologia*». D'altro canto,

sempre ad avviso dei giudici di Lussemburgo, non potrebbe neppure escludersi che «*siffatta disparità di trattamento non costituirebbe tuttavia una discriminazione indiretta, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), di detta direttiva, qualora fosse oggettivamente giustificata da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento fossero appropriati e necessari*».

La Corte definisce, quindi, gli elementi costituitivi della fattispecie che consente la disparità di trattamento in esame. Anzitutto la "finalità legittima", in relazione alla quale ritiene che «*la volontà di mostrare, nei rapporti con i clienti sia pubblici che privati, una politica di neutralità politica, filosofica o religiosa, deve essere considerata legittima*», perseguendo la via dell'art. 16 della Carta di Nizza, che espressamente riconosce la libertà d'impresa[60]. Quindi, il "carattere appropriato" della norma in contestazione, con riguardo la quale ritiene che «*il fatto di vietare ai lavoratori di indossare in modo visibile segni di convinzioni politiche, filosofiche o religiose è idoneo ad assicurare la corretta applicazione di una politica di neutralità, a condizione che tale politica sia realmente perseguita in modo coerente e sistematico*».

Da ultimo, il "carattere necessario" del divieto imposto ai lavoratori, rispetto al quale così argomenta: «*occorre verificare se il divieto di indossare in modo visibile qualsiasi segno o indumento che possa essere associato ad un credo religioso oppure ad una convinzione politica o filosofica interessi unicamente i dipendenti della G4S che hanno rapporti con i clienti. In caso affermativo, detto divieto deve essere considerato strettamente necessario per il conseguimento della finalità perseguita*» (la valutazione è rimessa, come detto, al giudice *a quo*). Con la sentenza EU:C:2017:204, resa nel caso Bougnaoui, la Corte di Giustizia dapprima rinvia a quanto esposto in EU:C:2017:203 sulla discriminazione indiretta, quindi esclude ogni rilevanza all'interesse del datore di lavoro di tenere in considerazione i *desiderata* dei propri clienti e, per quel che concerne la discriminazione diretta, conclude che non ricorre l'ipotesi del requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa di cui all'art. 4, par. 1, della direttiva 2000/78/CE. Quest'ultima nozione «*rinvia a un requisito oggettivamente dettato dalla natura o dal contesto in cui l'attività lavorativa in questione viene espletata. Essa, per contro, non può includere considerazioni soggettive, quali la volontà del datore di*

[60] Osserva A. BORGHI, *op. cit.*, pp. 11-13, che «*nel terreno in cui si muove la Corte la neutralità assurge a principio chiave, che trova riconoscimento nella più ampia sfera della libertà d'impresa di cui all'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*».

lavoro di tener conto dei desideri particolari del cliente». In questo caso l'*imprinting* dell'interesse dell'imprenditore sulla disciplina del rapporto di lavoro viene dunque contenuto nei limiti della rilevanza oggettiva del requisito essenziale e determinante, con conseguente esclusione di ogni rilevanza per la componente soggettiva.

A di là di queste due pronunce e di due ulteriori sentenze rese in tema di organizzazioni di tendenza (la cui trattazione si rinvia al seguente paragrafo), sul tema c'è ben poco nella giurisprudenza della Corte di Giustizia europea. Nell'ultima pronuncia resa, la Corte di Giustizia si è trovata a dover esaminare l'art. 7 par. 3 dell'Arbeitsruhegesetz (c.d. ARG, ossia la legge austriaca in materia di periodi di riposo, BGBl. 144/1983), il quale stabilisce che il Venerdì santo è un giorno festivo retribuito, con un periodo di riposo di 24 ore, solo per i membri delle Chiese evangeliche di confessione augustana e di confessione elvetica, della Chiesa vetero-cattolica e della Chiesa evangelica metodista. Se, tuttavia, un membro di una di tali Chiese lavora in tale giorno, egli ha diritto a una retribuzione supplementare per detto giorno festivo (una indennità per giorno festivo).

Il ricorrente, signor Achatzi, dipendente di una agenzia di investigazioni private, non è membro di alcuna delle Chiese in questione e ritiene di essere stato discriminato per effetto di detta norma. Sicché evoca in giudizio il suo datore di lavoro, la Cresco, per chiedere il pagamento della somma di € 109,09 oltre interessi (importo pari a quello previsto per la suddetta indennità per giorno festivo). Il giudizio giunge innanzi l'Oberster Gerichtshof (la Corte suprema austriaca), che decide di sospenderlo e sottoporre alla Corte di Giustizia le seguenti questioni pregiudiziali: «*1) Se il diritto dell'Unione, in particolare l'articolo 21 della [Carta], in combinato disposto con gli articoli 1 e 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva [2000/78], debba essere interpretato nel senso che, in una controversia tra lavoratore e datore di lavoro in relazione a un rapporto di lavoro privato, esso osta a una normativa nazionale secondo la quale soltanto per gli appartenenti alle Chiese evangeliche di confessione augustana e di confessione elvetica, della Chiesa vetero-cattolica e della Chiesa evangelica metodista anche il Venerdì santo è un giorno festivo con un periodo di riposo ininterrotto di almeno 24 ore e, in caso di impiego del lavoratore nonostante il riposo festivo, oltre al diritto alla retribuzione per il tempo di lavoro non prestato a causa del giorno festivo, viene riconosciuto anche un diritto alla retribuzione per il lavoro prestato, mentre ciò non avviene per altri lavoratori, non appartenenti a tali chiese. 2) Se il diritto dell'Unione, in particolare l'articolo 21*

della [Carta], in combinato disposto con l'articolo 2, paragrafo 5, della direttiva [2000/78], debba essere interpretato nel senso che detta direttiva non osta alla normativa nazionale descritta nella prima questione, la quale riconosce diritti soltanto a un gruppo relativamente ristretto, se rapportato alla popolazione totale e all'appartenenza della maggioranza alla Chiesa romano-cattolica, di appartenenti a determinate (altre) chiese, poiché si tratta di una misura che, in una società democratica, è necessaria per la tutela dei diritti e delle libertà altrui, in particolare del diritto alla libertà religiosa. 3) Se il diritto dell'Unione, in particolare l'articolo 21 della [Carta], in combinato disposto con l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva [2000/78], debba essere interpretato nel senso che la normativa nazionale esposta nella prima questione costituisce una misura positiva e specifica in favore degli appartenenti alle chiese indicate nella prima questione, allo scopo di assicurare la loro completa parità nella vita professionale, per prevenire o compensare, per tali appartenenti, svantaggi in ragione della religione, se in tal modo viene loro riconosciuto il medesimo diritto di esercitare la religione durante l'orario di lavoro in una festività solenne per tale religione, quale quello che in base a una diversa normativa nazionale sussiste in capo alla maggioranza dei lavoratori per il fatto che i giorni festivi della religione, nella quale la maggioranza dei lavoratori si riconosce, sono giorni di riposo in generale».

In tal caso la Corte di Giustizia ritiene che la normativa sottoposta al suo esame istituisca una differenza di trattamento fondata direttamente sulla religione dei lavoratori, perché il criterio di differenziazione cui essa ricorre deriva direttamente dall'appartenenza dei lavoratori a una determinata religione. Focalizza poi la sua attenzione sul fatto che la concessione di un giorno festivo (il Venerdì santo) a un lavoratore appartenente ad una delle Chiese indicate nell'ARG non è subordinata alla condizione dell'adempimento, da parte del lavoratore, di un obbligo religioso determinato nel corso di tale giornata, ma unicamente all'appartenenza formale di detto lavoratore ad una di tali Chiese. Tale lavoratore resta pertanto libero di disporre a proprio piacimento, ad esempio a fini di riposo o di svago, del periodo relativo a tale giorno festivo.

La Corte, peraltro, esclude che tale discriminazione diretta possa essere giustificata sulla base dell'articolo 2, paragrafo 5[61], della direttiva 2000/78/CE o dell'articolo 7,

[61] Norma che lascia impregiudicate le misure previste dalla legislazione nazionale che, in una società democratica, sono necessarie alla sicurezza pubblica, alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione dei reati e alla tutela della salute e dei diritti e delle libertà altrui.

paragrafo 1[62], della medesima direttiva. Essa pertanto conclude che «*gli articoli 1 e 2, paragrafo 2, della direttiva 2000/78 devono essere interpretati nel senso che una normativa nazionale in virtù della quale, da un lato, il Venerdì santo è un giorno festivo solo per i lavoratori appartenenti a talune chiese cristiane e, dall'altro, solo tali lavoratori hanno diritto, se chiamati a lavorare in tale giorno festivo, a un'indennità per giorno festivo costituisce una discriminazione diretta fondata sulla religione, e le misure previste da tale normativa nazionale non possono essere considerate né misure necessarie alla preservazione dei diritti e delle libertà altrui, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 5, di detta direttiva, né misure specifiche destinate a compensare svantaggi correlati alla religione, ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 1, della medesima direttiva*».

Ancora una volta la motivazione con cui la Corte di Giustizia sorregge tali conclusioni è ben poca cosa rispetto alle opportunità offerte dal caso in esame. E soprattutto il richiamo all'assenza di uno specifico adempimento a contenuto religioso in capo ai lavoratori interessati dalla disposizione sul Venerdì santo da un lato non considera che anche il semplice riposo e l'astensione dal lavoro possono – per gli adepti di alcune confessioni – costituire adempimento ad un precetto religioso, dall'altro «*svuota di significato la motivazione religiosa della mera astensione dal lavoro e mostra di valutare in eguale modo un'astensione sorretta da una ricorrenza religiosa e un'astensione sorretta dal desiderio di svago o di riposo. Questo ragionamento, indipendentemente dagli esiti più o meno corretti ai quali giunge in relazione all'applicazione della direttiva 2000/78, trascura che il diritto di libertà religiosa è dotato di uno specifico riconoscimento nello spazio europeo. L'art. 10 della Carta dei diritti ci dice che la libertà di esercitare la propria fede religiosa è un diritto fondamentale per tutti e, quindi, la conclusione di relegarlo a mero adempimento di un "obbligo religioso" avrebbe necessitato quantomeno di un approfondimento sui contenuti del diritto e di un successivo bilanciamento degli interessi in gioco*»[63].

5. Le differenze di trattamento nel caso delle attività professionali delle Chiese e organizzazioni di tendenza

[62] Norma in ragione della quale allo scopo di assicurare completa parità nella vita professionale, il principio della parità di trattamento non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure specifiche dirette a evitare o compensare svantaggi correlati a uno qualunque dei motivi di cui all'articolo 1 di detta direttiva.
[63] N. MARCHEI, *op.cit.*, pp. 77-78.

L'art. 4, par. 2, della direttive 2000/78/CE prevede che «*Gli Stati membri possono mantenere nella legislazione nazionale in vigore alla data d'adozione della presente direttiva o prevedere in una futura legislazione che riprenda prassi nazionali vigenti alla data d'adozione della presente direttiva, disposizioni in virtù delle quali, nel caso di attività professionali di chiese o di altre organizzazioni pubbliche o private la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, una differenza di trattamento basata sulla religione o sulle convinzioni personali non costituisca discriminazione laddove, per la natura di tali attività, o per il contesto in cui vengono espletate, la religione o le convinzioni personali rappresentino un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa, tenuto conto dell'etica dell'organizzazione. Tale differenza di trattamento si applica tenuto conto delle disposizioni e dei principi costituzionali degli Stati membri, nonché dei principi generali del diritto comunitario, e non può giustificare una discriminazione basata su altri motivi. A condizione che le sue disposizioni siano d'altra parte rispettate, la presente direttiva non pregiudica pertanto il diritto delle chiese o delle altre organizzazioni pubbliche o private la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, e che agiscono in conformità delle disposizioni costituzionali e legislative nazionali, di esigere dalle persone che sono alle loro dipendenze un atteggiamento di buona fede e di lealtà nei confronti dell'etica dell'organizzazione*».

Con la disposizione in menzione il legislatore comunitario ha inteso dare rilevanza alla dichiarazione n. 11 annessa all'atto finale del Trattato di Amsterdam ("*Dichiarazione sullo status delle chiese e delle organizzazioni non confessionali*") a mente della quale «*l'Unione Europea rispetta e non pregiudica lo status previsto nelle legislazioni nazionali per le chiese e le associazioni o comunità religiose degli Stati membri. L'Unione Europea rispetta ugualmente lo status delle organizzazioni filosofiche e non confessionali*».

Viene così stabilita un'eccezione al divieto di discriminazione per motivi di religione o convinzioni personali, il cui ambito di operatività a tutt'oggi non risulta ben chiaro, se la si raffronta alla generale eccezione prevista dall'art. 4, par. 1, della medesima direttiva 2000/78/CE (v. § 3 in tema di legittimi requisiti occupazionali).

Per non concludere che il par. 2 dell'art. 4 fosse una mera specificazione del precedente par. 1, in un primo momento la dottrina aveva ipotizzato che la deroga al principio della

parità di trattamento accordata dall'art. 4 par. 2 alle Chiese e alle organizzazioni di tendenza fosse più ampia rispetto alla quella generale prevista dall'art. 4 par.1 in quanto non sarebbe stato necessario rispettare il principio di proporzionalità cui invece era vincolata l'eccezione di cui all'art. 4 par. 1[64]. Tale interpretazione è stata tuttavia smentita dalla prima giurisprudenza formatasi sull'argomento, secondo cui «*il requisito di cui all'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 2000/78 deve essere conforme al principio di proporzionalità. Infatti, se è vero che tale disposizione non prevede espressamente, a differenza dell'articolo 4, paragrafo 1, di detta direttiva, che tale requisito debba essere "proporzionato", essa dispone tuttavia che qualsiasi differenza di trattamento deve essere effettuata nel rispetto, in particolare, dei "principi generali del diritto comunitario". Dal momento che il principio di proporzionalità rientra tra i principi generali del diritto dell'Unione (v., in tal senso, sentenze del 6 marzo 2014, Siragusa, C-206/13, EU:C:2014:126, punto 34 e giurisprudenza ivi citata, nonché del 9 luglio 2015, K e A, C- 153/14, EU:C:2015:453, punto 51)*»[65].

Nel caso di attività professionali di Chiese o di altre organizzazioni pubbliche o private la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali è dunque concessa una differenza di trattamento quando, per la natura dell'attività svolta o per il contesto in cui la stessa viene espletata, la religione o le convinzioni personali rappresentino un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa, tenuto conto dell'etica dell'organizzazione. Il contesto nel quale opera la norma in esame ruota integralmente attorno al polo della libertà di religione: da un lato la libertà di religione esplicata in termini collettivi, di gruppo, che rivendica il diritto di stabilire le condizioni di accesso e di permanenza nella struttura di tendenza; dall'altro la libertà di religione esplicata nella sua forma individuale, del singolo, che rivendica il diritto a non essere

[64] Si legga, in proposito, M. AIMO, *Le discriminazioni basate sulla religione e sulle convinzioni personali*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, 2007, pp. 67: «*a tali organizzazioni ideologicamente caratterizzate la direttiva consente di differenziare i trattamenti dei lavoratori sulla base della religione o delle convinzioni personali dei medesimi, a condizione che, l'una o l'altra caratteristica costituiscano un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa: poiché, però, non è più richiesto che il requisito sia determinante, né – soprattutto – proporzionato, la deroga al principio di parità di trattamento loro concessa risulta più estesa rispetto all'eccezione generale*».

[65] Così Corte Giustizia Unione Europea Grande Sez., Sent., 17 aprile 2018, n. 414/16; si legga anche Corte Giustizia Unione Europea Grande Sez., Sent., sentenza 11 settembre 2018, n. 68/17: «*A tale riguardo, il requisito di cui all'articolo 4, paragrafo 2, primo comma, della direttiva 2000/78 deve essere conforme al principio di proporzionalità, il che significa che i giudici nazionali devono verificare se detto requisito sia appropriato e non ecceda quanto è necessario per conseguire l'obiettivo perseguito (sentenza del 17 aprile 2018, Egenberger, C-414/16, EU:C:2018:257, punto 68)*».

discriminato per la sua appartenenza o non appartenenza ad una determinata fede religiosa. Il tutto è, poi, ancor più complicato dal fatto che la religione e le convinzioni personali sono fattori che – a differenza di tutti gli altri fattori contemplati dalla direttiva 2000/78/CE – non attengono a caratteristiche personali immutabili, ma al sentire più intimo di ciascuna persona, come tale mutevole.

Il tema della discriminazione per motivi di religione nelle organizzazioni di tendenza è giunto di recente all'attenzione della Corte di Giustizia europea, che lo ha esaminato in due diverse fattispecie, l'una relativa ad una procedura di assunzione e l'altra concernente la verifica circa la legittimità di un licenziamento determinato dal venir meno del requisito della buona fede e lealtà nei confronti dell'etica dell'organizzazione. Nella prima delle due fattispecie[66] in menzione l'Evangelisches Werk pubblicava un'offerta di lavoro a tempo determinato per un progetto relativo alla stesura di una relazione parallela avente ad oggetto la convenzione internazionale delle Nazioni Unite sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale. Detta offerta di lavoro richiedeva, tra i requisiti che i candidati avrebbero dovuto soddisfare «*l'appartenenza a una Chiesa evangelica oppure a una Chiesa rientrante nell'Associazione delle Chiese cristiane in Germania, nonché l'identificazione con la missione assistenziale-caritatevole della Diaconia*».

La signora Vera Egenberger, pur priva del menzionato requisito, decideva di partecipare alla selezione e, conclusa la stessa con esito per lei negativo, evocava la Evangelisches Werk innanzi l'Arbeitsgericht Berlin (il Tribunale del lavoro di Berlino), sostenendo che la rilevanza attribuita alla religione nella procedura di assunzione, rinvenibile nell'offerta di lavoro in questione, non era compatibile con il divieto di discriminazione sancito dall'AGG, l'Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (legge generale sulla parità di trattamento) del 14 agosto 2006, con cui era stata recepita in Germania la direttiva 2000/78/CE. Chiedeva, pertanto, che la resistente fosse condannata al risarcimento del danno, quantificato in € 9.788,65.

Resisteva nel giudizio l'Evangelisches Werk deducendo che, nel caso di specie, una differenza di trattamento basata sulla religione era giustificata ai sensi dell'art. 9 par. 1 dell'AGG[67]. Il diritto di imporre l'appartenenza a una Chiesa cristiana sarebbe rientrato,

---

[66] Corte di Giustizia dell'Unione Europea Grande Sez., Sent., 17 aprile 2018, n. 414/16.

[67] Norma con la quale era stata trasposto in Germania l'art. 4.2 della direttiva 2000/78/CE: «*1. Ferme restando le disposizioni dell'articolo 8 [della presente legge], una differenza di trattamento basata sulla religione o sulle convinzioni personali nel rapporto d'impiego con comunità religiose, istituzioni ad esse correlate, a prescindere dalla forma giuridica, o associazioni che coltivano in comune una religione o*

secondo l'Evangelisches Werk, nel diritto all'autodeterminazione della Chiesa, tutelato dall'art. 140 del Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Legge fondamentale della Repubblica federale di Germania), in combinato disposto con l'art. 137 par. 3 della Weimarer Reichsverfassung (Costituzione di Weimar). Siffatto diritto sarebbe conforme al diritto dell'Unione a motivo, in particolare, delle disposizioni dell'art. 17 TFUE. Inoltre, l'appartenenza religiosa costituirebbe, data la natura dell'attività considerata nell'offerta di lavoro, un requisito giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa, tenuto conto delle regole della coscienza ecclesiale dell'Evangelisches Werk.

Dopo un primo grado di giudizio parzialmente favorevole alla ricorrente, la controversia giunge innanzi al Bundesarbeitsgericht (la Corte federale del lavoro tedesca), che nel sollevare la questione pregiudiziale avanti la Corte di Giustizia europea concentra la propria attenzione sulla circostanza che «*non si può dedurre né dalla formulazione dell'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 2000/78 né dai considerando di tale direttiva che un datore di lavoro quale l'Evangelisches Werk può determinare esso stesso, in modo definitivo, che la religione costituisca, indipendentemente dalla natura dell'attività in questione, un requisito giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa, tenuto conto dell'etica di tale datore di lavoro, e che i giudici nazionali possano esercitare, al riguardo, solo un semplice controllo di plausibilità. Al contrario, il riferimento, in tale disposizione, al fatto che la religione debba costituire un "requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa, tenuto conto dell'etica dell'organizzazione" potrebbe deporre a favore di una competenza e di un obbligo di controllo dei giudici nazionali che vadano oltre un semplice controllo di plausibilità*».

E, in effetti, la Corte di Lussemburgo, tralasciando ancora una volta di connotare e delimitare l'ambito di estensione del diritto alla libertà religiosa esercitata in forma collettiva ed in forma individuale, svolge il proprio approfondimento solo in relazione

---

convinzioni personali, è altresì lecita quando una determinata religione o convinzione personale costituisce, tenuto conto delle regole della coscienza ecclesiale della rispettiva comunità religiosa o associazione sotto il profilo del suo diritto all'autodeterminazione o a seconda della natura della sua attività, un requisito giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa. 2. Il divieto di disparità di trattamento basate sulla religione o sulle convinzioni personali non pregiudica il diritto delle comunità religiose di cui al paragrafo 1, delle istituzioni ad esse correlate, a prescindere dalla forma giuridica, o delle associazioni che coltivano in comune una religione o convinzioni personali, di chiedere ai loro dipendenti un atteggiamento di buona fede e di lealtà ai sensi delle regole della propria coscienza ecclesiale».

alla specifica questione sottopostale, giungendo alla conclusione che «*qualora una Chiesa o un'altra organizzazione la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali faccia valere, a sostegno di un atto o di una decisione quale il rigetto di una candidatura a un posto di lavoro al suo interno, che, per la natura delle attività di cui trattasi o per il contesto in cui tali attività devono essere espletate, la religione costituisce un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa, tenuto conto dell'etica di tale Chiesa od organizzazione, una siffatta affermazione deve, se del caso, poter essere oggetto di un controllo giurisdizionale effettivo al fine di assicurarsi che, nel caso di specie, siano soddisfatti i criteri di cui all'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 2000/78*». Più nello specifico, secondo la Corte di Giustizia europea, una differenza di trattamento basata sulla religione o sulle convinzioni personali «*è subordinata all'esistenza oggettivamente verificabile di un nesso diretto tra il requisito per lo svolgimento dell'attività lavorativa imposto dal datore di lavoro e l'attività in questione. Un tale nesso può derivare vuoi dalla natura di tale attività, ad esempio qualora essa comporti di partecipare alla determinazione dell'etica della Chiesa o dell'organizzazione in questione, o di collaborare alla sua missione di proclamazione, vuoi dalle condizioni in cui tale attività deve essere espletata, come la necessità di garantire una rappresentanza credibile della Chiesa o dell'organizzazione all'esterno della stessa*».

La Corte ribadisce, poi, che tale requisito per lo svolgimento dell'attività lavorativa deve essere, come richiesto dall'articolo 4 par. 2 della direttiva 2000/78, "essenziale, legittimo e giustificato", tenuto conto dell'etica della Chiesa o dell'organizzazione, fornendo una puntuale definizione della terna ora riportata[68]. Un percorso argomentativo sostanzialmente analogo è svolto dalla Corte di Giustizia europea nel secondo caso

[68] Il termine "essenziale" significa che "*per il legislatore dell'Unione, l'appartenenza alla religione o l'adesione alle convinzioni personali su cui si fonda l'etica della Chiesa o dell'organizzazione in questione deve apparire necessaria, a causa dell'importanza dell'attività professionale di cui trattasi, per l'affermazione di tale etica o l'esercizio da parte di tale Chiesa o di tale organizzazione del proprio diritto all'autonomia*"; con il termine "legittimo" il legislatore dell'Unione "*ha inteso garantire che il requisito relativo all'appartenenza alla religione o all'adesione alle convinzioni personali su cui si fonda l'etica della Chiesa o dell'organizzazione in questione non venga utilizzato per un fine estraneo a tale etica o all'esercizio da parte di tale Chiesa o di tale organizzazione del proprio diritto all'autonomia*"; il termine "giustificato" implica «*non solo che il controllo del rispetto dei criteri di cui all'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 2000/78 possa essere effettuato da un giudice nazionale, ma anche che la Chiesa o l'organizzazione che ha stabilito tale requisito ha l'obbligo di dimostrare, alla luce delle circostanze di fatto del caso di specie, che il presunto rischio di lesione per la sua etica o il suo diritto all'autonomia è probabile e serio, di modo che l'introduzione di un siffatto requisito risulta essere effettivamente necessaria*».

concernente un'organizzazione di cui all'art. 4 par. 2 della direttiva 2000/78/CE[69]. Il caso, che ha ad oggetto ancora una volta la normativa tedesca, è quello di un medico cattolico, dipendente (con la qualifica di primario del reparto di medicina interna) di una società privata che gestisce ospedali e che come oggetto sociale si propone la realizzazione dei compiti della Caritas.

Dopo aver avuto notizia del divorzio del medico dalla prima moglie e di un secondo matrimonio contratto dal medesimo, la società datrice di lavoro decide di licenziarlo, in considerazione del fatto che «*contraendo un matrimonio nullo per il diritto canonico sarebbe in tal modo gravemente venuto meno agli obblighi derivanti dal contratto di lavoro*». Il medico impugna il licenziamento sostenendo che lo stesso sarebbe contrario al principio di parità di trattamento, poiché per i primari di confessione protestante o atei dipendenti della medesima struttura un secondo matrimonio non avrebbe prodotto alcuna conseguenza giuridica sul loro rapporto di lavoro.

Il Bundesarbeitsgericht (la Corte federale del lavoro) rinvia la questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia chiedendo «*se le chiese, o altre organizzazioni pubbliche o private la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, possano determinare loro stesse, in maniera definitiva, cosa costituisce un atteggiamento di lealtà e di correttezza "nei confronti dell'etica dell'organizzazione", a norma dell'articolo 4, paragrafo 2, secondo comma, della direttiva 2000/78, e se esse possano altresì, su tale questione, prevedere in maniera autonoma - come è consentito dal diritto costituzionale tedesco – una graduazione degli obblighi di lealtà per le stesse funzioni direttive unicamente tenendo conto della confessione dei dipendenti*».

Nella disamina della fattispecie la Corte di Giustizia muove dalla considerazione che l'adesione alla concezione cattolica del matrimonio religioso, sacro e indissolubile, non appare necessaria per l'affermazione dell'etica dell'organizzazione resistente, tenuto conto del fatto che le attività professionali sono svolte dal ricorrente in ambito ospedaliero. Essa non risulta quindi essere una condizione essenziale dell'attività professionale, a norma dell'art. 4 par. 2 co. 1 della direttiva 2000/78/CE, circostanza che compete tuttavia al giudice del rinvio verificare. Ne derivano le seguenti conclusioni «*da un lato, una chiesa o un'altra organizzazione la cui etica sia fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, e che gestisce una struttura ospedaliera costituita in forma*

[69] Corte Giustizia Unione Europea Grande Sez., Sent., sentenza 11 settembre 2018, n. 68/17.

di società di capitali di diritto privato, non può decidere di sottoporre i suoi dipendenti operanti a livello direttivo a obblighi di atteggiamento di buona fede e di lealtà nei confronti di tale etica diversi in funzione della confessione o agnosticismo di tali dipendenti, senza che tale decisione possa, se del caso, essere oggetto di un controllo giurisdizionale effettivo al fine di assicurare che siano soddisfatti i criteri di cui all'articolo 4, paragrafo 2, di tale direttiva; e – dall'altro – una differenza di trattamento, in termini di obblighi di atteggiamento di buona fede e di lealtà nei confronti di detta etica, tra dipendenti in posizioni direttive, in funzione della loro confessione o agnosticismo, è conforme alla suddetta direttiva solo se, tenuto conto della natura delle attività professionali interessate o del contesto in cui sono esercitate, la religione o le convinzioni personali costituiscono un requisito professionale essenziale, legittimo e giustificato rispetto all'etica della chiesa o dell'organizzazione in questione e conforme al principio di proporzionalità, il che spetta al giudice nazionale verificare».

Nel contesto nazionale italiano la norma di cui all'art. 4, par. 2, della direttiva 2000/78/CE è stata trasposta nell'art. 3, comma 5, del d. lgs. 9 luglio 2003 n. 216: «*non costituiscono atti di discriminazione ai sensi dell'articolo 2 le differenze di trattamento basate sulla professione di una determinata religione o di determinate convinzioni personali che siano praticate nell'àmbito di enti religiosi o altre organizzazioni pubbliche o private, qualora tale religione o tali convinzioni personali, per la natura delle attività professionali svolte da detti enti o organizzazioni o per il contesto in cui esse sono espletate, costituiscano requisito essenziale, legittimo e giustificato ai fini dello svolgimento delle medesime attività*». Si deve segnalare in proposito che la disposizione in questione ha suscitato perplessità in dottrina, a causa dello scostamento rispetto a quanto previsto dal legislatore comunitario in ordine ai soggetti ammessi a beneficiare della deroga di cui all'art. 3, comma 5, in menzione, che sono gli enti religiosi e le altre organizzazioni pubbliche e private. Il legislatore italiano ha infatti omesso di recepire l'inciso «*la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali*», contenuto invece nella direttiva 2000/78/CE, con il rischio di dilatare la categoria dei soggetti fruitori di tale beneficio, «*rendendo astrattamente possibile che possano goderne anche quelle organizzazioni che svolgono attività che non hanno natura ideologica, ma in relazione alle quali «la religione e le convinzioni personali assumono comunque un forte*

grado di significatività»[70].

6. Conclusioni

Il quadro che si è descritto raffigura un contesto normativo e giurisprudenziale a "geometria variabile", nel quale il diritto alla libertà religiosa (in tutte le sue facoltà ed accezioni) fatica ad affermarsi con pienezza. Se da un lato si raccolgono maggiori aperture nella giurisprudenza della Corte EDU, dall'altro le logiche di natura economica che dominano l'assetto istituzionale dell'Unione Europea costituiscono un freno per i diritti fondamentali che con tali logiche entrano in contrasto. La rassegna dei casi presentata in questo lavoro evidenzia nelle pronunce della Corte di Giustizia europea un equilibrismo giuridico figlio del tentativo di procedere su una linea, che appare troppo sottile per consentirle percorsi di lunga durata. Contenere la portata delle proprie decisioni nei ristretti ambiti offerti dalle nozioni contenute nella direttiva 2000/78/CE appare un artifizio assai difficoltoso per reggere agli scossoni che arrivano dalle stesse istanze antidiscriminatorie e che reclamano una risposta connotata da adeguate riflessioni di sistema. È, in questo senso, auspicabile che i giudici di Lussemburgo guardino all'assetto normativo euro-unitario in chiave organica più che di tecnica giuridica, di princìpi più che di meccanismi.

Solo così si potrà arrivare a valorizzare la nozione di libertà religiosa contenuta nell'art. 10 della Carta di Nizza e nell'art. 9 della CEDU anche attraverso la chiave di accesso offerta dal paradigma antidiscriminatorio di cui alla direttiva 2000/78/CE. Il mondo del lavoro, come il relativo mercato, è in continua evoluzione e l'Occidente democratico e pluralista si deve far trovare pronto alle sfide che impongono i fenomeni migratori, ormai generazionali. L'integrazione, anzitutto; anche sul posto di lavoro, anche attraverso la gestione equilibrata delle necessità che ai lavoratori derivano dalla loro appartenenza religiosa. Deve farlo affrontando con coraggio tutte le questioni, senza timore di mettere in discussione lo stesso codice valoriale che ha sinora ispirato l'azione dell'Unione Europea. Se penso alle sfide del prossimo trentennio, il motore "economico" che ha dato impulso all'Europa potrebbe non essere sufficiente a dare ai cittadini le

[70] M. AIMO, *Le discriminazioni basate sulla religione e sulle convinzioni personali*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, 2007, p. 74, che cita A. VISCOMI, *Osservazioni critiche su lavoro e «tendenza» nelle fonti internazionali e comunitarie*, in *LD*, 2003, p. 586.

risposte che attendono in termini di integrazione. La partita si gioca sul tavolo dei diritti umani e delle libertà ad essi riconnesse, e la comunità europea, nata da un'esigenza di pace, reggerà solamente se comprenderà che «*la pace fiorisce quando tali diritti vengono osservati integralmente*»[71].

[71] Messaggio del Santo Padre Giovanni Paolo II per la celebrazione della XXXII giornata mondiale della pace del 1° gennaio 1999, *Nel rispetto dei diritti umani il segreto della pace vera*, Vaticano, 8 dicembre 1998.

Abstract

ANGELO SALVI, Libertà di religione e divieto di discriminazione nello spazio europeo a vent'anni dalla direttiva 2000/78/CE

Le direttive di seconda generazione inaugurano una nuova stagione per il diritto antidiscriminatorio, che con la direttiva 2000/78/CE (c.d. "quadro") entra nelle aziende e nei posti di lavoro. Tra i fattori discriminanti anche la religione e le opinioni personali; è l'occasione giusta per portare all'attenzione della Corte di Giustizia europea i temi della libertà religiosa e della discriminazione per motivi di religione. In base ai trattati, infatti, le istituzioni dell'Unione Europea non hanno competenza diretta in materia di religione. L'analisi della giurisprudenza degli ultimi venti anni registra, tuttavia, poche pronunce della Corte di Giustizia e un approccio molto più timido rispetto a quello della Corte EDU, che dopo una partenza stentata sembra oggi proiettata verso la valorizzazione del diritto alla libertà religiosa, con conseguente sacrificio dei diritti con essa di volta in volta bilanciati. Il lavoro analizza da ultimo le differenze di trattamento nel caso delle attività professionali delle Chiese e organizzazioni di tendenza: un'occasione mancata per segnare i termini tra diritto alla libertà di religione esercitato in forma collettiva e in forma individuale.

Parole chiave: libertà di religione, discriminazione, simbolismo, lavoro, organizzazioni di tendenza.

ANGELO SALVI, Freedom of religion and prohibition of discrimination in the European area twenty years after Directive 2000/78/EC

The second generation directives open a new season for anti-discrimination law, which with the directive 2000/78/EC (the so-called "framework") introduces itself in the companies and workplaces. Discriminating factors involve also religion and personal opinions; it allows opportunity to bring to the attention of the European Court of Justice the issues of religious freedom and discrimination on grounds of religion. According to the treaties, in fact, the institutions of the European Union have no direct competence in matters of religion. The analysis of the jurisprudence of the last twenty years records, however, very few pronouncements by the Court of Justice and a timorous approach compared to European Court of Human Rights, which after a difficult departure seems today projected towards the valorization of the right to religious freedom, with consequent sacrifice of rights with it balanced from time to time. Lastly, the work analyzes the differences of treatment in the case of the professional activities of Churches and trendy organizations: a missed opportunity to mark the terms between the right to freedom of religion exercised collectively and individually.

Key words: freedom of religion, discrimination, symbolism, work, trendy organizations

ALDO ROCCO VITALE
Dottore di ricerca in Storia e Teoria generale del diritto europeo
Università degli Studi di Roma Tor Vergata

DIRITTO E PERSONA TRA STORIA E IDEOLOGIA NELL'ESPERIENZA MARXISTA*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il problema – 3. Per concludere

1. Introduzione

«*Abbiamo bisogno della libertà per impedire che lo Stato abusi del suo potere e abbiamo bisogno dello Stato per impedire l'abuso della libertà*»[1]: così ha scritto Karl Popper, diversi anni or sono, riassumendo quasi integralmente l'esperienza socio-politica e soprattutto giuridica del XX secolo, cioè di quel secolo, opportunamente definito da Robert Conquest come *il secolo delle idee assassine*[2], in cui maggiormente si sono avvertite le profonde lacerazioni e tensioni tra Stato e cittadino, tra ordine e libertà, tra legge e diritto, e, in buona sostanza, tra ideologia e verità.

Così, se c'è chi ha considerato il XX secolo come il "secolo dei campi"[3], c'è, invece, chi lo ha definito il "secolo breve" dei cataclismi[4], mentre altri lo hanno inteso come il "secolo degli idoli"[5], il "secolo del martirio"[6], il "secolo dei genocidi"[7], o perfino come il "secolo del male"[8], potendosi riassumere tutte queste qualificazioni del novecento nella unica e comune sostanza esplicitata dalle parole di Friedrich Nietzsche: «*Ciò che io racconto è la storia dei prossimi due secoli. Io descrivo ciò che viene, ciò che non può fare a meno di venire: l'avvento del nichilismo. Questa storia può già ora essere raccontata; perché la necessità stessa è qui all'opera. Questo futuro parla già per mille segni, questo destino si annunzia dappertutto; per questa musica del futuro tutte le*

---

* *Contributo sottoposto a valutazione.*

[1] K. POPPER, *La lezione di questo secolo*, Venezia, 2009, p. 68.
[2] R. CONQUEST, *Il secolo delle idee assassine*, Milano, 2002.
[3] P. Rigoulot - J. Kotek, *Il secolo dei campi. Detenzione, concentramento e sterminio: 1900-2000*, Milano, 2001.
[4] E. HOBSBAWM, *Il secolo breve*, Milano, 1995.
[5] S. NATOLI, *Sul male assoluto. Nichilismo e idoli nel novecento*, Brescia, 2006.
[6] A. RICCARDI, *Il secolo del martirio*, Milano, 2009.
[7] B. BRUNETEAU, *Il secolo dei genocidi*, Bologna, 2006.
[8] A. BESANÇON, *Novecento. Il secolo del male*, Torino, 2008.

orecchie sono già in ascolto. Tutta la nostra cultura europea si muove in una torturante tensione che cresce da decenni in decenni, come protesa verso una catastrofe: irrequieta, violenta, precipitosa; simile ad una corrente che vuole giungere alla fine, che non riflette più ed ha paura di riflettere»[9].

Del resto, non si può ignorare quanto certe ideologie e le loro concretizzazioni storico-sociali abbiano lasciato dietro di sé una lunga scia di sangue e devastazione non soltanto in termini politici, ma anche e soprattutto umani e quindi giuridici, per cui val la pena riflettere, proprio subito dopo il centenario della rivoluzione d'ottobre e nel trentennale della caduta del muro di Berlino, sugli effetti che tutto ciò ha causato specialmente nella dimensione della fenomenologia giuridica, considerando che rivoluzioni, insurrezioni, guerre civili, campi di concentramento, campi di sterminio sono soltanto alcune delle molteplici e camaleontiche epifanie del male nel secolo scorso.

Tuttavia, proprio in considerazione di ciò, sembra opportuno interrogarsi su uno dei due principali elementi che costituisce il presupposto teorico per la realizzazione della suddetta efferatezza, cioè il pensiero marxista (l'altro è quello nazista)[10], posto che la sua indubbia influenza non è stata soltanto di carattere quantitativo, cioè legata al numero di popoli e nazioni ad esso sottomessi, ma soprattutto di carattere qualitativo, avendo inciso in profondità sulla dimensione giuridica universale tanto da poterne percepire perfino oggi l'eco non troppo lontana.

Non a caso Gunther Rohrmoser ha giustamente precisato che «*il potere trasformante che il marxismo ha esercitato ed esercita ancora è così grande che, nel mondo in cui viviamo, ogni singolo individuo è investito direttamente o indirettamente, dal destino del marxismo*»[11].

Il marxismo, tuttavia, non è stato solo determinante per la storia politica mondiale in genere ed europea in particolare, e nemmeno soltanto da un punto di vista economico, sociale o militare, ma soprattutto dal punto di vista giuridico, avendo elaborato una propria teoria generale del diritto che ha influenzato anche quella occidentale e i cui riflessi ancora oggi si possono intravedere nella realtà giuridica contemporanea.

---

[9] F. NIETZSCHE, *La volontà di potenza*, Milano, 2008, p. 3, n. 2.

[10] Per una più esaustiva comparazione critica dei due pilastri ideologici su cui si sorregge la storia intera del XX secolo con le sue tragedie, le sue contraddizioni, le sue crisi antiumaniste, i suoi deliri di onnipotenza, i suoi conflitti concettuali precursori di quelli armati, si consideri, tra i tanti esempi possibili, il saggio di A. DE BENOIST, *Nazismo e comunismo*, Napoli, 2005.

[11] G. ROHRMOSER, *Marxismo e umanità*, Brescia, 1976, p. 15.

Si tratta di uno degli aspetti più caratteristici del pensiero marxista che non è riuscito a sopravvivere alla storia sotto l'aspetto economico e socio-politico, ma che invece trova nuova e feconda incarnazione in molte sfaccettature della sensibilità giuridica odierna la quale ne incarna, spesso inconsapevolmente, la prospettiva teorico-giuridica.

Per cogliere quanto incisivo sia stato il marxismo nella storia degli ultimi due secoli e quanto ancora siano visibili le conseguenze del suo navigare lungo il mare del tempo, nonostante siano tramontate le sue epifanie storico-politiche che nei regimi dell'Europa dell'est hanno materializzato la sua dottrina, possono prendersi in considerazione le riflessioni di un grande studioso della fenomenologia socialista nella sua accezione preponderante quale il marxismo è stato, cioè le parole di Joshua Muravchik che così ha sintetizzato: «*É la storia del tentativo più ambizioso dell'uomo di soppiantare la religione, con una dottrina di vita che rivendicava le proprie radici nella scienza piuttosto che nella rivelazione[...]. Nessun'altra fede è mai stata così ampiamente abbracciata. Non si limitava ai saloni o alle biblioteche, ma si diffondeva anche negli edifici statali e tra gli scioperanti, nelle barricate e nei campi di battaglia. Influì più di qualsiasi altro evento nella storia del XX secolo*»[12].

In questo contesto l'elaborazione di una teoria generale del diritto di matrice marxista ha condotto ad interessanti elaborazioni teoriche che hanno non solo tradotto i principi generali del marxismo nell'esperienza giuridica, ma che soprattutto hanno traghettato tali principi ben oltre la sopravvivenza storica del marxismo in sé considerato.

Appare quanto mai opportuno, dunque, proprio dopo due decenni di distanza dal crollo ufficiale dell'Unione Sovietica, che ha incarnato l'ortodossia dogmatica e prassistica del pensiero marxista, riflettere sulla teoria generale marxista del diritto, per scrutarne le linee fondanti e le applicazioni effettive, così da poter individuare nella dimensione giuridica attuale, attraverso alcune finali esemplificazioni indicative, quanta influenza il marxismo abbia esercitato ed ancora eserciti sul versante giuridico e a quali esiti tutto ciò realmente conduca.

Sebbene, infatti, la fiamma filosofica del marxismo sia stata soffocata dalle ceneri del crollo dei regimi del socialismo reale, la sua luce, come quella degli astri morti che comunque continua a viaggiare nel tempo e nello spazio, illumina ancora certi istituti giuridici contemporanei.

---

[12] J. MURAVCHIK, *Il paradiso in terra. Ascesa e caduta del socialismo*, Torino, 2005, p. 12.

Nello spazio conciso delle seguenti riflessioni, dunque, si analizzeranno i presupposti concettuali e ideali della teoria generale marxista del diritto, la sua effettiva sostanza, tramite la messa in evidenza della natura del diritto secondo il pensiero dei giuristi marxisti, e, soprattutto, gli esiti a cui conduce un simile articolato intreccio, e non solo relativamente al diritto in sé considerato, ma anche e soprattutto in merito al quell'imprescindibile elemento della dogmatica giuridica universale, inclusa quella contemporanea, che è il concetto di "persona".

Si tenterà di rispondere al quesito di fondo che riassume l'intera problematica, e cioè: il marxismo è o non è una forma di nichilismo giuridico?

2. Il problema

«*Non è la coscienza che determina la vita, ma la vita che determina la coscienza*»[13]: hanno scritto Karl Marx e Friedrich Engels nel 1845 ponendo da sé medesimi la chiave ermeneutica del loro stesso pensiero, senza la quale non è possibile comprendere le conseguenze che il marxismo ha avuto sul mondo del diritto come premessa per la legittimazione di tanti orrori in suo nome commessi nel XX secolo.

Nel predetto passaggio di Marx ed Engels, infatti, è racchiusa tutta l'energia necessaria per l'individuazione non solo delle tracce del pensiero marxista nell'odierna esperienza giuridica, ma per la stessa comprensione dei rapporti tra marxismo e diritto.

Per scandagliare in profondità la relazione tra marxismo e diritto, al fine di percepire la portata degli influssi che il marxismo ha avuto e ancor oggi ha sul diritto, occorre procedere con ordine, cioè riferirsi dapprima ai presupposti teoretici, poi alla sostanza effettiva e infine agli esiti ultimi della elaborazione giuridica marxista nel suo complesso.

A) Il diritto.

Presupposti teoretici. In merito ai presupposti occorre fare riferimento a quella complessa situazione che emerge dall'intrecciarsi di tre filoni di pensiero su cui sostanzialmente il marxismo si fonda: 1) l'ateismo scientifico; 2) lo storicismo; 3) l'economicismo.

1) Riguardo all'ateismo scientifico, occorre precisare fin da subito che l'ateismo di Marx non è il comune ateismo che fino a quel momento si era delineato, cioè la

[13] K. MARX - F. ENGELS, *L'ideologia tedesca*, in *La concezione materialistica della storia*, Bologna, 1959, p. 45.

sovversione della dimensione trascendente con la semplice sostituzione a Dio dell'uomo, ma è la eradicazione totale di ogni dimensione trascendente, non solo come finalità in se stessa perseguita, ma anche come mezzo di attuazione della critica della religione quale presupposto di ogni altra critica, cioè della critica economica, morale, giuridica, antropologica, filosofica, secondo le stesse parole di Marx per il quale, appunto, «*la critica della religione è il presupposto di ogni critica*»[14].

L'ateismo scientifico per Marx è dunque il punto di partenza della sua filosofia, poiché, come egli scrive: «*La miseria religiosa è insieme l'espressione della miseria reale e la protesta contro la miseria reale. La religione è il sospiro della creatura oppressa, il sentimento di un mondo senza cuore, così come è lo spirito di una condizione senza spirito. Essa è l'oppio del popolo. Eliminare la religione in quanto illusoria felicità del popolo vuol dire esigerne la felicità reale. L'esigenza di abbandonare le illusioni sulla sua condizione è l'esigenza di abbandonare una condizione che ha bisogno di illusioni. La critica della religione, dunque, è, in germe, la critica della valle di lacrime, di cui la religione è l'aureola*»[15].

Preliminarmente ad ogni riforma sociale, occorre depurare l'esistenza, specialmente quella politica e quella giuridica, dall'ipoteca del fenomeno religioso che grava su ogni ambito della vita, e restringendo lo spazio della religione che non deve più trovare posto nell'alveo del pubblico, ma soltanto in quello del privato, come il trevirita puntualizza chiaramente: «*L'uomo si emancipa politicamente dalla religione confinandola dal diritto pubblico al diritto privato*»[16].

Vengono così poste le radici di quel pensiero laicistico che ancora oggi, nonostante la fine ufficiale del socialismo reale, differenziandosi dall'autentica laicità[17], tanta parte occupa nello spazio dell'opinione pubblica occidentale e della di questa cultura e sensibilità giuridica[18].

---

[14] K. MARX, *Introduzione per la critica della filosofia del diritto di Hegel*, in *Scritti marxisti sulla religione*, a cura di F.S. TESTA - T. LA ROCCA, Brescia, 1988, p. 38.
[15] K. MARX, *Introduzione per la critica della filosofia del diritto di Hegel*, in *Scritti marxisti sulla religione*, a cura di F.S. TESTA - T. LA ROCCA, Brescia, 1988, p. 38.
[16] B. Bauer - K. MARX, *La questione ebraica*, a cura di Massimiliano Tomba, Roma, 2004, p. 185.
[17] Per una differenziazione compiuta tra laicità e laicismo cfr. A. R. VITALE, *Laicità e laicismo: sinonimia, dicotomia o antinomia?* in *Gregorianum*, 1/2017.
[18] «*Il comunismo si è posto sul piano di un ateismo o per lo meno di un laicismo che è ormai espressione di un pensiero sempre più diffuso anche in occidente*». Cfr. U. SPIRITO, *Il comunismo*, Firenze, 1965, p. 136.

L'ateismo marxiano, però, non si può risolvere in una mera contemplazione negativa, poiché la filosofia non può essere tale, secondo quanto ribadito nell'ultima delle sue biasimanti "Tesi su Feuerbach": «*I filosofi hanno solo interpretato il mondo in modi diversi; si tratta però di mutarlo*»[19].

Per questo motivo Marx giudica aspramente il precedente tentativo di Feuerbach esperito in questa stessa direzione, in quanto quest'ultimo non riesce ad eliminare radicalmente il fenomeno della religiosità, ma si limita a divinizzare l'uomo, come del resto attestano le stesse parole di Feuerbach per il quale «*homo homini Deus est*»[20].

Marx spiega infatti che l'ateismo, nella sua forma speculativa in cui fino a quel momento è stato configurato, è ancora una forma di quella mediazione della trascendenza che occorre eliminare tramite un nuovo ateismo: «*L'ateismo in quanto negazione di questa inessenzialità, non ha più alcun senso; infatti l'ateismo è, sì, una negazione di Dio e pone attraverso questa negazione l'esistenza dell'uomo, ma il socialismo i quanto tale non ha più bisogno di questa mediazione. Esso comincia dalla coscienza teoreticamente e praticamente sensibile dell'uomo e della natura nella loro essenzialità. Esso è l'autocoscienza positiva dell'uomo*»[21].

Come ha precisato Gianfranco Morra, infatti, il marxismo può considerarsi non solo come un semplice ateismo, ma anche e soprattutto come «*un umanesimo positivo; forse per lo spirito religioso si tratta della stessa cosa, ma non per Marx, il quale non intende fondare nessun ateismo. L'ateismo è pur sempre una risposta negativa al problema di Dio. Marx, invece, vuole la eliminazione di questo problema*»[22].

Eliminata scientificamente la religione, si apre la via all'energia della critica, per cui, sempre con le parole di Marx «*la critica del cielo si converte così nella critica della terra, la critica della religione nella critica del diritto, la critica della teologia nella critica della politica*»[23].

2) Svincolata l'esistenza da ogni riferimento, anzi, da ogni fondamento trascendente e metatemporale, la realtà viene inevitabilmente vincolata al tempo, o meglio, alla storia,

---

[19] K. MARX, *Tesi su Feuerbach*, in *Scritti filosofici giovanili*, Milano, 1996, p. 185.
[20] L. FEUERBACH, *L'essenza del cristianesimo*, Milano, 1996, p. 312.
[21] K. MARX, *Manoscritti economico-filosofici del 1844*, Torino, 2004, p. 120.
[22] G. MORRA, *Marxismo e religione*, Milano, 1976, p. 57.
[23] K. MARX, *Introduzione per la critica della filosofia del diritto di Hegel*, in *Scritti marxisti sulla religione*, a cura di F.S. TESTA - T. LA ROCCA, Brescia, 1988, p. 39.

come ha evidenziato Albert Camus secondo il quale l'uomo «*sfuggito alla prigione di Dio, sarà sua prima cura costruire il carcere della storia e della ragione*»[24].

Senza la trascendenza, l'esistenza viene così richiusa e ingabbiata nell'immanenza della storia e della dialettica sociale che in essa viene a determinarsi nel conflitto di classe.

Ed ecco quindi il secondo pilastro teorico che sta alla base del marxismo, cioè lo storicismo, intendendo con ciò l'idea per cui i valori mutano al mutare dei riferimenti storico-sociali «*cercando di delineare una prospettiva conoscitiva basata su un conoscere rigorosamente anti-metafisico e anti-ontologico del mondo storico sociale*»[25].

Nulla più, allora, è universalmente valido e predeterminato, ma tutto diventa oggetto dei mutamenti della storia nella forma dei mutevoli rapporti sociali tra classe dominante e classi dominate, come, del resto, lo stesso Marx scrive a proposito della formazione della coscienza socialmente determinata: «*Le idee della classe dominante sono in ogni epoca le idee dominanti; cioè, la classe che è la* potenza materiale dominante *è in pari tempo la sua* potenza spirituale dominante»[26].

3) Il terzo e ultimo, ma non meno importante, fattore concettuale su cui si regge l'impianto del marxismo è l'economicismo, cioè l'idea per cui i rapporti sociali, umani, giuridici sono esclusivamente determinati dal controllo dei fattori di produzione e dalle leggi dell'economia[27], così che lo Stato, la morale, la religione, e, evidentemente, soprattutto il diritto sono tutti prodotti di una precisa situazione economica in una data epoca storica.

I rapporti umani, dunque, non sono giuridici, ma economici.

Scrive espressamente in merito Marx: «*La religione, la famiglia, lo stato, il diritto, la morale, la scienza, l'arte, ecc., non sono che modi particolari della produzione e cadono sotto la sua legge universale*»[28].

L'ateismo scientifico appare, quindi, nel marxismo come la giustificazione della revoca della relazione con la trascendenza, cioè con l'Altro da sé; lo storicismo si configura come la giustificazione dell'annullamento di ogni ontologia non provvisoria

---

[24] A. CAMUS, *L'uomo in rivolta*, Milano, 2009, p. 92.
[25] F. TESSITORE, voce "Storicismo", in *Enciclopedia filosofica*, Milano, 2006, Vol. XI, p. 11164.
[26] K. MARX - F. ENGELS, *L'ideologia tedesca*, in *La concezione materialistica della storia*, Bologna, 1959, p. 72.
[27] «*La teoria che assegna un ruolo determinante nella storia umana ai fattori economici*»: S. CREMASCHI, voce "Economicismo", in *Enciclopedia filosofica*, Milano, 2006, Vol. IV, p. 3208.
[28] K. MARX, *Manoscritti economico-filosofici del 1844*, Torino, 2004, p. 108.

del sé; l'economicismo si propone come giustificazione della elisione della metafisica della relazionalità, cioè del legame con l'altro sé che è l'altro.

La natura del diritto. Considerati i tre elementi basilari del pensiero marxiano, si può finalmente esaminare la sua sostanza relativamente alla concezione del diritto come strumento della lotta di classe, della lotta tra classi[29].

In questa prospettiva il diritto, infatti, altro non è che il risultato della volontà della classe dominante che impone la propria oppressione sulle altre classi in genere e sul proletariato in particolare per poter perseguire i propri interessi come Marx conferma: «*Leggi, morale, religione sono altrettanti pregiudizi borghesi, dietro i quali si nascondono altrettanti interessi borghesi*»[30].

Il diritto, quindi, consiste nella formalizzazione della volontà di classe, come lo stesso Marx chiarisce: «*Il vostro diritto è soltanto la volontà della vostra classe elevata a legge, volontà il cui contenuto è dato nelle condizioni materiali di esistenza della vostra classe*»[31].

Il volontarismo quindi si esprime come il contenuto reale della visione giuridica marxista, addirittura sulla scia di quel primatista della volontà che è stato Schopenhauer, come del resto ha notato lo stesso marxista Antonio Labriola: «*Schopenhauer s'avvicinò in parte al vero, nel fare della volontà la radice del mondo. Gli fece da pendant Marx con la dottrina unilaterale del lavoro*»[32].

Il diritto, in definitiva, diventa una sovrastruttura della struttura economica,[33] così da farlo coincidere nel pensiero marxista con la volontà in genere e con quella politica in particolare, specialmente con quella della classe dominante, cioè oggi la borghesia, e domani, secondo l'escatologia sociale marxista, il proletariato.

Il diritto nel pensiero marxista, però, non corrisponde ad un volontarismo dai canoni astratti, ma reali, cioè legati al dominio dei fattori di produzione in una specifica epoca

---

[29] «*Ecco dunque la prima idea decisiva di Marx; la storia umana è caratterizzata della lotta di quei gruppi umani, che noi chiamiamo classi sociali, la cui definizione resta, per il momento, equivoca, ma che hanno la duplice caratteristica di comportare da una parte l'antagonismo tra oppressori e oppressi, e dall'altra di tendere a una polarizzazione in due blocchi e due soltanto*». Cfr. R. ARON, *Le tappe del pensiero sociologico*, Milano, 1989, p. 145.
[30] K. MARX - F. ENGELS, *Manifesto del partito comunista*, Roma, 2000, p. 26.
[31] K. MARX - F. ENGELS, *Manifesto del partito comunista*, Roma, 2000, pp. 34-35.
[32] A. LABRIOLA, *Del materialismo storico*, Appendice.
[33] «*In altre parole, esso è una sovrastruttura, e, come tale, non ha una sua propria storia, autonoma da quella del modo di produzione*». Cfr. R. GUASTINI, *Marx. Dalla filosofia del diritto alla scienza della società*, Bologna, 1974, p. 300.

storica e da parte di una classe sociale determinata[34], riflette cioè in sostanza la volontà di classe, della classe da cui promana e gli interessi della quale è destinato a difendere.

L'esperienza della dogmatica giuridica sovietica conferma tutto quanto fin qui illustrato.

Del resto è proprio Evgenij Pašukanis, esponente di spicco della suddetta dogmatica, che sancisce come sia «*indubbio che la teoria marxista deve non soltanto analizzare il contenuto materiale della regolamentazione giuridica nelle varie epoche storiche, ma dare altresì una spiegazione materialistica alla stessa regolamentazione giuridica come forma storicamente determinata*»[35].

L'elemento della volontà dunque è l'unico che fonda il diritto, diritto che a sua volta, proprio per questa sua natura volontaristica, non precede più lo Stato e la società, ma ne rappresenta semmai il diretto riflesso, come nota Umberto Cerroni in relazione alla teoria giuridica del sovietico Peteris Stučka: «*Se il diritto è una derivazione del rapporto economico di scambio, la norma statuale che lo formula coattivamente è invece concepita come un atto di volontà compiuto da un organismo – lo Stato – che è soltanto strumento e cioè consapevole invenzione della classe dominante*»[36].

Per questo suo fondamento volontaristico, il diritto marxista viene a coincidere sostanzialmente con la politica che lo emana e che ne decide le sorti, per cui non è più la politica subordinata alle regole del diritto, ma quest'ultimo sottomesso alle esigenze della politica.

In questo senso non avrebbe potuto essere più chiaro il Procuratore Generale dell'Unione Sovietica Andrei Vyšinskij: «*Il diritto è, ovviamente, una categoria politica. Alla base del diritto sovietico stanno gli interessi politici ed economici degli operai e dei contadini*»[37].

Viene rovesciata in sostanza non soltanto il rapporto tra politica e diritto con la subordinazione del secondo alla prima, ma anche e soprattutto si viola la specifica natura

---

[34] «*Il diritto viene concepito non soltanto come struttura volontaria-normativa, ma anche come struttura materiale reale (rapporto economico-sociale)*». Cfr. U. CERRONI, *Marx e il diritto moderno*, 1962, p. 67.
[35] E. PAŠUKANIS, *La teoria generale del diritto e il marxismo*, in AA.VV., *Teorie sovietiche del diritto*, Milano, 1964, p. 96.
[36] U. CERRONI, *Il pensiero giuridico sovietico*, Roma, 1969, p. 59.
[37] U. CERRONI, *Il pensiero giuridico sovietico*, Roma, 1969, p. 76.

tanto della politica quanto del diritto, essendo la prima vocata alla particolarità mentre il secondo all'universalità[38].

Nell'ambito della esperienza marxista, quindi, il diritto viene privato della sua propria natura e ridotto a strumento del potere, della volontà, della classe dominante, cioè oggi la borghesia, e domani il proletariato.

Come ha precisato Henri Chambre, analizzando questa prospettiva, si possono individuare due caratteristiche, cioè la volontà di cui è sostanziato il diritto marxista e l'esito, esiziale per il diritto, dell'idea di impossessamento dello stesso da parte di quello Stato controllato dalla classe dominante, cioè il suo irrigidimento secondo la formalizzazione statale: «*Il diritto sovietico è definito l'espressione della volontà della classe dominante, i proletari, operai e contadini. Esso è formulato a beneficio di tale classe. Nelle mani dello Stato sovietico che la rappresenta, esso costituisce uno strumento al servizio di questa classe per il raggiungimento dei suoi scopi, l'eliminazione delle vestigia del capitalismo e l'avvento del comunismo. Tuttavia ogni regola esprimente tale volontà o formulata a beneficio della classe dominante, non rappresenta, in virtù di questa sola caratteristica, il diritto. Per divenire diritto, questa regola deve aver ricevuto la sanzione dello Stato o esser stata stabilita da una legge di Stato […]. La fonte del diritto sovietico è dunque la legge*»[39].

Esiti teoretici. 1) Appare così il primo dei tre sbocchi a cui conduce la teoria generale marxista del diritto, cioè il formalismo, ovvero l'idea che il diritto altro non sia che un vuoto contenitore, indipendente dalla giustizia e da altri valori e principi metastatali e metapolitici, che può essere riempito con qualsiasi contenuto (politico) vedendo, con le parole di Peteris Stučka, «*nel diritto un fenomeno sociale mutevole anziché una categoria eterna*»[40].

La teoria marxista del diritto risulta essere connotata da un forte formalismo non solo perché intende il rapporto giuridico come un rapporto astratto,[41] ma anche e soprattutto

---

[38] «*Se consideriamo politica e diritto nella loro purezza fenomenologia, la prima si colloca nell'orizzonte della particolarità, mentre il secondo si situa nell'orizzonte dell'universalità. Affermare allora l'essenziale politicità del diritto è, dal punto di vista fenomenologico, un vero non-senso*». Cfr. S. COTTA, *I limiti della politica*, Bologna, 2002, p. 439.

[39] H. CHAMBRE, *Il marxismo nell'Unione Sovietica*, Bologna, 1957, pp. 261-262, p. 264.

[40] P. STUČKA, *La funzione rivoluzionaria del diritto e dello Stato*, in AA.VV., *Teorie sovietiche del diritto*, Milano, 1964, p. 9.

[41] «*Il rapporto giuridico è, per dirla con un termine di Marx, un rapporto astratto*». Cfr. E. PAŠUKANIS, *La teoria generale del diritto e il marxismo*, in AA.VV., *Teorie sovietiche del diritto*, Milano, 1964, p. 112.

perché considera il diritto una mera emanazione dello Stato, secondo la corretta osservazione di Rudolph Schlesinger[42], o, con le parole di Pašukanis, una sovrastruttura derivata e secondaria della statualità[43].

L'elemento della statualità del diritto, come per rimarcare che non c'è diritto oltre ciò che lo Stato come tale sancisce, è perfettamente cristallizzato dalle parole di Vyšinskij: «*Il diritto è un insieme di regole della condotta stabilite dal potere statuale in quanto potere della classe che domina la società, nonché delle consuetudini e delle regole di convivenza sanzionate dal potere statuale e attuate coercitivamente con l'ausilio dell'apparato statuale*»[44].

La teoria marxista del diritto è, insomma, una teoria positivista in quanto positivisti sono i suoi fondatori e i suoi postulatori, e soprattutto perché negando ogni esperibilità del diritto naturale rinchiude la dimensione giuridica nella sua interezza nella formalizzazione statuale della stessa[45].

Tanto la teoria marxista del diritto è talmente formalista da poter essere paragonata a quella di Hans Kelsen, nella sua pretesa di rendere puro il diritto, per bonificarlo da ogni contaminazione etica, religiosa, politica e ricondurne la sostanza a mero fenomeno sociale nella cui autoreferenzialità principia e termina l'intera sua natura, come lo stesso Kelsen scrive: «*La giustizia di un uomo è dunque la giustizia del suo comportamento sociale; e la giustizia del suo comportamento sociale consiste nella conformità ad una norma che, statuendo il valore della giustizia, è anch'essa giusta in questo senso*»[46].

Una tale similitudine con la dottrina kelseniana è stata del resto già confermata, evidenziando che la teoria marxista del diritto vi si adatta quasi millimetricamente come notato da Marco Cossutta le cui conclusioni meritano di essere riportate per esteso: «*La teoria pura e la teoria comunista del diritto considerano il loro oggetto una tecnica di*

---

[42] «*Il marxismo considera il diritto come un'emanazione dello Stato*». Cfr. R. SCHLESINGER, *La teoria del diritto nell'Unione Sovietica*, Torino, 1952, p. 33.

[43] «*Lo Stato, cioè la organizzazione del dominio politico di classe, cresce sul terreno di determinati rapporti di produzione ovvero di determinati rapporti di proprietà. I rapporti di produzione e la loro espressione giuridica costituiscono quel che Marx denominò, seguendo Hegel, società civile. La sovrastruttura giuridica e, in particolare, la statualità ufficiale, è un elemento secondario e derivato*». Cfr. E. PAŠUKANIS, *La teoria generale del diritto e il marxismo*, in AA.VV., *Teorie sovietiche del diritto*, Milano, 1964, p. 134.

[44] U. CERRONI, *Il pensiero giuridico sovietico*, Roma, 1969, p. 74.

[45] «*Sulle questioni che molti teorici occidentali del diritto considerano fondamentali per la loro scienza, Marx ed Engels si sono pronunciati solo occasionalmente, ma in modo da non lasciar dubbio sul fatto che i fondatori del marxismo erano positivisti, in quanto non riconoscevano nessuna specie di diritto naturale*». Cfr. R. SCHLESINGER, *La teoria del diritto nell'Unione Sovietica*, Torino, 1952, p. 34.

[46] H. KELSEN, *Il problema della giustizia*, Torino, 1975, p. 3.

controllo sociale. La operazione che attraverso il diritto si compie è la medesima per entrambe le teorie: organizzare e controllare la società secondo la volontà del ceto dominante. Valori, ideali, diritti inalienabili e così via, appartengono al variegato mondo della soggettività irrazionale che non vincola in alcun modo la attività del Legislatore e perciò non può né deve venire assunta ad oggetto di riflessione di una scienza giuridica. Il diritto viene, dunque, rappresentato come uno strumento inanimato, un recipiente aperto a qualsivoglia contenuto, un oggetto a disposizione di chiunque abbia la forza per conquistarlo»[47].

2) Il formalismo che caratterizza la teoria marxista del diritto, del resto, è l'unico rimedio, tuttavia pur sempre inefficace, per contravvenire al secondo esito a cui la stessa teoria inevitabilmente conduce, cioè il relativismo.

Essendo negata ogni essenza del diritto, ogni possibilità di conoscere questa essenza, e rendendo il diritto, come già rilevato, un mero guscio formale estraneo alla giustizia e in grado di contenere qualsiasi volontà di qualunque classe dominante che ne detenga il controllo, la dimensione giuridica privata di ogni ancora ontologica ed assiologica, viene in definitiva abbandonata ai fortunali del relativismo.

Lo stesso Marx in fondo confessa: «*La mia ricerca arrivò alla conclusione che tanto i rapporti giuridici quanto le forme dello Stato non possono essere compresi né per sé stessi, né per la cosiddetta evoluzione generale dello spirito umano, ma hanno le loro radici, piuttosto, nei rapporti materiali dell'esistenza*»[48].

Al mutare dei rapporti materiali dell'esistenza, con tutta evidenza, non può che mutare conseguentemente soprattutto il diritto – specialmente nella sua accezione di codice etico – in quanto non più legato a principi universali e razionali, ma soltanto contingenti, determinati dai giochi di forza sui mezzi di produzione nella lotta tra le classi per il controllo degli stessi.

Se, infatti, Marx nega ogni fondamento sostanziale del diritto, cioè in ultima analisi la configurabilità del diritto naturale, rimettendo, come già visto, tutto il diritto al potere dello Stato e della classe sociale che vi domina, l'effetto primario sarà quello di relativizzare, dopo aver relativizzato la coscienza[49], la stessa concezione del diritto.

---

[47] M. COSSUTTA, *Formalismo sovietico*, Napoli, 1992, p. 94.
[48] K. MARX, *Per la critica dell'economia politica*, Milano, 2009, p. 16.
[49] «*Marx ha relativizzato le forme della coscienza e l'essere sociale fondato sulla produzione materiale*». Cfr. C. FAILLA, *Introduzione a Marx. Pro e contro*, Brescia, 1977, p. 89.

Sull'assunto per cui, come evidenziato da André Gide, «*secondo la dottrina marxista la verità non esiste, per lo meno in senso assoluto, c'è soltanto una verità relativa*»[50], anche il diritto viene investito da questa visione relativistica che rappresenta all'un tempo la premessa necessaria e la logica conclusione della teoria generale marxista del diritto, senza la quale, addirittura, per utilizzare le parole di Giacomo Perticone, «*i vincoli e le premesse dottrinali si sciolgono e cadono, se non si accetta un punto di vista relativistico, così sul terreno economico come sul terreno morale*»[51].

In questo senso Mikhail Rejsner non avrebbe potuto esprimersi più chiaramente: «*Il diritto si sviluppa in sistemi ideologici di classe separati […]. Il diritto civile della borghesia domina su ogni altro […]. Il proletariato crea il suo proprio diritto di classe […]. Il diritto socialista della classe operaia*»[52].

Ogni epoca storica ha un proprio diritto; ogni società di ogni epoca storica ha un proprio diritto; ogni classe di ogni società di ogni epoca storica ha un proprio diritto; ciascuno elabora il proprio diritto; il diritto cessa così di essere una manifestazione universale della relazionalità umana e diventa, tramite l'interpretazione che di esso opera la teoria generale marxista, uno strumento di potere, di lotta, di divisione.

Il relativismo, quindi, secondo la sua tipica modalità diffusa e diffusiva[53], si manifesta come il pensiero nel pensiero, cioè come un elemento strutturale del marxismo, o, se si preferisce, come un esito inevitabile del pensiero marxista preso sul serio.

Tuttavia, se è vero che «*il relativista ritiene che non esista alcun criterio per affermare che taluni assetti sociali – o taluni stili comportamentali – siano migliori di altri*»[54], è anche pur vero che questo tratto costitutivo e sostanzialmente caratterizzante del marxismo, ne costituisce una delle più palesi contraddizioni interne.

Contraddizione che viene tanto in luce quanto più si considera che Marx intendeva de-ideologizzare il diritto[55], depurarlo della sua dimensione politica, sottrarlo al dominio

---

[50] A. GIDE, *Sulla soglia*, in *Il Dio che è fallito*, Milano, 1992, p. 222.
[51] G. PERTICONE, *Storia del socialismo*, Roma, 1946, p. 549.
[52] M. REJSNER, *Ogni classe ha il suo diritto*, in *Marxismo e teorie del diritto*, a cura di R. GUASTINI, Bologna, 1980, pp. 103-106.
[53] «*Il relativismo non ha un centro e non è mai in un luogo preciso […]. E questo conferma un fatto: il relativismo non è una filosofia. È una ideologia*». Cfr. G. JERVIS, *Contro il relativismo*, Bari, 2005, p. 54.
[54] G. JERVIS, *Contro il relativismo*, Bari, 2005, p. 36.
[55] Osserva in proposito Massimo Cacciari: «*Ideologia per Marx non significa più soltanto una forma del pensiero che mistifica il nesso tra teoria e prassi, che universalizza un punto di vista storicamente determinato, occultando in tal modo la propria condizionatezza. Ideologico, per Marx, è il funzionamento stesso del rapporto sociale di produzione, che la grande forza rivoluzionaria del capitalismo instaura e*

della classe dominante, ma alla fine lo ha reso più ideologico di quanto non fosse, più politico di quanto non pensasse e strumento di una nuova classe dominante, cioè il proletariato.

Aporie interne di un sistema, quello marxista, che ha reso prettamente politico il diritto, come attesta la serratissima critica di chi, come Hans Kelsen, ha sempre tentato di compiere (invano) una analoga operazione di purificazione del diritto[56].

Di un tale armamentario relativistico di cui dispone il marxismo si sono avvalsi, comunque, ovviamente i teorici marxisti del diritto, come per esempio esplicita Peteris Stučka allorquando risponde alla domanda che cos'è il diritto?: «*In primo luogo il diritto è un sistema o un ordinamento dei rapporti sociali, in secondo luogo, l'elemento determinante di questo ordinamento o sistema è l'interesse della classe dominante, e in terzo luogo, questo sistema o ordinamento dei rapporti sociali si attua in forma organizzata, vale a dire viene sanzionato e tutelato dalle violazioni dalla organizzazione della classe dominante, cioè dallo Stato*»[57].

3) Il diritto non ha dunque una propria natura e una propria sostanza, ma riflette soltanto le dinamiche socio-economiche storicamente determinate.

Un tale relativismo, però, è sempre un metodo con cui si esprime qualcosa di ben più radicale e profondo, cioè il nichilismo, come ha giustamente puntualizzato Gianfranco Morra: «*Il relativismo altro non è se non la metodologia del nichilismo*»[58].

Tuttavia, e qui si giunge finalmente al terzo esito nonché al cuore dell'intera problematica, se il diritto assume soltanto un ruolo servile rispetto alle dinamiche della lotta di classe che imperversa lungo la storia e dunque non ha una propria natura, cioè una propria verità, il diritto, in definitiva, non esiste e, soprattutto, non deve esistere.

In fondo Marx stesso non avrebbe potuto essere più chiaro in questo senso scrivendo nel suo "Manifesto" la direzione programmatica da seguire in merito alla verità: «*Il*

---

che è destinata ad affermarsi sull'intero pianeta». Cfr. M. CACCIARI, voce "Ideologia", in *Enciclopedia filosofica*, Milano, 2006, Vol. 6, p. 5485.

[56] «*Il carattere ideologico della teoria sovietica del diritto è la conseguenza inevitabile del principio di Marx, contrario al postulato anti-ideologico, che la scienza sociale in generale, e la scienza dello Stato e del diritto in particolare, deve essere politica, vale a dire deve risultare in formule che possano venire usate come strumenti nella lotta politica di un gruppo contro un altro. Lo stato deplorevole della teoria giuridica sovietica, degradata ad ancella del governo sovietico, dovrebbe essere un ammonimento severo agli studiosi di scienze sociali, che la vera scienza sociale è possibile solo a condizione che sia indipendente dalla politica*». Cfr. H. KELSEN, *La teoria comunista del diritto*, Milano, 1956, p. 298.

[57] P. STUČKA, *La concezione marxista del diritto*, in *La funzione rivoluzionaria del diritto e dello Stato e altri scritti*, Torino, 1967, p. 394.

[58] G. MORRA, *La scure del nulla*, L'Aquila, 1984, p. 154.

comunismo abolisce le verità eterne, abolisce la religione, la morale, invece di trasformarle; quindi il comunismo si mette in contraddizione con tutti gli svolgimenti storici avuti sinora»[59].

Se il marxismo abolisce le verità eterne come retaggi del dominio oppressivo della borghesia, abolisce anche lo Stato, e quindi il diritto, come momenti di massima espressione di tale retaggio.

Lo Stato e il diritto, nella prospettiva marxista devono dunque estinguersi, anzi tutta la tensione della rivoluzione proletaria ad altro non serve se non al raggiungimento diretto di questo obiettivo, ovvero nientificare lo Stato e soprattutto il diritto.

Non è un caso, quindi, che nella celebre lettera che Engels scrive a Babel giustifichi la posizione dei marxisti contro le accuse degli anarchici, ricordando proprio che nella logica del marxismo lo Stato e il diritto saranno definitivamente e finalmente dissolti: «*Gli anarchici ci hanno rinfacciato fino alla nausea lo Stato popolare, benché già il libro di Marx contro Proudhon e in seguito il Manifesto comunista dicano esplicitamente che con l'instaurazione del regime sociale socialista lo Stato si dissolve da sé e scompare*»[60].

Lo stesso Lenin, diversi anni dopo, entrando nella contesa con gli anarchici e con tutti quei socialdemocratici che in Europa, a suo dire, avevano intanto deformato gli assi portanti e i principi cardine del pensiero di Marx, così scrive proprio nella sua principale opera dedicata al tema dei rapporti tra Stato e rivoluzione: «*La sostituzione dello Stato proletario allo Stato borghese non è possibile senza rivoluzione violenta. La soppressione dello Stato proletario, cioè la soppressione di ogni Stato non è possibile che per via di estinzione […]. Il marxismo ha sempre insegnato che con l'abolizione delle classi si compie anche l'abolizione dello Stato. Il passo a tutti noto dell'Antidühring sull'estinzione dello Stato rimprovera gli anarchici non tanto di essere per l'abolizione dello Stato, quanto di pretendere che sia possibile abolire lo Stato dall'oggi al domani*»[61].

La lotta marxista si risolve quindi in una lotta contro lo Stato (che si dissolve) e, soprattutto, in una lotta contro il diritto, inteso nella sua accezione di dimensione giuridica dell'esistenza in generale, come ricorda nel 1923 il giurista sovietico Aleksandr

---

[59] K. MARX - F. ENGELS, *Manifesto del partito comunista*, Roma, 2000, p. 39. Cfr. altresì G. RINALDI, *L'etica dell'idealismo moderno*, Roma, 2016, pp. 593-597; G. GENTILE, *La filosofia di Marx. Studi critici*, in "Opere complete", Firenze, 1959, Vol. XXVIII, pp. 46-48 e p. 155.

[60] F. ENGELS, *Lettere sulla critica del programma di Gotha di Karl Marx*, in K. MARX, *Critica al programma di Gotha*, Bolsena, 2008, p. 94.

[61] LENIN, *Stato e rivoluzione*, Napoli, 2001, pp. 33-73.

Gojhbarg: «*Noi ci rifiutiamo di vedere nel diritto una idea utile alla classe operaia. Lo Stato feudale era uno Stato di diritto divino, uno Stato religioso. La borghesia chiama il suo Stato uno Stato legale. Religione e diritto sono le ideologie della classe dominante di cui l'una sta gradualmente sostituendo l'altra. Se ora noi siamo condotti a lottare contro l'ideologia religiosa, giunti ad un livello più elevato dovremo lottare contro l'ideologia giuridica*»[62].

Del resto, partendo dalla ricognizione storica compiuta da Guido Fassò secondo cui «*nell'Ideologia tedesca, scritta dal Marx e dall'Engels congiuntamente, non soltanto il diritto in forma di legge è dichiarato incompatibile con il comunismo, ma il diritto in generale*»[63], non si può che convenire con gli autori della presentazione dell'edizione italiana del Codice Civile della Russia sovietica, tradotto dal celebre studioso di diritto sovietico Tommaso Napolitano, secondo i quali «*quell'avversione per le forme e i principi giuridici tradizionali, già presupposta nel Manifesto e per certi aspetti implicita nella concezione storica del marxismo, assumeva in Russia, nella propaganda rivoluzionaria, un tono di più aperta ostilità, che si esprimeva assai spesso in una negazione dell'idea stessa del diritto*»[64].

Così, infatti, scrive Pašukanis: «*La sparizione delle categorie del diritto borghese non significa in alcun caso la loro sostituzione con nuove categorie di un diritto proletario… La sparizione delle categorie del diritto borghese significa in queste condizioni la sparizione del diritto in generale, cioè la sparizione progressiva del momento giuridico nei rapporti tra gli uomini*»[65].

La teoria generale marxista del diritto si risolve per essere, in buona sostanza, una teoria negatrice del diritto, una teoria che tende ad annichilire la dimensione giuridica della realtà, disconoscendone all'un tempo la natura e lo scopo.

Tuttavia, questo nichilismo giuridico – come del resto quelli etico e ontologico quale cifra del pensiero gnostico – che sembra così coerente nel pensiero marxista non è del tutto inedito in quanto «*filosoficamente parlando, la teoria dell'Auflösung* [dissoluzione n.d.a.] *di Stato e diritto sembra essere la ripresa contemporanea di un antichissimo tema*

---

[62] H. CHAMBRE, *Il marxismo nell'Unione Sovietica*, Bologna, 1957, p. 247.
[63] G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, Bologna, 1970, Vol. III, p. 162.
[64] A. DE CAPUA - M. BATTAGLINI - V. MARTUSCELLI, *Il Codice Civile della Russia sovietica*, Milano, 1946, p. 4.
[65] H. CHAMBRE, *Il marxismo nell'Unione Sovietica*, Bologna, 1957, p. 254.

ricorrente nella storia del pensiero giuridico e politico: ossia l'idea della totale liberazione dell'uomo dai suoi limiti»[66].

Si consideri inoltre che come l'ateismo marxista non si limita ad essere contemplativo, ma diviene un vero e proprio ateismo positivo, cioè un antiteismo, così il suo connaturato nichilismo giuridico non rimane al livello della mera teoria, ma diviene concreto antigiuridismo, come del resto accade ogni volta che il diritto viene subordinato alla politica o all'ideologia secondo quanto precisato da Sergio Cotta: «*L'antigiuridicismo attuale[…] non tende a sostituirgli la carità, come voleva Carnelutti; né, attraverso un approfondimento della dimensione umana del diritto, apre la via a penetrare nella regione ulteriore della morale, come proponeva Capograssi. Ma l'antigiuridicismo piuttosto lo subordina[…] alla politica e alla ideologia*»[67].

Tutto ciò non può che ripercuotersi sulla prima dimensione di senso del diritto che viene ad essere così travolta e stravolta, cioè la persona.

B) La persona.

La negazione ultima. Avendo compiutamente inquadrato la negazione risoluta del diritto in cui si risolve il marxismo, occorre adesso brevemente esaminare quanto una tale negazione produca i suoi effetti pratici sul concetto di persona, rappresentando anche di quest'ultimo la negazione così radicale da non poter più essere invocato come fondamento dei diritti più basilari.

I medesimi presupposti teorici del marxismo, cioè l'ateismo, lo storicismo e l'economicismo, che si sono già esaminati relativamente al diritto nel suo complesso trovano la stessa applicazione anche nel caso della definizione di persona che diviene l'orizzonte della negazione ultima dell'antigiuridismo connaturato al marxismo.

Avendo eliminato ogni fondamento metafisico, come per il caso del diritto, anche la definizione di persona non può che essere parziale nell'ottica marxista ed essere ricondotta ad una forma di umanesimo materialistico e deterministico.

Nel 1844 lo stesso Marx estrinseca la sua idea intorno all'uomo, uomo che è, al pari di ogni altro fenomeno dell'esistenza, economicamente interpretato e definito, infatti, mera «*merce umana*»[68].

---

[66] D. COCCOPALMERIO, *Dogmatismo e storicità del marxismo. Politica e diritto nell'esperienza comunista*, Milano, 1984, p. 138.
[67] S. COTTA, *I limiti della politica*, Bologna, 2002, p. 431.
[68] K. MARX, *Manoscritti economico-filosofici del 1844*, Torino, 2004, p. 86.

L'essere umano, oltre il proprio fisico involucro corporeo, non ha alcuna giustificazione ontologica che possa rendere ragione della propria essenza e natura, ma è soltanto determinato, come il resto della vita e del mondo, dalle dinamiche sul controllo dei fattori di produzione e quindi, in definitiva, è deterministicamente inteso come il prodotto delle dinamiche sociali secondo quanto provano le riflessioni di Adam Schaff che così difende l'umanesimo marxista: «*La personalità non è un'entità spirituale, essa è un prodotto sociale, è funzione dei rapporti sociali, dei rapporti che intercorrono fra gl'individui concreti. Ne consegue che la personalità umana è storicamente mutevole poiché mutevoli sono le condizioni che la determinano*»[69].

Marx personalmente, infatti, chiarisce che «*come la società stessa produce l'uomo in quanto uomo, cosi l'uomo produce la società*»[70].

Ciò significa che l'ente uomo non è identificabile secondo una sua determinata essenza, che come tale sia universale, nel tempo e nella comunanza a tutta l'umanità, ma l'ontologia dell'uomo non solo viene dal marxismo ancorata al succedersi dei fenomeni storici, cioè alla continua mutevolezza nel tempo e del tempo, ma a ciò che si individua come più mutevole in ogni ambito storico, cioè appunto la dinamica socio-economica[71].

L'uomo assume una connotazione del tutto nuova poiché perde la sua qualifica di ente della natura determinato nella sua essenza, e diventa un prodotto mutevole del *πάντα ρει* della storia[72], benché non si riferisca a quella storia universale (Geschichte) che Hegel magistralmente dipinge come il risultato dell'ingresso nel mondo del principio cristiano, cioè «*il progresso della coscienza della libertà*»[73], ma la *semplice* storia (Historie) della proprietà dei mezzi di produzione[74].

Se, infatti, Hegel, il pensiero del quale è sistematicamente rovesciato da Marx come perseguitato dalla voglia di scardinare e ribaltare l'intero idealismo tedesco, nel

---

[69] A. SCHAFF, *Il marxismo e la persona umana*, Milano, 1966, p. 104.
[70] K. MARX, *Manoscritti economico-filosofici del 1844*, Torino, 2004, p. 109.
[71] «*Non è la coscienza degli uomini che determina il loro essere, ma è, al contrario, il loro essere sociale che determina la loro coscienza*». Cfr. F. ENGELS, *Recensione*, in K. MARX, *Per la critica dell'economia politica*, Milano, 2009, p. 237.
[72] Così del resto nota lo stesso marxista I. SVITAK: «*Se si vuole definire l'uomo, il miglior modo per farlo è tramite la sua storia. L'uomo è una storia delle sue proprie definizioni, la determinazione di se stesso*». Cfr. I. SVITAK, *Le origini dell'umanesimo socialista*, in *L'umanesimo Socialista*, a cura di E. FROMM, Bari, 1971, p. 32.
[73] G. W. F. HEGEL, *Lezioni sulla filosofia della storia*, Firenze, 1981, p. 47.
[74] «*Tutti i rapporti di proprietà sono sempre stati soggetti ad un continuo mutamento storico, ad una continua trasformazione storica*». Cfr. K. MARX - F. ENGELS, *Manifesto del partito comunista*, Roma, 1994, p. 30.

solco della migliore tradizione del pensiero occidentale, identifica con precisione l'essenza costitutiva dell'uomo, cioè la sua specifica ed unica sostanza razionale: «*L'uomo sa di se stesso, e ciò lo distingue dall'animale. Egli è pensante: ma pensare è aver scienza dell'universale[…]. Ciò che l'uomo è realmente, dev'esserlo idealmente. Avendo coscienza del reale come ideale, esso cessa di essere qualcosa di puramente naturale, dedito solo alle sue immediate intuizioni e tendenze, alla loro soddisfazione e produzione. Che egli abbia coscienza di questo si manifesta nel fatto che egli frena i suoi istinti: tra l'impulso dell'istinto e la soddisfazione egli pone l'ideale, il pensiero. Nell'animale i due momenti coincidono; esso non scinde da sé questo nesso, che può essere interrotto solo dal dolore o dal timore*»[75], per Marx, invece, l'ente uomo non solo non è più determinato, ma non è neanche determinabile, poiché – sempre nell'ottica marxiana – l'uomo è un *Gattungswesen*, cioè un "ente generico"[76].

Sul punto occorre una particolare attenzione.

Normalmente la formula marxiana *Gattungswesen* viene tradotta con l'allocuzione "ente appartenente ad una specie" o anche "ente della specie", mostrando non già un errore di traduzione, ma una semplice disattenzione che può però condurre ad uno sviamento drammatico e significativo dall'autentico pensiero di Marx.

In lingua tedesca, infatti, il vocabolo *Wesen* ha un duplice significato: può da un lato essere tradotto come *ente* e dall'altro anche come *essenza*, può cioè essere descrittivo sia dell'*esistente* sia dell'*essenziale*, può in definitiva rappresentare sia *ciò che esiste*, l'ente appunto, sia *ciò che rende un ente ciò che è*, ovvero la sua essenza, la sua sostanza, la sua dimensione ontologica[77].

La radice *Gattungs*, invece, significa letteralmente *generico*, dunque associandola a *Wesen* risulta più propria la traduzione di *ente generico*.

Del resto se Marx con *Wesen* avesse voluto indicare l'*essenza*, cioè ciò che rende ogni ente ciò che è, che lo sottende, cioè che lo specifica, non avrebbe avuto motivo di aggiungere *Gattungs*, rischiando una contraddizione logica, in quanto *Gattungs* possiede

---

[75] G. W. F. HEGEL, *Lezioni sulla filosofia della storia*, Firenze, 1981, p. 40.

[76] «*Una conseguenza immediata del fatto che l'uomo è reso estraneo al prodotto del suo lavoro, della sua attività vitale, al suo essere generico, è l'estraniazione dell'uomo dall'uomo*». Cfr. K. MARX, *Manoscritti economico-filosofici del 1844*, Torino, 2004, p. 76.

[77] È sufficiente consultare un qualunque dizionario della lingua tedesca per rendersi conto dell'inesattezza che viene correntemente riprodotta nelle traduzioni delle parole di Marx. Personalmente ho consultato la voce *Wesen* nel *Dizionario Tedesco-Italiano e Italiano-Tedesco*, Firenze, 1975.

al contrario un significato che proprio dalla specificazione si allontana, ad essa addirittura, si potrebbe affermare con tutta evidenza, si oppone, essendo logico e palese che la *genericità* sia l'opposto della *specificità*[78].

Inoltre il tutto appare ancor più chiaro analizzando la complessità del pensiero di Marx, esplicando, cioè, ciò che egli intende con *ente generico*, o meglio, il significato che "ente generico" assume incardinandosi, sistematizzandosi all'interno del suo pensiero.

Considerando l'uomo un *ente generico* Marx elimina il problema dell'essenza dell'ente uomo, e trasformando l'uomo in un semplice *contenitore* che di volta in volta, al mutare delle varie epoche storiche e al conseguente mutare delle varie fasi dello sviluppo storico della proprietà dei mezzi di produzione, assume un contenuto sempre diverso.

Marx, in sostanza, dapprima relativizza l'ente uomo, agganciandone l'essenza alla logica della dialettica storica sulla proprietà dei mezzi di produzione, quindi si dirige verso un evidente processo di *nientificazione* (*Nichtung*) dell'ente uomo, che diventa, appunto, un *ente generico*, sfociando così in una palese forma nichilismo: l'umanesimo nichilista marxiano appunto.

Il nichilismo a cui si perviene seguendo l'idea del *Gattungswesen* si evidenzia tanto più quanto si delinea il modo con cui Marx elimina, *nientifica*, annulla, l'essenza e il problema dell'essenza dell'ente uomo.

Il Trevirita, infatti, procede all'un tempo al sovvertimento dei rapporti che si potrebbero definire di *causa-effetto* tra l'uomo e la società – come più sopra già si è appurato – e ad una elisione della dimensione metafisica dell'uomo, cioè alla *eliminazione* (*Vernichtung*) della verità sulla sua essenza[79].

Dunque in Marx l'essenza dell'uomo è sferzata dai colpi di un fortissimo nichilismo che la riduce a mera sovrastruttura, poiché ciò che è rilevante e strutturale è il complesso dei rapporti materiali, ovvero «*l'insieme di questi rapporti di produzione costituisce la struttura economica della società, ossia la base reale sulla quale si eleva una sovrastruttura giuridica e politica e alla quale corrispondono forme determinate*

---

[78] Il discorso sarebbe stato diverso – avvalorando dunque le ordinarie e correnti traduzioni di questo termine – se Marx avesse voluto intendere invece di una genericità dell'ente uomo, espressamente una sua specificità, utilizzando più univocamente il termine *Gattung* o *Geschlichte* (specie) e non *Gattungs* (generico).

[79] Così Martin Heidegger definisce la metafisica: «*La verità sull'ente nel suo insieme si chiama fin dall'antichità metafisica*». Cfr. M. HEIDEGGER, *Il nichilismo europeo*, Milano, 2006, p. 30.

della coscienza sociale. Il modo di produzione della vita materiale condiziona, in generale, il processo sociale, politico e spirituale della vita»[80].

Il nichilismo marxiano trova compimento proprio nella eliminazione della metafisica, quella che per il filosofo tedesco è mera sovrastruttura, poiché – per utilizzare le parole di Heidegger - «*la fine della metafisica si svela quale decadenza del dominio del soprasensibile e degli ideali che ne scaturiscono*»[81].

Il nichilistico *Gattungswesen* marxiano peraltro trova notevoli assonanze concettuali con il nichilismo per definizione, cioè quello strutturalmente definito da Friedrich Nietzsche.

Se, infatti, per Marx l'uomo è un *ente generico*, è bene ricordare che per Nietzsche l'uomo si configura come «*l'animale non ancora determinato*»[82].

L'umanesimo marxista allora è un falso umanesimo proprio in considerazione degli esiti nichilistici a cui perviene non solo sulla generale dimensione giuridica che include, ovviamente, i diritti fondamentali della persona[83], ma anche e soprattutto sulla pensabilità stessa della persona medesima.

Sia l'elisione della dimensione ontologica dell'essere umano, soprattutto come valore etico universale[84], soppiantata dalla prospettiva sociologica, sia l'elisione della dimensione trascendente che lega l'umano al divino, comporta non solo l'eliminazione della verità, della verità terza rispetto a chi la conosce (l'uomo), ma anche e soprattutto, come la storia insegna, a lungo andare perviene inevitabilmente all'eliminazione dell'uomo medesimo, poiché, con le parole di Nikolaj Berdjaev: «*Là dove non c'è Dio, non c'è l'uomo*»[85].

---

[80] K. MARX, *Per la critica dell'economia politica*, Milano, 2009, pp. 16-17.
[81] M. HEIDEGGER, *Il nichilismo europeo*, Milano, 2006, p. 30.
[82] F. NIETZSCHE, *Al di là del bene e del male*, Milano, 1996, II, 62, p. 104.
[83] «*Il carattere sistematico della critica marxiana dei diritti umani si scontra, nel tentativo della sua evidenziazione, col fatto che, come è stato rilevato, non esiste nell'opera di Marx una teoria dei diritti umani intesa in senso stretto ed apertamente formulata. Ciò è dovuto alla pari mancante formulazione sia di una teoria dello Stato che del diritto o dell'etica che della problematica dei diritti umani costituiscono i parametri fondamentali di individuazione*». Cfr. A.M. REVEDIN, *La negazione teoretica*, Padova, 1985, p. 66.
[84] «*Il materialismo di Marx è appunto negazione di valori etici universali in nome della rivoluzione totale. Quindi inglobamento dei valori nell'unico valore della rivoluzione, inglobamento che non può non portare alla totale dissoluzione dell'etica nella politica*». Cfr. A. DEL NOCE, *Verità e ragione nella storia: antologia di scritti*, Milano, 2007, p. 145.
[85] N. BERDJAEV, *Nuovo medioevo*, Roma, 2000, p. 69.

Il marxismo, dunque, si risolve per essere ben più di una semplice tendenza verso il nulla[86], ma è una vera e propria forma – sebbene elaborata e contorta – di nichilismo etico, giuridico e antropologico, così da poter accogliere integralmente le lucide considerazioni di Kostas Axelos che ha perfettamente intuito e sintetizzato l'autentica e profonda essenza del pensiero marxista, cioè la sua potenza nientificatrice: «*In Marx v'è ciò che nessuno osò vedere: una straordinaria passione per il nulla, una sconvolgente volontà di superamento. L'intera prospettiva marxiana si concentra su questo punto: sopprimere, annientare, superare*»[87].

C) Le conseguenze pratiche.

Famiglia e identità personale. Gli esempi concreti in cui il predelineato edificio teorico (vuoto all'interno poiché sorretto soltanto dalla forza negatrice della sostanza ultima del diritto e della persona) ha trovato e tutt'ora trova applicazione potrebbero essere molteplici[88], ma due su tutti gli altri sono necessariamente da prendere in considerazione – sebbene in modo senza dubbio estremamente sintetico – in virtù non soltanto della loro importanza intrinseca, ma soprattutto perché decisamente attuali e preponderanti nel discorso giuridico odierno, cioè la famiglia e l'identità personale.

La famiglia, nella prospettiva marxista, altro non è che uno degli strumenti della borghesia con cui quest'ultima esercita la sua oppressione, e tutti i contrasti di classe trovano nella famiglia l'origine archetipica della conflittualità di classe secondo lo schema dicotomico oppressori-oppressi, in cui l'uomo opprime la donna; così scrive sul punto Marx citato da Engels: «*La moderna famiglia contiene in germe non solo la schiavitù, ma anche la servitù della gleba[…]. Essa contiene in sé, in miniatura, tutti gli antagonismi che si svilupperanno più tardi largamente nella società e nel suo Stato*»[89].

Esplicitamente in questo senso si è pronunciato Engels il quale appunto così ha avuto modo di scrivere: «*Il primo contrasto di classe che compare nella storia coincide con lo sviluppo dell'antagonismo tra uomo e donna nel matrimonio monogamico, e la prima*

---

[86] «*Il socialismo è una manifestazione di questa tendenza all'autodistruzione, al Nulla, specificamente per ciò che concerne l'organizzazione della società*». Cfr. I. ŠAFAREVIČ, *Il socialismo come fenomeno storico mondiale*, Milano, 1999, pp. 420-421.
[87] K. AXELOS, *Marx pensatore della tecnica*, Milano, 1963, p. 344.
[88] In merito cfr. E. SAMEK LODOVICI, *Metamorfosi della gnosi. Quadri della dissoluzione contemporanea*, Milano, 1979, pp. 138-147.
[89] F. Engels, *L'origine della famiglia, della proprietà privata e dello Stato*, Roma, 2005, p. 85.

oppressione di classe coincide con quella del sesso femminile da parte di quello maschile»[90].

Anche la famiglia, sia come istituto giuridico che come elemento sociale, subisce la medesima sorte del diritto e dell'intera società, per cui come nella visione marxista, non è più l'uomo che forgia la società, ma la società che forgia l'uomo, così non è più la famiglia che determina la società, ma la società che determina la famiglia[91], come ribadisce proprio Marx secondo il quale, infatti, «*il comunismo si distingue da tutti i movimenti finora esistiti in quanto rovescia la base di tutti i rapporti di produzione e le forme di relazione finora esistite*»[92].

La conseguenza diretta è chiaramente quella per cui al mutare dei rapporti sociali e delle condizioni economiche, cioè al mutare della classe sociale che controlla i fattori di produzione, deve necessariamente mutare anche l'idea di famiglia, di matrimonio, di morale sessuale, di rapporti tra le generazioni.

Tanto si deduce cristallinamente dal pensiero di Alexandra Kollontaj in tema di regolamentazione statale delle relazioni sessuali secondo i nuovi canoni della moralità e della giuridicità che la rivoluzione bolscevica ha condotto con sè: «*Ogni epoca storica ha un suo ideale del matrimonio e della moralità sessuale. Differenti sistemi economici hanno differenti codici morali. Non solo ad ogni stadio dello sviluppo sociale, ma ad ogni classe corrisponde una moralità sessuale*»[93].

Ecco quindi che se non esistono più una morale sessuale e famigliare universale e una universalmente valida forma di famiglia, tutto è concesso e la famiglia diviene un vero e proprio laboratorio di ingegneria sociale in cui poter sperimentare i modelli di unione e di regolamentazione più corrispondenti a questo assunto.

Il pensiero marxista riversa, proprio sull'istituto della famiglia, tutta la propria carica antigiuridista, tramite la diffusione dell'idea per cui esistendo tanti modelli famigliari quante sono le dinamiche sociali che li determinano, la famiglia in definitiva non esiste e

---

[90] F. ENGELS, *L'origine della famiglia, della proprietà privata e dello Stato*, Roma, 2005, p. 93.
[91] Per approfondire le relazioni tra tutela della famiglia e solidità regime democratico cfr. A. R. VITALE, *Introduzione alla bioetica. Temi e problemi attuali*, Rimini, 2019, p. 55 ss.
[92] K. MARX, *L'ideologia tedesca*, in *Scritti filosofici giovanili*, Milano, 1996, pp. 275-276.
[93] A. KOLLONTAJ, *Tesi sulla moralità comunista nella sfera delle relazioni matrimoniali,* 1921. Per ulteriori approfondimenti sul tema cfr. C. CARPINELLI, *Donne e famiglia nella Russia sovietica*, Milano, 1998.

se esiste dovrà scomparire alla pari di tutte le altre sovrastrutture della civiltà borghese occidentale[94].

Quanto ancora oggi una tale visione influenzi l'elaborazione giuridica (dottrinale, giurisprudenziale e legislativa) sull'istituto della famiglia, è così evidente per tutti che non si richiedono specifici sforzi probatori in tal senso: sia sufficiente richiamare la crescente legalizzazione delle unioni di fatto, del matrimonio egualitario per persone del medesimo sesso, e perfino la richiesta di riconoscimento del poliamore[95], così che, seppur con una sommaria ricognizione, si può concludere che se tutto è famiglia, in sostanza, nulla è famiglia perché, in definitiva, la famiglia è nulla.

Del resto, come storicamente accertato, una simile logica ha prodotto nel modo più ampio i propri effetti, anche oltre il tema strettamente legato alla definizione e regolazione della famiglia: si pensi, per esempio, al problema dell'aborto, almeno per come è stato legislativamente affrontato proprio da quell'ordinamento – quello sovietico – che ha preteso di incarnare il pensiero marxista.

Non esistendo criteri universalmente validi, sia di carattere etico che giuridico, la teoria generale sovietico-marxista del diritto ha consentito che anche in tema di aborto non si potessero tracciare linee definite e definitive, così che la legislazione sul punto fosse da adeguare di volta in volta in base alla mutevolezza delle diverse esigenze socio-economiche determinate.

La prova più diretta, in tal senso, deriva, appunto, dalla continua modifica della disciplina dell'aborto in Unione Sovietica, in cui, nel giro di pochi anni, si è dapprima legalizzato l'aborto, con il decreto del 18 novembre 1920, sull'assunto che la rivoluzione proletaria aveva restituito alla donna il potere sul proprio corpo; con il decreto del 3

---

[94] «*Abolizione della famiglia! Anche i più estremisti si riscaldano parlando di questa ignominiosa intenzione dei comunisti. Su che cosa si basa la famiglia attuale, la famiglia borghese? Sul capitale, sul guadagno privato. Una famiglia completamente sviluppata esiste soltanto per la borghesia: ma essa ha il suo complemento nella coatta mancanza di famiglia del proletario e nella prostituzione pubblica. La famiglia del borghese cade naturalmente col cadere di questo suo complemento ed entrambi scompaiono con la scomparsa del capitale*». Cfr. K. MARX - F. ENGELS, *Manifesto del partito comunista*, Roma, 2000, p. 35.

[95] «*Un giorno il sentimento amoroso potrà essere talmente intenso da implicare più persone alla volta [...]. Nascerà così una nuova tipologia di relazioni che sarà meglio denominare* netloving, *in analogia con* networking*: uomini e donne potranno avere relazioni sentimentali e/o sessuali simultanee, trasparenti e contrattuali con più persone che avranno a loro volta partner multipli. A seconda delle situazioni giuridiche verranno distinte diverse forme di* netloving*: il* poliamore*, in cui ciascuno potrà avere più partner sessuali distinti; la polifamiglia, in cui ciascuno apparterrà a più famiglie; la* polifedeltà*, in cui ciascuno sarà fedele a tutti i membri di un gruppo dalle sessualità multiple*». Cfr. J. ATTALI - S. BONVICINI, *Amori. Storia del rapporto uomo-donna*, Roma, 2008, pp. 224-225.

novembre 1924, tuttavia, l'ampia possibilità di abortire originariamente consentita fu grandemente ristretta sull'assunto che oramai, instaurata la società sovietica e liberata la donna dal giogo della borghesia, si dovesse sottrarre al proletariato il minor numero possibile di vite; quindi la legge del 27 giugno 1936 ha vietato del tutto la possibilità dell'aborto, perché la patria del proletariato libero necessitava della prole per portare avanti la lotta marxista nel mondo e nella storia; infine, il decreto del 5 agosto 1954, legalizzò nuovamente la libertà di ricorrere all'aborto venuta meno l'emergenza di creare nuove generazioni in tempo di guerra[96].

Una ulteriore esemplificazione della pregnanza di una tale prospettiva può essere considerata, risultato sostanzialmente diretto del processo nichilistico che la teoria generale marxista del diritto reca con sé producendo i suoi influssi ancora oggi, guardando alla questione dell'identità personale.

Essendo l'essere umano, secondo la definizione dello stesso Marx, un "ente generico", tale genericità può essere rivestita di qualunque specificità si voglia, sol che lo si voglia e come lo si voglia.

In questo senso la nascita e la diffusione della "recente" ideologia genderista costituisce il più fulgido esempio di ciò che si intende.

L'uomo è un "ente generico" la cui identità viene determinata soltanto dai fattori sociali e storici, così, dunque, anche la sua stessa identità sessuale è determinata non già da una dimensione multifattoriale (corpo e anima), pur sempre ontologica, tuttavia da altri fattori esterni non più legati all'essenza, ma alla storia, alla percezione, alla volontà, alla società.

Ecco in che senso Simone de Beauvoir nel 1949 può scrivere, appunto, che «*donna non si nasce, lo si diventa*»[97]. L'idea che non vi sia una identità sessuata secondo la naturale dicotomia maschile/femminile[98], ma che, invece, ciascuno possa scegliere la

---

[96] Per approfondimenti cfr. G. CODEVILLA, *Dalla rivoluzione bolscevica alla Federazione Russa. Traduzione e commento dei primi atti normativi e dei testi costituzionali*, Milano, 1996, pp. 247-261; e anche T. NAPOLITANO, *Maternità e infanzia nell'URSS. Saggi di legislazione sovietica*, Padova, 1934.

[97] S. DE BEAUVOIR, *Il secondo sesso*, Milano, 2012, p. 271.

[98] «*Si teorizza lo statuto di costruzione del genere in quanto radicalmente indipendente dal sesso, il genere stesso diventa un artificio fluttuante, con la conseguenza che termini come uomo o mascolinità possono significare con la stessa facilità un corpo di sesso sia femminile sia maschile, e termini come donna e femminilità un corpo di sesso sia maschile sia femminile*». Cfr. J. BUTLER, *La disfatta del genere*, Roma, 2006, pp. 11-12.

propria identità costituisce la diretta applicazione di quel principio tutto marxiano per cui l'uomo è appunto un "ente generico".

La dissoluzione dapprima di ogni rapporto con la trascendenza, quindi la disfatta di ogni fondamento metafisico del diritto, e infine la negazione dello statuto ontologico della persona non potevano che condurre ad esiti simili in merito all'identità personale e sessuale, con immaginabili ripercussioni nell'ambito del diritto che, come si ripete oramai quasi ogni giorno, deve garantire l'espressione di una tale polimorfia identitaria: per esempio, concedendo il cambiamento di sesso senza la relativa rettifica dei caratteri biologici[99], o tutelando, da eventuali discriminazioni di qualsiasi tipo, i 23 generi diversi che pare siano stati teorizzati[100].

Il collegamento tra l'antigiuridismo nichilista che caratterizza il marxismo e il pensiero gender odierno è offerto dal ponte del femminismo che radicandosi sul pensiero socialista ha avuto modo di riadattare gli schemi concettuali dello stesso al mondo contemporaneo facendo sopravvivere i principi giuridici e antropologici di base del marxismo alla fine ufficiale del comunismo (almeno nella sua variante "occidentale", cioè europea).

La stessa pretesa di ricomposizione definitiva dei conflitti tra donne e uomini, dentro e fuori la famiglia, attraverso la costituzione di una società androgina è un mito di derivazione precipuamente femminista che il pensiero gendersita odierno ha fatto proprio e sta diffondendo ad ogni livello della cultura e della società[101].

Il pensiero gender, quindi, in qualità di cronologicamente ultima generazione dell'elaborazione del pensiero femminista, di quest'ultimo ha adottato il metodo di lotta attraverso la rivendicazione giuridica dei cosiddetti "nuovi diritti"– come per esempio il diritto di non definire la propria identità sessuale – ma del marxismo ha adottato la matrice concettuale nichilistica per cui ciascuno può rivendicare un proprio diritto non esistendo una verità universale del diritto; del resto come ha sottolineato Natalino Irti, proprio evidenziando i (presunti) vantaggi di un diritto senza verità, «*caduto il vincolo obbligante*

---

[99] Cfr. Corte di Cassazione n. 15138/2015; Corte Costituzionale n. 221/2015; Corte Costituzionale n. 180/2017.

[100] A. R. VITALE, *Gender. Questo sconosciuto*, Verona, 2016, p. 20.

[101] «*Ciò che avremo nella prossima rivoluzione culturale sarà la reintegrazione del maschile con il femminile, per creare una cultura androgina che supera le vette di entrambe le correnti culturali, o anche la somma delle loro integrazioni*». Cfr. S. FIRESTONE, *The dialectic of sex*, in A. CAVARERO - F. RESTAINO, *Le filosofie femministe*, Milano, 2002, p. 149.

della verità, si schiude l'orizzonte delle possibilità. Se nessun diritto è necessario, tutti i diritti sono possibili»[102].

3. Per concludere

In conclusione non si può fare a meno di notare tre aporie o contraddizioni interne al pensiero marxista che si è infranto sulla effettiva dimensione del diritto: la prima riguarda lo scetticismo, di cui è sostanzialmente sovraccarico il pensiero marxista, in merito alla possibilità che l'uomo colga razionalmente la verità del mondo in genere e del diritto in particolare. E proprio perché tale scetticismo informa tutto il pensiero (giuridico) marxista è ancor più paradossale che una dogmatica giuridica sia stata elaborata, anche se soltanto per abrogare la fenomenologia giuridica, poiché, utilizzando le parole di Enrico Opocher, «*lo scettico non può che rinunciare a filosofare, e, in sostanza, tacere, se non vuole che la sua negazione assuma contraddittoriamente un valore assiologico*»[103].

La seconda contraddizione strutturale del pensiero giuridico marxista è la stessa che affligge naturalmente lo storicismo: infatti, la pretesa di quest'ultimo di non scorgere nel pensiero umano nessuna validità universale a fronte di molteplici verità storicamente determinate e sempre transeunti, rappresenta proprio una pretesa universale che contraddice se stessa.

Più chiaramente non avrebbe potuto esprimersi Leo Strauss per il quale «lo storicismo afferma tutti i pensieri e le credenze dell'uomo essere storici, e quindi meritatamente destinati a perire. Ma lo storicismo è anch'esso un pensiero umano: non può dunque aspirare che ad una validità provvisoria: non può essere puramente e semplicemente vero. Sostenere la tesi storicistica significa metterla in dubbio e così trascenderla […]. Lo storicismo con piena incoerenza si esenta dal proprio verdetto circa il pensiero umano, anzi di ciò vive. La tesi storicistica è in sé contraddittoria, è assurda»[104].

La terza contraddizione emerge, infine, da tutto quanto fin qui esaminato, trattandosi di quella relativa all'ideologia.

---

[102] N. IRTI, *Diritto senza verità*, Bari, 2011, p. 17.
[103] E. OPOCHER, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova, 1993, p. 27.
[104] L. STRAUSS, *Diritto naturale e storia*, Genova, 2009, pp. 53-54.

Non solo Marx non è riuscito a de-ideologizzare il diritto, secondo le sue più genuine intenzioni, ma lo ha reso prettamente ideologico, poiché privandolo di ogni verità, abbandonandolo ai tempestosi flutti dei mutamenti storici, consegnandolo ai capricci della politica, come già visto, lo ha svuotato della sua essenza rendendolo strumento di potere per la sua ideologia e per qualsiasi altra ideologia, tanto da costringere i giuristi marxisti a servirsi necessariamente, come in ogni apriorismo ideologico, dell'utilizzo, ben poco giuridico, di schemi prestabiliti[105].

Senza fondamenti metafisici, senza struttura ontologica, senza orizzonte di senso, infatti, la realtà giuridica prospettata dal marxismo si è presenta come una vera e propria forma di "religione sociale", parimenti ad ogni ideologia[106].

Quella marxista, allora, più che una vera e propria teoria generale del diritto è stata piuttosto una ideologia del diritto, che per di più si è rivoltata contro l'oggetto stesso della propria propaganda, cioè appunto la fenomenologia giuridica in sé stessa considerata.

Si può, dunque, ritenere in definitiva che il marxismo è stato, e per molti versi ancora oggi è, la forma più vasta, completa, radicale ed efficace di nichilismo giuridico che sia mai apparsa nella lunga storia del diritto, potendosi così accogliere i puntualissimi rilievi di Harold Berman: «*Il marxismo classico è dunque una critica della legge ed una scienza del rovesciamento della legge, una scienza della rivoluzione. Mentre cerca di spiegare la legge, la distrugge*»[107].

---

[105] «*I nuovi concetti giuridici dovevano svilupparsi secondo schemi prestabiliti*». Cfr. T. NAPOLITANO, *Le metamorfosi del bolscevismo*, Milano, 1940.
[106] «*L'ideologia può considerarsi una specie di religione sociale*». Cfr. E. NOLTE, *L'eredità del nazionalsocialismo*, Roma, 2003, p. 63.
[107] H. BERMAN, *La giustizia nell'URSS*, Milano, 1965, p. 14.

Abstract

ALDO ROCCO VITALE, Diritto e persona tra storia e ideologia nell'esperienza marxista

Il testo affronta il tema dell'influenza del pensiero marxista nella storia dello sviluppo del pensiero giuridico occidentale. Nonostante il marxismo sia storicamente finito nella sua determinazione politica quale è stata l'Unione Sovietica, la sua influenza sulla tradizione giuridica occidentale dei tempi recenti non ha cessato di produrre effetti. Temi complessi come la persona, l'identità soggettiva, la famiglia e lo stesso diritto considerato nel suo complesso risentono ancora oggi dell'ipoteca del pensiero giuridico marxista anche dopo la caduta del muro di Berlino.

Parole chiave: diritto, marxismo, persona, famiglia, aborto

ALDO ROCCO VITALE, Law and person between history and ideology in the Marxist experience

The text concerns the theme of the influence of marxist thought in the history of the development of Western legal thought. Although marxism has historically ended in its political determination as the Soviet Union has been, its influence on the western legal tradition of recent times has not ceased to produce effects. Complex issues such as the person, subjective identity, family and the same law considered as a whole are still affected by the mortgage of marxist legal thought even after the fall of the Berlin Wall.

Key words: law, marxism, person, family, abortion

DANIELE ONORI
Legal and business development specialist

IL GIURISTA NEL DIRITTO POSTMODERNO*

SOMMARIO: 1. Dall'eclissi della sovranità statale all'interpretazione creativa del giudice nel silenzio della legge – 2. Postmoderno fra frammentarietà e urgenza etica – 3. Le (in)certezze del Giurista – 4. Dignità umana e biodiritto: il diritto al servizio della vita o contro la vita?

1. Dall'eclissi della sovranità statale all'interpretazione creativa del giudice nel silenzio della legge

Viviamo la stagione del *dopo*, del *postmoderno*, l'epoca che viene *dopo*, innanzitutto il moderno, ma anche dopo il nichilismo, oltre le ideologie e i miti che hanno caratterizzato a lungo il pensiero dell'Occidente, generando spesso totalitarismi e violenze[1]: non ci sono più i *blocchi di potere* che spaventano per gli effetti di un'eventuale guerra planetaria, ma l'imprevedibilità di ciò che può accadere dopo l'11 settembre pone nella condizione di chi non sa più che cosa ci si possa attendere[2]

Di fronte a una modernità e a una stagione nichilista che parevano avere estromesso la religione dallo sviluppo storico, dichiarandone la morte e l'estinzione, riemergono conflitti che si connotano in modo religioso. Il presente pone, ancora, domande fondamentali che riguardano la vita, la morte e la cura della sofferenza; i fatti epocali, nei quali siamo ancora immersi, aprono nuovi scenari in cui dietro l'angolo c'è la difficile convivenza di civiltà diverse, perché non rinasca il rischio di un conflitto di religione.

A queste sfide una filosofia frammentata e disincantata stenta a trovare risposte, mentre riemerge nella solitudine delle coscienze il bisogno di essere riconosciuti, di essere chiamati per nome. Nel campo del diritto questo si manifesta col fatto che lo Stato non è più l'esclusivo produttore di diritto, i codici costituiscono oramai solo "una" delle fonti giuridiche e quindi solo una delle componenti in gioco, che a contatto con le "altre" vede mutare il significato e la portata delle previsioni che vi sono contenute. Contano

---

* *Contributo sottoposto a valutazione.*

[1] G. CHIURAZZI, *Il postmoderno*, prima ed., Milano 2002, p. 12.
[2] E. LECALDANO, *La riflessione sulla morale tra bioetica ed etica teorica*, in *La filosofia italiana in discussione*, a cura di F.P. FIRRAO; prima ed., Milano 2001, p. 164; Z. BAUMAN, *Il disagio della postmodernità*, prima ed., Milano, 2002, p. 273.

sempre più, da un lato, il formarsi spontaneo del diritto all'interno della società, e, dall'altro, i referenti sovranazionali, soprattutto, ma non solo, europei. Ciò modifica il sistema stesso delle fonti, rappresentabile non più attraverso la "rassicurante" metafora "verticale" della piramide alla cui sommità è posta la legge di origine parlamentare, ma attraverso quella "orizzontale", assai più instabile e fluida della rete di interconnessione tra fonti di provenienze diverse, chiamate a interferire e a interagire su identici oggetti[3]. Un sistema di fonti sempre più giurisprudenziale, a partire dalle due Corti europee, che si sono assunte il ruolo di creatrici di diritto. I giudici, con la creatività giudiziaria, stanno scrivendo di fatto nuove Convenzioni, con diritti che le Convenzioni non definiscono, ma che essi sostengono essere contenuti nella loro interpretazione delle Convenzioni. I giudici, precedentemente chiamati giudici "attivisti", e ora "creativi", sostengono di realizzare una interpretazione dinamica della Convenzione. Perché dinamica? Perché usano la Convenzione quale strumento, prodotto di un "dialogo" che queste Corti intessono tra di loro, con altre Corti a livello internazionale, nonché con le Corti costituzionali nazionali e con gli stessi giudici interni: dialogo che contribuisce a interconnettere ordinamenti giuridici diversi e a definirne i reciproci rapporti [4].

Quel che sta accadendo, soprattutto – e non per caso – nel settore dei cosiddetti «nuovi diritti», è l'esito coerente di un processo di networking, che va ben al di là dei confini del giudiziario, lungamente preparato e profondamente radicato. È una rete che ha come epicentro l'ideologia secondo cui spetta al giudice esercitare la missione di dare concreta attuazione ai "nuovi diritti", rappresentando la condivisione di questa missione lo spartiacque fra i giudici attenti ai diritti e tutti quanti gli altri[5]. Si attua così una decostruzione dell'ordine precedente non solo nel momento della sua genesi "normativa" ma anche, e soprattutto, nel momento della sua concreta applicazione pratica. Un effetto vistoso di questa commistione e sovrapposizione tra logiche giuridiche diverse è rappresentato dal fatto che le norme nazionali di matrice codicistica, nelle quali si invera la modernità giuridica, che esprimono "regole" fondate sul modello della "fattispecie" si

[3] F. OST - M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, Bruxelles, Publications de Facultés universitaires Saint Luis, 2002.
[4] J. BORREGO, *Il tribunale europeo dei diritti dell'uomo e l'Interpretazione "creativa" della Convenzione Edu,* in *L-JUS*, 1/2019, p. 7; S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009, p. 10 ss.
[5] D. AIROMA, *Dai «Tribunali di Babele» alla Babele del diritto*, *Cristianità*, n. 377/2015.

trovano a dover interagire con i "principi" di cui è intriso il diritto europeo[6]. Un fenomeno che in altre forme si era già presentato con l'avvento della Costituzione, ma che ora non comporta solo l'esigenza per le regole di corrispondere ai princìpi (pena, nel sistema costituzionale, una declaratoria di illegittimità), ma – per effetto degli strumenti di adeguamento del diritto interno a quello europeo (disapplicazione e interpretazione conforme) – include la possibilità per esse di essere direttamente sostituite dalle norme europee, o di combinarsi con queste, dando luogo alla creazione di norme "nuove" a opera del giudice, in entrambi i casi con un chiaro effetto di decodificazione applicativa. Il che – unitamente alla dimensione sempre più giudiziale del diritto – propizia una visione e una gestione sempre più pragmatica e dinamica degli strumenti giuridici, improntata a razionalità pratica[7]. Sempre più si ragiona in termini di "peculiarità del caso", di "ragionevolezza" della soluzione, di "bilanciamento tra valori", di "equità", di "proporzione"; sempre meno della mera sussunzione del fatto nell'astratta descrizione della norma.

2. Postmoderno fra frammentarietà e urgenza etica

In questo mare della libertà si naviga liberi non se si vaga senza meta, in balia delle correnti, ma se si va da un porto, da un punto di partenza, a un approdo. Nell'epoca in cui «*la tecnica si è interamente impossessata della nuda vita dell'uomo*» [8], perché l'essere umano possa creare un sistema decisionale che favorisca scelte ragionevoli è necessario che svolga una indagine approfondita su cosa effettivamente possa essere ritenuto lecito, moralmente ineccepibile, e cosa non lo sia[9]. L'indagine è resa ancora più difficile perché uno dei primi elementi caratterizzanti la post-modernità è il passaggio dal sistema ai frammenti. Tale trapasso si pone da una parte come l'eredità dell'illuminismo, dall'altra però contro l'illuminismo riducendo al frammento il pensiero metafisico e sistematico[10].

---

[6] R.E. KOSTORIS, *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, in *Riv. it. di dir. e proc. pen.*, 2015, p. 1185 ss.
[7] H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, cit., p. 358 ss., traduzione di Gianni Vattimo, Collezione Studi, Milano, 1983-2001.
[8] E. LECALDANO, *Etica*, Torino, 1995, pp. 1-15;
[9] N. IRTI, *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, 2007, p. 41. Sul paradigma tecnoscientifico vedi J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Torino, 2002; H. JONAS, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, 1993; N. IRTI - E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001.
[10] C. ZUCCARO, *Bioetica e valori nel postmoderno in dialogo con la cultura liberale*, Brescia, 2003, pp. 13-14.

Una volta eliminato ogni riferimento metafisico assoluto l'etica viene svuotata da qualsiasi contenuto sostantivo della persona. La persona umana non è più considerata come unità di spirito e corpo, secondo quella che Elio Sgreccia definisce la «*concezione integrale della persona umana*»[11], cioè un essere con valore di soggetto e non di oggetto in cui la vita è un bene basilare in quanto fonte necessaria e condizione di ogni attività umana nella prospettiva della legge naturale. Le ragioni sono da ricercarsi nella necessità di assicurare apparentemente una società pacifica, in cui ciascuno è libero di rigettare le imposizioni morali che vengono dall'esterno: si tratta del definitivo tramonto dello Stato etico[12].

Il compito dello Stato viene ridotto a un intervento di natura meramente burocratica scevro da qualsiasi idea di autorità che possa vincolare moralmente i cittadini. L'ideologia postmoderna dei *diritti umani* sta distruggendo la persona umana. Quest'affermazione sembra paradossale. Eppure esprime una drammatica verità dei tempi attuali.

Il fondamento dei diritti umani nelle correnti relativistiche che hanno imposto la loro agenda ai governi di tutto il mondo dopo la Conferenza Internazionale del Cairo sulla Popolazione e lo Sviluppo del 1994 e la IV Conferenza mondiale delle Nazioni Unite sulle donne, tenuta a Pechino nel 1995, sta esclusivamente nella libertà di scelta del soggetto, nell'autodeterminazione assoluta, nella trasformazione in *diritto umano* di ogni atto libero del soggetto o di ogni atto al cui compimento il soggetto presta il consenso. Secondo questa impostazione, che potenti lobby cercano d'introdurre nelle leggi degli Stati e che, in larga misura, si è guadagnata l'adesione delle Corti di giustizia poste ai vertici degli apparati giurisdizionali, il diritto non è più una facoltà morale pertinente al soggetto, che lo Stato non costituisce, ma riconosce, fornendole protezione coattiva, facoltà pertinente al soggetto per il solo fatto di essere persona, affinché esso realizzi il bene consentaneo alla sua natura di ente razionale capace di conoscere il vero e di attuare il buono e il giusto. Alla stregua di siffatta concezione la persona e la libertà di cui è dotata non sono ordinate alla verità[13]

Principio assoluto ed incontestabile diventa l'autonomia personale realizzata attraverso la forma del consenso libero e informato. Il principio di autonomia assurge a

---

[11] E. SGRECCIA, *Manuale di Bioetica,* vol. 1, in *Vita e Pensiero*, Milano, 1994, p. 541.
[12] C. ZUCCARO, *op. cit*., p. 82.
[13] M. RONCO, *Intervento tenuto il 10 dicembre 2010 durante il Convegno Nazionale di Studio sul tema Identità sessuale e identità della persona*, organizzato dall'UGCI, dal 9 all'11 dicembre 2010.

concetto giuridico che, decontestualizzato, porta alla giustificazione dell'indifferenza più totale e dell'individualismo più egoistico, al trionfo del più forte e del più abile a scapito dei soggetti più deboli. Questa tendenza si diffonde grazie alle concezioni individualistiche e anarchiche della libertà, che la distaccano dal rapporto costitutivo con la verità, e identificano la dignità dell'uomo in una qualità della vita determinata secondo standard utilitaristici ed edonistici. Queste radici filosofiche si sono insinuate nell'etica e nel diritto, inquinando il fondamentale principio del consenso informato del paziente ai trattamenti medici. È stato così assolutizzato il principio di autonomia, che costituisce tradizionalmente, insieme con i principi di beneficità – comprendente come suo presupposto il *primum non nocere* – e di giustizia, uno dei criteri utili per assumere la decisione giusta circa le cure da praticarsi nelle fasi terminali della vita.

Il principio di autonomia viene ulteriormente esasperato. Affiora così con sempre maggiore frequenza nelle legislazioni l'istituto, di origine anglosassone, del Living Will – denominato talora come "direttive o dichiarazioni anticipate di trattamento", talora come "testamento biologico" –, che favorisce l'accettazione sociale e giuridica dell'aiuto al suicidio e dell'omicidio della persona consenziente[14].

3. Le (in)certezze del Giurista

Se c'è un elemento che accomuna gli uomini, questo è rappresentato dalla domanda continua sul senso delle proprie azioni e sul loro essere giuste o sbagliate. Un quesito che scuote la coscienza di ogni individuo e, dunque, anche del giurista che si interroga sul ruolo che il diritto dovrà assolvere in una epoca storica caratterizzata da continue, profonde e inarrestabili innovazioni della scienza e delle relative tecniche. Centra il punto chi ravvisa nel «*mutamento del paradigma giuridico*» la conseguenza «*dell'avanzamento delle tecniche e delle scienze biomediche*» e chi, similmente, rileva come l'evoluzione scientifica abbia investito appieno le stesse «*categorie tradizionali*» del diritto. Sicché queste «*subiscono un effetto di spiazzamento e di riformulazione, che sembra quasi*

[14] M. RONCO, *L'indisponibilità della vita: assolutizzazione del principio autonomistico e svuotamento della tutela penale della vita*, in *Cristianità*, 2007 (n. 341-342).

richiedere un "nuovo" diritto», «*basi e modelli inediti*», secondo i quali ricostruire e "rigenerare" «*il rapporto tra ordinamento giuridico, persone fisiche, idee di vita*»[15].

Giuridificare la vita significa metterla in forma e, di conseguenza, incidere direttamente su destini, scelte, progetti: mai come in questo caso il diritto si costruisce come tecnica, e insieme potere, che aggiudica libertà e limiti, possibilità che si aprono e contingenze che ne riducono gli spazi. Tra la vita e le regole il gioco si snoda sempre su equilibri provvisori e instabili, scandito tra le diverse dimensioni (individuale, sociale, esistenziale, costituzionale, privata, pubblica, reale, virtuale e giuridica, quest'ultima sempre più dilatata) della vita stessa, gli ambivalenti poteri della tecnica e le domande crescenti che vengono rivolte all'etica e al diritto.

Il biodiritto allora dovrebbe «*ripensare se stesso innanzitutto attraverso la creazione di un nuovo paradigma giuridico antropologicamente fondato, dispensatore di scopi e fini autonomi – sia da quelli scientifici che da precetti etici di parte […] – in quanto basato su valori e principi il più largamente condivisi, Che trovano nei diritti fondamentali sanciti nelle carte costituzionali nazionale ed europea […] il riferimento obbligato ed imprescindibile*»[16]. Se è attraverso la Carta costituzionale che l'ordinamento attinge ai "valori correnti", ai «*valori che la coscienza collettiva avverte e di cui ha nutrito la vicenda storica», sicché «il diritto legale non sfugge […] alla impietosa verifica con il divenire della coscienza collettiva e dei suoi valori*»[16], è su questo piano che dovrà spingersi lo sguardo del giurista. È senza dubbio arduo elaborare una biolegislazione che riesca a conciliare le diverse istanze etiche: sovente le leggi bioetiche sono criticate per la loro ambiguità, elusività, mancanza di rigore. Il dovere del giurista è di elaborare una regolamentazione legislativa, per evitare il pericolo che il giudice svolga una funzione di supplenza in assenza della legge (la c.d. "bioetica dei tribunali"), col rischio dell'interpretazione creativa. La legislazione non potrà contemplare tutte le singole fattispecie, ma è chiamata a recepire le istanze sociali e riempire i vuoti normativi dell'ordinamento giuridico: le questioni bioetiche sono di tale importanza che richiedono una regolamentazione esplicita che sappia offrire indicazioni di comportamento, il più possibile chiare e applicabili dalla collettività. Si aggiunga che il compito del biodiritto

---

[15] A. D'ALOIA, *Norme, giustizia, diritti, nel tempo delle bio-tecnologie: note introduttive*, in ID. (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, in *Atti del seminario di Parma, svoltosi il 19 marzo 2004*, Torino, 2005, XI, XII.
[16] G. BALDINI, *Riflessioni di biodiritto*, cit., p. 7 e p. 14 ss., Padova, 2019.

non può esaurirsi nell'ambito della biolegislazione nazionale ma deve anche essere rivolto ad armonizzare la regolamentazione nel contesto delle legislazioni dei diversi paesi. Obiettivo principale è scongiurare il grave pericolo rappresentato dal fatto che se le legislazioni risultano difformi si lascia spazio al fenomeno del "turismo bioetico", la tendenza a realizzare ciò che si vuole nel Paese che lo permette (sia "turismo procreativo" o "pellegrinaggio eutanasico").

È necessario un crescente dialogo biogiuridico transnazionale e interculturale, in taluni ambiti bioetici di particolare urgenza (si pensi a questioni che mettono in gioco l'identità dell'uomo, della specie umana, e della vita sulla terra), al fine di formulare proposte efficaci e globali per garantire quel "ponte verso il futuro", espressione che definisce la bioetica nell'intitolazione del primo libro che ha visto la comparsa di questo termine[17]: essa investe il diritto di un compito complesso e difficile, ma indispensabile per una costruzione solida che sappia guardare lontano, che si opponga alla tecnocrazia, orientando i percorsi della scienza nella direzione della difesa dell'uomo e nella tutela dei diritti umani fondamentali. In questo contesto, la filosofia del diritto può svolgere un ruolo propositivo nel mostrare che l'alternativa a una negazione scettica dell'esistenza e della conoscibilità della verità non è il dogmatismo: è, attraverso il diritto, o meglio attraverso la riflessione fenomenologica sul senso costitutivo del diritto, una via intermedia individuabile nel riconoscimento razionale dell'esigenza della relazionalità intersoggettiva, quale riconoscimento condivisibile etico "minimo" da parte di tutti gli uomini[18].

4. Dignità umana e biodiritto: il diritto al servizio della vita o contro la vita?

La riflessione sul diritto consente di comprendere che il diritto può trovare l'etica dentro di sé, al suo interno: non si tratta di fare una scelta tra le etiche nel contesto della

---

[17] V.R. POTTER, *Bioetica ponte verso il futuro* (1971), tr. it., Messina, 2000.

[18] L. PALAZZANI, *Introduzione alla biogiuridica*, Torino, 2002; D. FOLSCHEID - B. FEUILLET-LE MINTER-J.F. MATTÉI, *Philosophie et droit de l'éthique médicale*, PUF, Paris, 1997; G. HOTTOIS, *Essais de philosophie bioéthique et biopolitique*, Vrin, Paris, 2000; L. LOMBARDI VALLAURI (a cura di), *Il meritevole di tutela*, Milano, 1990; A. OLLERO, *Derecho a la vida, derecho a la muerte*, Rialp, Madrid, 1997; A. TARANTINO, *Diritti umani e questioni di bioetica naturale*, Milano, 2003; D. VILA-CORO, *Introducción a la biojurídica*, Universidad Complutense, Madrid, 1995; F. VIOLA, *Dalla natura ai diritti. I luoghi dell'etica contemporanea*, Roma, 1997; E. SGRECCIA - G.P. CALABRÒ (a cura di), *I diritti della persona nella prospettiva bioetica e giuridica*, Cosenza, 2002; E. SGRECCIA - M. CASINI, *Diritti umani e bioetica*, in «*Medicina e Morale*», 1, 1991, pp. 17-47.

pluralità che caratterizza il dibattito attuale. Il diritto è chiamato a rendere ragione fino in fondo del significato interno del diritto stesso, quale strumento volto alla difesa della coesistenza umana e della dignità di ogni uomo, quale presupposto e condizione di possibilità strutturale della stessa esistenza e coesistenza umana. La filosofia del diritto richiama il biodiritto al significato strutturale della giuridicità, evidenziando il pericolo di un diritto che si estranei radicalmente dall'etica o che affidi l'etica alle sole scelte arbitrarie soggettive, il pericolo di un uso del diritto contro l'uomo. Nel diritto è importante recuperare quella consapevolezza, che è progressivamente maturata e si è consolidata dopo le atroci esperienze storiche dei totalitarismi: la consapevolezza che il diritto non può divenire mero strumento asservito alla volontà di chi è più forte e non può limitarsi alla registrazione della prassi, quale essa sia.

In altri termini: la funzione del diritto non può essere solo formale ed empirica. Il giurista per quanto intenda essere neutrale nell'ambito della società plurale postmoderna, non può essere indifferente rispetto alla valutazione sostanziale, almeno ad una valutazione sostanziale minima, che riconosca la valenza etica del diritto nella difesa della dignità oggettiva dell'essere umano, nella tutela dei diritti fondamentali. In questo senso il biodiritto è chiamato a tematizzare la giustizia, quale esigenza etica intrinseca al diritto, elaborando ed applicando ai temi bioetici i criteri di uguaglianza, simmetria e riconosciuto che questi diritti derivano dalla dignità inerente alla persona umana.

Appellarsi al principio di uguaglianza significa ritenere che ogni uomo, per il solo fatto di essere uomo, non può divenire oggetto di discriminazione: ogni uomo deve essere trattato come soggetto avente una dignità forte intrinseca, a prescindere da considerazioni estrinseche quali l'appartenenza politica, religiosa, culturale, ma anche la differenza sessuale, cronologica o di condizioni di esistenza (salute/malattia). Il principio di uguaglianza si radica nell'essere dell'uomo, indipendentemente dal suo agire: il diritto riconosce all'uomo una dignità speciale e sostanziale (non generica ed accidentale) in forza della sua appartenenza alla specie umana in vista della salvaguardia della sua identità antropologica, essendo la dignità un dato naturale da riconoscere non una qualificazione da attribuire o conferire.

La dignità è inviolabile, non è negoziabile, è oggetto di rispetto morale e giuridico incondizionato, e la sua violazione costituisce un atto intrinsecamente malvagio. Il filosofo tedesco Joseph Seifert ha messo in luce quattro distinte radici e fonti della dignità

umana: la prima, che si riferisce a ciò che è l'uomo in quanto persona, cioè l'essenza, l'essere e la sostanza, come fonti della dignità umana; la seconda, che riguarda l'operare della coscienza e l'attuazione della personalità; la terza, che concerne la realizzazione della vocazione personale e della trascendenza morale dell'uomo; la quarta, che attiene ai doni che ciascuna singola persona possiede. Su questa premessa, Seifert ha osservato che il diritto alla vita attinge fondamento in modo inviolabile e inalienabile nella prima radice della dignità, riconoscibile da tutti in base alla natura razionale della persona e dalla ragione stessa di colui che osserva con umiltà il reale, e che è in grado di riconoscere la natura razionale di ogni essere umano. Insegna al riguardo Seifert: «*L'essere persona, non importa se sana o malata, se maschio o femmina, se vecchia o giovane, se cosciente o in coma, è la prima base della dignità umana, dal momento che la libertà, la consapevolezza e la conoscenza, come pure il carattere di* io *e di* sé *che appartengono all'essenza della persona, richiedono chiaramente un soggetto, che vive e sussiste in sé nell'essere, e non dipende da questi atti né inerisce ad un'altra cosa come suo accidente*»[19].

Il giurista è chiamato a difendere, attraverso il diritto, la dignità dell'essere umano come bene indisponibile, sottratto all'arbitrio del più forte, proibendo ogni forma di strumentalizzazione del corpo umano e violazione della vita umana nella consapevolezza che la vita umana è degna perché l'uomo è l'unico soggetto naturale capace ontologicamente di identificarsi, di dire di sé stesso io e di riconoscere relazionalmente l'altro come un tu[20]. L'adeguamento del diritto al senso della giustizia si esprime in una duplice dimensione: a un primo livello il giurista è chiamato a entrare nel contenuto delle singole norme giuridiche esistenti, allo scopo di esprimere una valutazione critica sul diritto vigente, interrogandosi sulla conformità di esso (leggi, sentenze, regole) rispetto alle spettanze obiettive della natura umana, promovendo uno sforzo di riforma nella direzione della adeguazione del diritto positivo al senso proprio del diritto, laddove si rilevassero incongruenze o ambiguità; a un secondo livello il giurista ha il compito di

---

[19] M. RONCO, *Il diritto al servizio della vita o contro la vita?*, in *Cristianità*, n. 328, 2005; J. SEIFERT, *Il diritto alla vita e la quarta radice della dignità umana*, in PONTIFICIA ACADEMIA PRO VITA, *Natura e dignità della persona umana a fondamento del diritto alla vita. Le sfide del contesto culturale contemporaneo. Atti dell'Ottava Assemblea generale della Pontificia Accademia per la vita*, Città del Vaticano, 25-27 febbraio 2002, edito da J. DE DIOS VIAL CORREA e E. SGRECCIA, Libreria Città del Vaticano, 2003, pp. 193-215.

[20] F. D'AGOSTINO, *Filosofia del diritto*, Torino, 2001; ID., *Bioetica nella prospettiva della filosofia del diritto*, Torino, 1997.

ricercare nuovi modi di positivizzare le spettanze obiettive dell'umano, nel momento della formulazione e della elaborazione di regole giuridiche, nella continua e dinamica ricerca di esplicitazione della normatività dalla natura, garantendo all'uomo le condizioni per attuare pienamente la propria dignità, a partire dalla tutela generale della integrità fisica. Tale sforzo critico è particolarmente complesso nell'ambito della bioetica dove è in gioco il riconoscimento dei diritti ai confini della vita, di fronte al rapido avanzare della scienza e della tecnologia biomediche. Il biodiritto è chiamato a ritematizzare la soggettività giuridica umana, mostrando la necessità che tutti i soggetti umani godano di un'uguale tutela giuridica, anche coloro che per motivi accidentali o provvisori, dovuti all'età, allo stadio di sviluppo o a condizioni di malattia, provvisorie o permanenti, non sono in grado di gestire determinate capacità o le gestiscono debolmente, divenendo dunque particolarmente vulnerabili e fragili di fronte alle pressioni dell'avanzamento del progresso biotecnologico[21].

Si tratta, in altri termini, di richiamare e attualizzare la dottrina dei diritti umani, rispetto alla quale si è registrato un consenso universale, sottolineando la necessità biogiuridica della protezione del corpo biologico dell'essere umano, dall'inizio alla fine, di fronte alle nuove possibilità di manipolazione e di intervento sperimentale non terapeutico. Di fronte al pluralismo etico il compito della biogiuridica non è quello di combattere il pluralismo e tantomeno di negarlo, né di imporre dogmaticamente una visione etica come prioritaria ed assoluta, bensì quello di identificare e giustificare i limiti invalicabili di fronte al "potere" della tecnoscienza, evitando il pericolo di asservire la tecnoscienza alla volontà arbitraria individuale o politica o alle mutevoli esigenze sociali, riconoscendo la rilevanza "etica minima" della difesa della dignità umana[22].

L'auspicio è che la biogiuridica trovi principi comuni di giustizia in bioetica, nell'ambito di una integrazione giuridica internazionale. Emerge l'esigenza di individuare principi giuridici comuni che costituiscano un biodiritto che, pur rispettando la specificità politica, la diversità culturale e la eterogeneità etica, sia estensibile universalmente, in senso transnazionale ed interculturale. Un biodiritto che individui nel riconoscimento dei diritti umani fondamentali (espressi nelle dichiarazioni, convenzioni, patti e documenti internazionali) i principi irrinunciabili dell'agire bioetico.

---

[21] S. AMATO, *Biogiurisprudenza. Dal mercato genetico al self-service normativo*, Torino, 2007.
[22] F. D'AGOSTINO, *Dalla bioetica alla biogiuridica*, in S. BIOLO (a cura di), *Nascita e morte dell'uomo. Problemi filosofici e scientifici della bioetica*, Genova, 1993, pp. 137-147.

Stiamo camminando in una terra di mezzo che non è più il "prima", ma che, però, non è ancora il "dopo". Un luogo nel quale molto dell'antico apparato – le istituzioni pubbliche, le formazioni sociali, gli strumenti e gli istituti giuridici del passato – rimane, ma assume significati e ruoli diversi, subisce un'anamorfosi di cui non sono sempre chiari la portata e i contorni. Ed è un quadro la cui complessità sembra destinata semmai ad aumentare nella nostra società occidentale, sempre più composita e multietnica, al cui interno dunque si troveranno sempre più a convivere modelli di vita, valori, codici comportamentali e comunicativi assai diversi, che renderanno ancora più difficile governare il molteplice. L'errore più grave sarebbe quello di ostinarsi a ignorare il nuovo, di nasconderlo per paura di mettere in discussione vecchie certezze consolidate, che, peraltro, spesso sono state ammantate della forza del mito[23].

Il giurista deve coltivare onestà intellettuale, sforzandosi umilmente di cogliere con la maggiore obiettività possibile il senso e la portata dei cambiamenti in atto. Il primo passo consiste sicuramente nell'avere il coraggio di riuscire ad andare oltre le coordinate ricevute dalla tradizione, elaborando dei salti di paradigma che consentano di "vedere" con occhi diversi realtà diverse. Un'operazione sempre necessaria quando si è di fronte a svolte importanti, che non possono essere affrontate al livello degli approcci mentali del passato. La flessibilità, la gradualità, la proporzionalità, il rifiuto della rigida logica binaria, l'approccio fattuale, che appaiono come un generale contrassegno della postmodernità giuridica, la quale in ciò recupera, peraltro, una visione premoderna del diritto, possono certo preoccupare per la componente di relatività e di incertezza che introducono nella regolazione dei rapporti umani; ma si possono rivelare, proprio in ragione di queste loro intrinseche caratteristiche, strumenti utili per adattare meglio l'applicazione del diritto alla concretezza dei fatti della vita.

I settori che affidano la regolamentazione del diritto alla volontà dei privati se ne giovano da tempo con vantaggio Il profondo mutamento di prospettive, il diverso modo di porsi di fronte al diritto e di concepirlo che caratterizza la postmodernità giuridica non rappresenta però né il frutto di un cambiamento repentino, né un fatto culturalmente isolato. Non è il frutto di un mutamento repentino, anche se oggi si fa certamente sempre più accelerato, perché si colloca all'interno della linea che si è venuta tracciando nel corso del Novecento, a partire dall'enunciazione della teoria della pluralità degli ordinamenti

[23] P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001.

giuridici da parte di Santi Romano, che contraddiceva il disegno illuminista dello Stato quale unico monopolistico produttore di diritto, per passare poi al paradigma della Costituzione rigida, che metteva in crisi il primato della legge, costringendola a conformarsi ai suoi princìpi fondamentali, per giungere, ancora, al riconoscimento del valore creativo della giurisprudenza e alla consapevolezza, sviluppata soprattutto dalla corrente filosofica dell'ermeneutica[24], che il testo della norma trova completamento e compiutezza solo attraverso la mediazione dell'interprete[25], fino ad approdare all'avvento del diritto europeo – quello della Convenzione europea dei diritti dell'uomo prima e quello dell'Unione poi – che ha sviluppato in modo conclamato e anche con accenti nuovi quel mutamento globale che era stato preparato nel tempo, scardinando gli assetti ereditati dalla concezione positivistica ottocentesca della legge e dello Stato. Con la sua primazia e la sua forza di incidenza sui diritti nazionali il diritto dell'Unione costringe ormai anche il giurista più riottoso a prendere atto di una realtà profondamente mutata. Infine, l'ultima tappa di questo percorso porta all'apertura verso un diritto "globale", enfatizzando su scala mondiale il carattere pluralistico del diritto postmoderno.

Autorevole dottrina ha descritto il fenomeno cui stiamo assistendo in termini di "eclissi del diritto civile", in cui i principi costituzionali, la giurisprudenza creativa di tipo "rimedialista" e il diritto privato europeo, soprattutto nella sua elaborazione da parte della Corte di Giustizia, determinano tre principali conseguenze: una perdita della neutralità del formalismo pandettistico; la sostituzione di una sussunzione del fatto nella fattispecie con un apprezzamento del fatto medesimo alla stregua di un valore; il passaggio da una regolamentazione neutrale, secondo fattispecie scandite dalla legge, a un rimedialismo più vicino ai bisogni, ma non avallato da una distinta scelta legale, il tutto a scapito del principio di legalità. Principi come la solidarietà, l'eguaglianza, la funzione sociale, la tutela della persona, ossia quelle clausole generali di cui, come sopra visto, parla Natalino Irti, vengono usati come «*specchi deformanti degli istituti, sobri nella loro coerenza, del diritto civile*»[26].

Perde rilievo la funzione della norma legale, che regola i rapporti attraverso il meccanismo della sussunzione; cresce invece la pratica del bilanciamento, in cui l'interprete, se non è chiara la gerarchia tra i principi bilanciati, con la sua scelta concorre

[24] R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, p. 90 ss.
[25] C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015.
[26] N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

a produrre la norma. Viene alla luce un problema che pare destinato a non trovare mai soluzione: se l'*excursus* storico permette di inquadrare l'origine e l'evoluzione della questione, mettendone in risalto gli aspetti più problematici, sul piano della prassi (o tecnica) giuridica, il discorso sembra naufragare sullo scoglio di un'incomunicabilità di fondo tra posizioni che, partendo da presupposti antitetici ed applicando metodi divergenti, rimangono l'una di fronte all'altra senza pervenire ad alcun compromesso. D'innanzi al medesimo fenomeno giuridico, infatti, alcuni parlando delle storture di una giurisprudenza creativa, mentre altri guardano con favore a quel procedimento ricognitivo che permette di estollere dal magma sociale un diritto già formatosi nei fatti.

Conviene forse rimanere sul piano del discorso filosofico, dove la comunicazione è sempre possibile. In tale ambito, è consentito muoversi, come fa Jürgen Habermas[27], lungo un percorso discorsivo che incorpora in sé la premessa secondo la quale «*nella dimensione dell'obbligatorietà giuridica, la tensione fattualità/validità non può essere cancellata*». Di fronte ai due corni di un dilemma si possono adottare due diverse strategie. Per un verso si possono afferrare le corna e tentare di dimostrare che una o entrambe le opzioni non sono corrette; differentemente si può passare in mezzo alle corna mostrando che non si è di fronte a una realtà alternativa, poiché ve ne sono di intermedie o ulteriori, ovvero che le premesse delle opzioni non stanno tra loro in relazione vicendevolmente escludente (*aut-aut*) bensì includente (*vel-vel*).

La funzione politica del diritto non può esercitarsi in un altrove estraneo alla realtà che intende amministrare, facendo calare le sue norme come da un mondo iperuranico. All'origine e al termine della prassi giuridica, dalla formazione all'applicazione del diritto, vi è un soggetto consapevole inserito in una comunità (mutevole) discorsivamente relazionata. Pertanto, come insegna Habermas, che si parta dal fatto oppure dalla norma non importa, se si ragiona con quella circolarità per cui ciò che conferisce legittimità e validità non è altro che il principio democratico.

Se la tentazione è antica, il pericolo rappresentato dal nuovo paradigma è radicalmente più grave rispetto al passato, in relazione ai mezzi enormemente più potenti che l'uomo oggi annovera a sua disposizione rispetto alle epoche precedenti. Attraverso la manipolazione diretta sulle fonti della vita, attraverso le molteplici modalità oggi tecnicamente possibili, un potere immenso è stato concesso agli stregoni della nuova

[27] J. HABERMAS, *Fatti e norme*, Roma-Bari, 2013, p. 49.

religione, a quegli uomini che vogliono sacrificare a "Gaia", sentendosi in "diritto" addirittura di selezionare, in base a criteri di convenienza utilitaristica, l'umanità futura.

Impedire con la forza del diritto che uomini irrispettosi del limite si approprino e usino di tali poteri, contro il principio di prudenza e di cautela, nel disprezzo della sacralità della vita e della dignità dell'uomo, è compito da svolgere con umiltà e fermezza[28].

[28] M. RONCO, *Il diritto al servizio della vita o contro la vita?*, *op.cit*.

Abstract

DANIELE ONORI, Il giurista nel diritto postmoderno

La postmodernità giuridica è una radicalizzazione di una tesi che si era già imposta a inizio Novecento in diverse forme, la tesi dell'indebolimento della razionalità assoluta: le matrici di tale tesi sono il politeismo dei valori, il diritto come *voluntas* e non come *ratio*, il decisionismo. Questa crisi del diritto, pur declinandosi secondo proprie e ben specifiche caratteristiche è una crisi che presenta come generale denominatore comune una decostruzione, una destrutturazione dei modelli, degli ordini e degli assiomi che avevano contrassegnato i grandi movimenti della modernità, accompagnate da eclettismo, ibridazione e contaminazione tra esperienze e logiche diverse. L'era delle grandi narrazioni dunque si situa oggi alle nostre spalle lasciandoci in uno stato di generale diffuso disincanto. Per i giuristi di *civil law*, si presta ad essere soprattutto un'utile provocazione sullo stato dell'arte della scienza giuridica e del diritto. Un contenitore utile per registrare e riflettere sul diffuso stato di incertezza e di insoddisfazione sul diritto, sia teorizzato sia praticato nel nuovo millennio.

Parole chiave: postmodernità, crisi del diritto, sovranità statale, nuovi diritti, biodiritto

DANIELE ONORI, The jurist in postmodern law

Legal postmodernity is a radicalization of the thesis that already imposed itself in different forms at the beginning of the twentieth century: the weakening of rationality. The grounds of this thesis are the polytheism of values, the law as a voluntas and not as a ratio , decision-making. This crisis of law, although si developing according to its own and very specific characteristics, is a crisis that presents a deconstructions as common general denominator: deconstruction of models, orders and axioms that identified the great changes of modernity, accompanied by eclecticism, hybridization and contamination between different experiences and logics. So, today the era of "great narratives" is behind us, leaving us in a state of widespread general disenchantment. For civil law jurists, it is above all an unassailable provocation on the state of the art of legal science. A useful container for recording and reflecting on the widespread state of uncertainty and dissatisfaction with the law, both theorized and practiced in the new millennium.

Key words: postmodernity, crisis of law, state sovereignty, new rights, biolaw

VALUTATORI

Prof. Gianni Ballarani, Prof. Luigi Barbieri, Prof. Emanuele Bilotti, Prof. Francesco Botturi, Prof.ssa Ilaria Amelia Caggiano, Avv. Giuseppe Gallenca, Prof. Giovanni Giacobbe, Prof. Armando Lamberti, Dott.ssa Lucia Leoncini, Prof. Carmelo Leotta, Prof. Giacomo Samek Lodovici, Dott. Giuseppe Marra, Prof. Mauro Paladini, Dott. Giacomo Rocchi

INDICE

Fascicolo 1-2020

In questo numero…… 3

SEZIONE SPECIALE COVID-19……5

TOMASO EPIDENDIO, Per la riscoperta delle radici cristiane dell'Europa……6

ANGELO CONTRINO - FRANCESCO FARRI, Emergenza Coronavirus e crisi economica: quali misure finanziarie e fiscali per ripartire?.....18

MAURO RONCO, Eroismo dei medici e colpa professionale: riflessioni e proposte……..46

STEFANO NITOGLIA, Covid-19 e libertà religiosa……..55

PAOLO MACI, Covid-19 e Scuole paritarie: a rischio la tenuta del sistema di istruzione……69

SEZIONE STUDI……77

MAURO RONCO, Giorgio Ambrosoli: radici ideali e spirituali di un sacrificio……...78

ANGELO SALVI, Libertà di religione e divieto di discriminazione nello spazio europeo a vent'anni dalla direttiva 2000/78/CE……..87

ALDO ROCCO VITALE, Diritto e persona tra storia e ideologia nell'esperienza marxista……..121

DANIELE ONORI, Il giurista nel diritto postmoderno……150

VALUTATORI……165

INDICE……166

ISSN 2611-5476