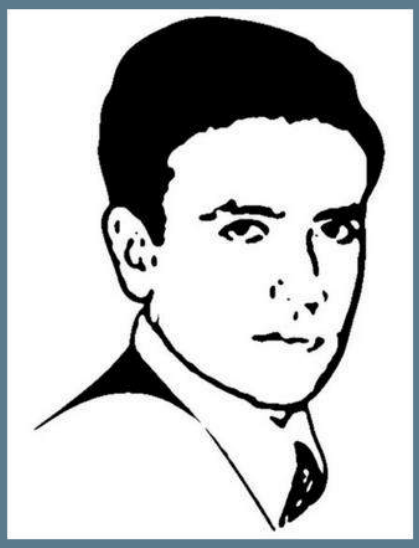


L-JUS

RIVISTA SEMESTRALE DEL CENTRO STUDI ROSARIO LIVATINO

Fascicolo 1 - 2021

Anno IV

Direttore
Mauro Ronco

Direttore responsabile
Alfredo Mantovano

Coordinamento della redazione
Daniela Bianchini

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

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 Corte Europea dei Diritti dell'Uomo
Ilaria Amelia Caggiano, Ordinario 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
Paolo Maci, Avvocato e Docente di Legislazione scolastica – Università Telematica Pegaso
Giuseppe Marra, Componente togato del Consiglio Superiore della Magistratura
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

È stata una gioia grande, domenica 9 maggio, seguire nella Cattedrale di Agrigento – direttamente o attraverso i media – il cardinale Marcello Semeraro, Prefetto della Congregazione delle Cause dei Santi, mentre proclamava beato Rosario Livatino. Nella stessa mattinata, in occasione della recita del Regina coeli, Papa Francesco, parlando del magistrato di Canicattì come di un "martire della giustizia e della fede", ha aggiunto che «*nel suo servizio alla collettività come giudice integerrimo, che non si è lasciato mai corrompere, si è sforzato di giudicare non per condannare ma per redimere. Il suo lavoro lo poneva sempre "sotto la tutela di Dio"; per questo è diventato testimone del Vangelo fino alla morte eroica*». Il Santo Padre ha terminato auspicando che «*il suo esempio sia per tutti, specialmente per i magistrati, stimolo ad essere leali difensori della legalità e della libertà*».

Questo numero di L-JUS si apre con la pubblicazione, col consenso dell'Autore, dell'omelia che il card. Semeraro ha pronunciato durante la S. Messa di beatificazione, cui ha presenziato – fra gli altri – il presidente del Centro Studi Rosario Livatino prof. Mauro Ronco: una omelia dedicata alle ragioni di cristiana coerenza, giunta fino al sacrificio estremo, fra fede e impegno di magistrato, sulla quale si è fondata la credibilità del nuovo beato.

I saggi che seguono, di Ronco e di Civello, sollecitano una riflessione su due questioni, tutt'altro che astratte o meramente accademiche: il primo sottolinea quanto il riferimento alla legge naturale permetta, attraverso la chiara identificazione di principi fondanti, di orientarsi nell'affrontare e risolvere problemi giuridici concreti, anche sul terreno del diritto penale; l'altro tratta con prospettiva ampia del 'politicamente corretto', con ricadute nel 'culturalmente' e nel 'giuridicamente corretto'.

La sezione dedicata all'Italia si articola nei contributi di Rocchi sulla complessa tematica del c.d. ergastolo ostativo – dopo l'ordinanza della Corte costituzionale n. 97/2021, che sollecita l'intervento del legislatore – e di Contrino e Farri sul rapporto tra fisco e famiglia, con particolare attenzione alla modulazione Irpef del carico dei tributi

sulle famiglie, e dell'assegno unico, oggetto di recente intervento, se pure con legge di delega.

La sezione che si affaccia sul mondo include i contributi di Flaminio, sulla regolamentazione del web dopo la controversia fra Trump e i principali social network; e di Tomer, che – alla stregua del diritto canonico – affronta la questione dell'ammissione al sacramento dell'Eucarestia di esponenti politici cattolici promotori di leggi e di azioni pro aborto e per i 'nuovi diritti'.

La sezione studi torna sul tema del diritto naturale, e sull'attualizzazione della visione tomista, con uno scritto di Casciano dedicato al filosofo J. Finnis.

Nella sezione dedicata alla documentazione compaiono le relazioni che, a nome del Centro Studi Livatino,

- chi scrive ha svolto in audizione davanti alla Commissione Giustizia della Camera sulla 'riforma Bonafede-Cartabia',
- Francesco Farri ha tenuto in Commissione Giustizia della Camera sulle proposte di legge in materia di crisi dell'impresa,
- Carmelo Leotta ha inviato alla medesima Commissione sulle proposte di legge riguardanti l'eutanasia,
- Daniela Bianchini e Roberto Respinti hanno inviato alla Commissione Giustizia del Senato sul 'd.d.l. Zan', in tema di contrasto alla omo-transfobia.

Alfredo Mantovano

LIVATINO: CREDIBILITÀ È LA COERENZA TRA FEDE CRISTIANA E VITA

Omelia pronunciata il 9 maggio 2021 ad Agrigento da S.Em. il card. Marcello Semeraro, in occasione della cerimonia di beatificazione di Rosario Livatino.

«*Come il Padre ha amato me, anche io ho amato voi. Rimanete nel mio amore*». È con questa consolante certezza che viviamo oggi il nostro incontro. La consapevolezza cristiana di un amore che ci raggiunge da prima della creazione del mondo, perché nasce dal cuore del Padre e mediante il suo Figlio entra nella storia, vince la cattiveria e la morte e ci entra nel cuore come sorgente di vita nuova: «Io ho amato voi. Rimanete nel mio amore: ecco l'origine di tutte le nostre buone opere», esclamava sant'Agostino (*In Jo. Ev. tr.* 82: PL 35, 1843). Ed è questo il segreto della santità: *rimanere nell'amore di Cristo*. È un verbo davvero decisivo, questo *rimanere*. La fecondità della vita cristiana è condizionata da questo *rimanere* nell'amore di Cristo ed è il frutto di questo *rimanere*. Qui, però, per un cristiano c'è anche il grave rischio d'essere all'interno di questo abbraccio amoroso del Signore e, ciononostante, di non portare alcun frutto. Si cade, allora, in quel «*nominalismo declamatorio con effetto tranquillizzante sulle coscienze*», di cui ha scritto papa Francesco (cfr. Lettera enciclica *Fratelli tutti*, n. 188). È una situazione che si fa drammaticamente evidente nei momenti di crisi, nei momenti in cui "*essere cristiani"* non è più qualcosa di scontato e diventa, anzi, cosa scomoda, schernita, rischiosa, pericolosa.

È l'ottica nella quale noi possiamo guardare anche al martire Rosario Livatino. Nell'amore di Cristo, infatti, egli si è collocato, «*come un bimbo svezzato in braccio a sua madre*», dice il Salmo (131,2). È il senso ultimo di quel motto *S.T.D.* che ordinariamente s'intende come *Sub Tutela Dei* e che il nostro beato inseriva, magari sovrastato dal segno della Croce, in pagine

speciali dei suoi scritti. I giusti, scriveva un autore del XII secolo, si collocano sotto la Croce, si pongono, cioè, *sub tutela divinae protectionis* e così si saziano dei frutti dell'albero della vita (Ugo di Fouilloy, *De claustro animae*, l. IV, c. 35 PL 176, 1174). È quanto è accaduto al giudice Livatino, il quale è morto perdonando come Gesù ai suoi uccisori. È il valore ultimo delle sue estreme parole, dove sentiamo l'eco del lamento di Dio: «*Popolo mio, che cosa ti ho fatto?*» (*Mi* 6,3); è il pianto del giusto, che la liturgia del Venerdì santo pone tradizionalmente sulle labbra del Crocifisso, dove non è un rimprovero e neppure una sentenza di condanna, ma un invito sofferto a riflettere sulle proprie azioni, a ripensare la propria vita, a convertirsi.

C'è una parola di Rosario Livatino su cui stamane vorrei riflettere, davanti a voi; una parola che mi pare possa aiutarci a comprendere non soltanto la sua vita, ma pure la sua santità e il suo martirio. La traggo dalla sua conferenza del 7 aprile 1984 su «*Il ruolo del giudice nella società che cambia*», dove si legge: «*l'indipendenza del giudice è nella sua credibilità, che riesce a conquistare nel travaglio delle sue decisioni ed in ogni momento della sua attività*» (*Positio super martyrio*, 562). Troviamo qui la parola *credibilità*, che san Tommaso d'Aquino applica direttamente a Gesù, il quale è *credibile* perché non soltanto predicava, ma pure agiva in maniera coerente (cfr. *Super Io*, cap. 1, l. 15; *Catena in Mt*. cap. 19, l. 1), sicché quella del Signore era non una vita sdoppiata, ma sempre trasparente, limpida e, perciò, anche affidabile e amabile. *Id praedicat quod est*: Gesù è credibile perché «*predica ciò che è*» (cfr. Isacco della Stella, *Sermones*, 30; PL 194, 1789).

La *credibilità* è la condizione posta da Gesù per essere suoi amici: «*siete miei amici, se fate ciò che io vi comando*». È questa la *credibilità* che san Pietro riconosce come virtù gradita a Dio, il quale, come abbiamo ascoltato, *accoglie chi lo teme e pratica la giustizia*. L'apostolo Pietro è ormai consapevole che Dio non è più il dio-di-alcuni, ma *Dio di tutti*. Ai suoi occhi

ciò che conta non è la professione di una fede fatta con le parole, bensì la *pratica della giustizia*: una giustizia che non si limita a dare a ciascuno il suo, secondo la normale legge dell'equità, bensì è sostenuta dalla credibilità di chi per la giustizia si compromette sino a dare la vita nella sua attuazione.

La credibilità, infatti, è lo specchio della giustizia poiché si è come Giuseppe, lo sposo di Maria, *uomo giusto* (cfr. *Mt* 1,19), nella costante ricerca della volontà di Dio. Credibilità e giustizia stanno e cadono insieme: senza la giustizia, la credibilità diventa improduttiva; e senza la credibilità, la giustizia rischia di approdare nel giudizio. Giustizia e credibilità sono inseparabili nella condotta del martire poiché entrambe scaturiscono dalla fede e non da una semplice istanza etica: come Abramo, che credette e gli fu accreditato per la giustizia. Modello irraggiungibile per tale cognizione della giustizia è Gesù Cristo che, fu accreditato per la sua fedeltà verso il Padre e ha trasformato la giustizia in compassione o misericordia per gli esseri umani (cfr. *Eb* 2,17).

Considerando la vicenda di Rosario Livatino ci tornano vivide alla memoria le parole di san Paolo VI: «*L'uomo contemporaneo ascolta più volentieri i testimoni che i maestri, o se ascolta i maestri lo fa perché sono dei testimoni*» (*Evangelii Nuntiandi*, n. 41). Il nostro Beato lo fu nel martirio. La sua vita – avrebbe detto il Manzoni – fu il paragone delle sue parole (cfr. *I promessi sposi*, cap. XXII). *Credibilità* fu per lui la coerenza piena e invincibile tra fede cristiana e vita. Livatino rivendicò, infatti, l'unità fondamentale della persona; una unità che vale e si fa valere in ogni sfera della vita: personale e sociale. Questa unità Livatino la visse in quanto cristiano, al punto da convincere i suoi avversari che l'unica possibilità che avevano per uccidere il giudice era quella di uccidere il cristiano. Per questo la Chiesa oggi lo onora come Martire.

SEZIONE STUDI

MAURO RONCO
Professore Emerito di Diritto penale
Università di Padova

IL PROBLEMA DELLA CONCRETIZZAZIONE DEL DIRITTO, SOPRATTUTTO IN AMBITO PENALE

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il distacco del diritto dall'esperienza nell'ideologia del giusnaturalismo laico – 3. *Scholion*. La fine della nozione formale di validità del diritto non ha favorito il ritorno del diritto all'esperienza – 4. La concretizzazione del diritto naturale per via del riconoscimento e del pareggiamento delle utilità – 5. Il diritto naturale condizione di validità del diritto positivo – 6. La relazione tra il vero e il certo corrisponde alla relazione tra il diritto naturale della ragione e il diritto positivo – 7. La dialettica tra legge universale e legge particolare: non è vero che quest'ultima attinge sempre il concreto in modo migliore. Spesso il diritto è concretizzato più efficacemente dalla legge universale – 8. Aspetti peculiari del diritto penale: il legislatore deve tenersi il più stretto possibile al diritto naturale – 9. Il distacco del diritto penale della modernità dalla legge eterna dell'ordine – 10. La concretizzazione del diritto naturale nel diritto positivo avviene attraverso la prudenza del legislatore – 11. La particolarizzazione eccessiva non sempre si sposa con la concretezza, perché spesso fa perdere di vista la totalità del bene comune – 12. Il rapporto tra validità e vigenza della legge penale – 13. Stabilità e autorevolezza della legge penale: effetti sulla convinzione sociale circa la validità e la vigenza della legge.

Presentazione

Alcuni studiosi di Filosofia del Diritto e delle materie fondamentali del diritto positivo – Diritto costituzionale, Diritto civile, Diritto penale – partecipano da molto tempo, fin dai primi anni 2000, sotto la guida del prof. Mauro Ronco, Presidente del Centro Studi Rosario Livatino, ai Seminari di Filosofia del Diritto che si tengono annualmente nell'Università Cattolica Argentina (UCA), con particolare riferimento al *Centro de Estudios Ítalo-Argentinos de Dialéctica, Metodología y Filosofía del Derecho,* diretto dal cattedratico argentino dr. prof. Felix Adolfo Lamas, autore di testi fondamentali di filosofia del diritto, tra cui vanno menzionati *La experiencia juridica* e *El Hombre y Su Conducta*. Lo scopo dei Seminari è riproporre agli studiosi contemporanei la dottrina classica del diritto naturale secondo l'ispirazione filosofica platonico-aristotelico-tomista.

Nel novembre scorso si sono svolte le "*XXIII Jornadas abiertas de profundización y discusión*" sul tema *La Encarnación del espíritu (la naturaleza humana y la unidad sustancial de cuerpo y alma),* cui hanno partecipato numerosi giuristi italiani.

Il prof. Mauro Ronco ha partecipato al Convegno proponendo un intervento dal titolo "*Il problema della concretizzazione del diritto, soprattutto in ambito penale*" che si ritiene presenti motivi di interesse anche per lo studioso italiano**.**

1. Introduzione

Nel capitolo VII della sua recente Opera *Dialéctica y concreción del derecho* Félix Adolfo Lamas osserva che il problema della concretizzazione del diritto si risolve nel duplice tema della determinazione del diritto naturale tramite il diritto positivo, nonché dell'effettività del diritto come punto terminale della catena causale giuridica; in definitiva, nella questione relativa alle fonti di vigenza del diritto[1].

Svolgerò in questa sede qualche considerazione su entrambi i temi, prendendo a termine di riferimento il diritto penale, che, come branca importante della sfera pubblica del diritto, presenta peculiarità che fanno risaltare la complessità del processo della sua concretizzazione.

2. Il distacco del diritto dall'esperienza nell'ideologia del giusnaturalismo laico

A partire dall'imporsi del c.d. giusnaturalismo laico nei secoli XVII e XVIII è avvenuto un progressivo distacco del diritto dalla concreta esperienza giuridica, su cui Felix Lamas ha scritto un testo – *La experiencia juridica* – divenuto classico nello studio del pensiero giuridico[2].

Mettendo quasi completamente in disparte l'esperienza giuridica, intesa come contatto intenzionale diretto e immediato dell'uomo con la realtà viva delle innumerevoli relazioni giuridiche, si è trovato il fondamento della giuridicità nell'ipotesi dello stato di natura e nel corollario dell'assoluta libertà e uguaglianza di cui fruirebbero in tale stato tutti gli individui. Con riferimento al ramo penale tale ipotesi ha dato corpo alla tesi, completamente in conflitto con l'esperienza, di una umanità sciolta da ogni legame naturale, tenuta insieme soltanto dalla minaccia del potere sovrano di infliggere un male

[1] F.A. LAMAS, *Dialéctica y concreción del derecho, Colección Circa Humana Philosophia,* Instituto de Estudios Filosóficos "Santo Tomás de Aquino", Buenos Aires, 2020; in particolare, capìtulo VII *El problema del la concreción del derecho,* pp. 105-121.

[2] F.A. LAMAS, *La experiencia juridica,* Instituto de Estudios Filosóficos "Santo Tomás de Aquino", Buenos Aires, 1991.

(cioè la pena) nel caso ciascun soggetto provochi danni agli altri o alla società nel suo insieme.

In tale irrealistico e ideologico stato di natura, cui si rinuncerebbe per dare origine allo stato civile, la libertà di arbitrio sarebbe un'apparenza e il bene e il male sarebbero mere qualificazioni convenzionalmente attribuite alle condotte umane dal sovrano per assicurare, tramite l'uso della coercizione, un certo ordine esterno della società. Si è verificata con ciò la radicale separazione della sfera del diritto dalla sfera della morale.

A cagione della divaricazione del diritto naturale dall'esperienza, nonché della separazione del diritto dalla morale, il diritto naturale è stato reso estraneo al diritto positivo, come se non vi fosse alcuna comunicazione tra l'uno e l'altro. Anzi, come inevitabile conseguenza dell'estraneità del diritto naturale all'esperienza, il diritto positivo, grazie soprattutto all'immensa opera di codificazione, tanto del diritto civile quanto di quello penale, compiuta fin dall'inizio dell'epoca liberale con i codici napoleonici, civile del 1804 e penale del 1810, ha teso a rappresentare l'unica voce del diritto, come se la legge si indentificasse con il diritto e lo esaurisse completamente.

La conseguenza di ciò è stata che, per circa due secoli, non si è fatto più riferimento, per la validità del diritto, al suo contenuto, bensì soltanto alla circostanza che la legge fosse conforme alla regola formale prevista per la sua formazione. Come noto, la riduzione della validità del diritto alla forma o alla maniera in cui è posta la norma giuridica, cioè al procedimento di posizione della norma conformemente al dettato di una norma fondamentale, che è tale perché obbedita di fatto, è la tesi centrale formulata da Kelsen nella *Teoria pura del diritto,* che ha fornito una giustificazione ideologica al positivismo giuridico liberale[3].

In questa prospettiva, una volta ridotto il tema della validità del diritto a forma, la questione della vigenza del diritto è stata ridotta a efficacia, cioè al livello di forza necessario per rendere la legge effettivamente capace di regolare le situazioni che ne costituiscono oggetto.

3. *Scholion*. La fine della nozione formale di validità del diritto non ha favorito il ritorno del diritto all'esperienza

[3] H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960; tr. it. *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, sulla prima edizione, uscita a Vienna nel 1934 (*Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik).*

Come noto, l'epoca del kelsenismo è tramontata, insieme con lo Stato liberale, da almeno mezzo secolo. Non per questo, tuttavia, è avvenuto il ritorno del diritto all'esperienza. Tutt'altro: è sorto, ed è diventato sempre più invasivo, il diritto naturale dei cosiddetti diritti fondamentali, basato sulla medesima ipotesi astratta del giusnaturalismo laico, che ogni individuo è una monade indipendente che si scontra con gli altri individui nella più completa incomunicabilità. V'è però un'aggravante rispetto al vecchio giusnaturalismo: nel processo verso lo Stato liberale l'assoluta libertà e uguaglianza vennero contenute, per esigenze elementari di sopravvivenza, tramite l'espediente del patto sociale che conferiva fittiziamente il potere a un'entità superiore, il sovrano. Nel nuovo fallace giusnaturalismo post-positivista è venuto meno anche il sovrano, perché il soggetto che maggiormente gli assomiglia, che si identifica, sempre più frequentemente, con il giudice, viene ridotto in tesi a farsi semplice garante dell'attuazione della volontà anomica degli individui di essere legge esclusiva a se stessi e di attuare la perfetta intercambiabilità tra loro, senza alcuna distinzione di luogo, di tempo, di tradizioni, di storia, di sesso, e, addirittura, di identità personale.

Quindi, il diritto dei diritti dell'uomo ha aperto la strada alla fine del diritto. Il sovrano, infatti, non ha più il potere di fissare una norma di condotta diretta a tutti e che costituisca il titolo per essere valida *erga omnes*, giacché ciascuno, singolo o gruppo, pretende di farsi legge a se stesso. Avendo perso la nota della validità, il diritto sta progressivamente perdendo anche la nota della vigenza, perché il diritto smarrisce il suo carattere di generalità per rivivere frammentariamente nella pronuncia del giudice che risolve il caso singolo secondo l'utopia del diritto dei diritti dell'uomo.

4. La concretizzazione del diritto naturale per via del riconoscimento e del pareggiamento delle utilità

Se torniamo all'esperienza, dobbiamo invece riconoscere, in senso contrario al processo compiuto dal giusnaturalismo laico, che il diritto positivo ha il compito di concretizzare il diritto naturale nella misura in cui la scienza legislativa – che dovrebbe essere patrimonio di ogni legislatore storico – riesce a coniugare le utilità – cioè i bisogni, le necessità, le esigenze di vita buona e di vita prospera – con l'onestà; ossia a riconciliare la materia della vita sociale con la forma del diritto, ove per materia e forma si intendono le due polarità che costituiscono ogni esperienza giuridica.

Sul presupposto, in vero, che "l'uomo è naturalmente socievole"[4], Giambattista Vico ha insegnato, in un passo cruciale del *De uno universi iuris principio et fine uno* che: «*L'utilità è l'occasione, l'onestà è la causa del diritto e dell'umana società*»[5]. L'onestà – prosegue Vico – «*[...] segue i passi della verità, siccome la volontà va seguitando le orme della mente; e come la mente giunge a possedere una qualsiasi eterna verità allorquando è la sua nozione conforme coll'ordine eterno delle cose, parimente la volontà giunge all'onestà naturale quando concorda coll'ordine eterno delle cose*»[6].

L'onestà è, dunque, l'adeguamento della volontà alla verità eterna. Le utilità non sono, per se stesse, né oneste né disoneste. Disonesta è la loro disuguaglianza. L'utilità del corpo è cosa che svanisce e non dura, ma è eterna l'onestà, per essere sua essenza l'eterna verità. «*Le cose caduche e sfuggevoli non possono generare cosa eterna, né possono produrre ciò che è ad esse superiore; perciò altra cosa è l'occasione, ed altra la cagione […] Dunque l'utilità non fu madre del diritto, e non lo furono nemmeno né la necessità, né il timore né il bisogno, come piacque di dirlo ad Epicuro, al Macchiavelli, all'Hobbes, allo Spinosa ed al Bayle; l'utilità fu soltanto l'occasione per la quale gli uomini, sociali e compagnevoli per propria lor natura, ma pel peccato originale divisi, deboli e bisognosi, vennero a costituirsi in società ed a soddisfare ai lor compagnevoli e naturali impulsi*»[7].

Le utilità sono la materia; l'onestà la forma. Agire secondo giustizia significa indirizzare e pareggiare le utilità secondo verità: «*[…] in ciò consistendo l'unico principio e l'unico fine del diritto universale*»[8]. Al sovrano spetta pareggiare le utilità riconducendole al vero dell'onestà.

5. Il diritto naturale condizione di validità del diritto positivo

Il diritto naturale, dunque, non può stare fuori dal diritto positivo, è dentro il diritto positivo, è la condizione della sua validità. Forse che la norma penale che punisce l'omicidio volontario non appartiene al diritto naturale? Certamente che sì; ma le varie

[4] G.B. VICO, *De Uno Universi Iuris Principio et fine Uno,* in *Opere giuridiche*, a cura di P. Cristofolini, Firenze, 1974, cap. XLV, p. 58.
[5] *Ibidem*, Cap. XLVI, p. 61.
[6] *Ibidem*, Cap. XVIII, p. 48.
[7] *Ibidem*, Cap. XLVI, p. 61.
[8] *Ibidem*, Cap. XLIII, p. 56.

tipologie di fatti, che definiscono le diverse tipologie di condotte che arrecano ingiustamente ad altri la morte, nonché le cornici di pena, previste per ogni tipologia di condotta, determinano e concretizzano la legge universale del non uccidere. L'esempio mostra all'evidenza la necessità che ogni legislatore storico determini con leggi positive il precetto generale e assoluto che scaturisce dalla legge eterna di Dio, anche in relazione al tipo di cultura e al livello di civilizzazione del popolo. Il compito del legislatore storico, già difficile allorquando deve precisare positivamente il precetto universale del non uccidere, diventa ancor più complicato quando deve precisare in norme concrete l'eterno carattere del diritto naturale in relazione ai vari aspetti della vita sociale, laddove il bilanciamento delle utilità si fa più complesso.

Il diritto naturale si articola infatti in precetti di diritto naturale primario, che costituiscono i diritti primitivi di natura; e in diritti naturali posteriori, che sono l'applicazione storica dei primi. Per esempio, il diritto di proprietà privata è un diritto naturale secondario, che precisa come più conveniente, più conforme alla naturale laboriosità e industriosità dell'uomo e più atto ad assicurare il progresso sociale, in via normale e ordinaria, il diritto naturale primario consistente nel diritto di ciascuno alla soddisfazione delle esigenze essenziali della vita propria e della propria famiglia. Perciò spetta alla legislazione positiva stabilire quali siano le situazioni eccezionali in cui il diritto naturale secondario della proprietà privata debba farsi recessivo rispetto al diritto naturale primario della destinazione di tutti i beni materiali a favore dell'intera umanità.

6. La relazione tra il vero e il certo corrisponde alla relazione tra il diritto naturale della ragione e il diritto positivo

Nel *De uno universi iuris* Vico imposta il tema del rapporto tra il diritto naturale e il diritto positivo come rapporto tra il vero e il certo. Il sommo giureconsulto napoletano distingue anzitutto tra la *voluntas legis* e la *ratio legis*: la prima corrisponde al volere del legislatore; la seconda corrisponde alla relazione della norma con il fatto oggetto di regolazione. La *voluntas legis* riguarda le utilità «*[...] e ne asseconda le vicende*»[9]; dunque, è soggetta al cambiamento; la *ratio legis*, come conformità della legge alla natura della cosa, riguarda l'onestà, «*[...] ch'è cosa eterna*»[10]; e non può cambiare.

[9] *Ibidem*, Cap. LXXXI, p. 98.
[10] *Ibidem.*

Ciò perché «*[...] la ragione della legge è quella che la fa essere vera. Il vero infatti è lo specifico e perpetuo carattere del diritto necessario*»[11]. La legge positiva si impossessa di una parte della verità e la rende certa. I legislatori determinano il vero con il certo, obbligando gli uomini ad osservarla, allorché essi non vi consentano per assenso spontaneo derivante dalla naturale verecondia (il *pudor* della lingua latina) che è custode del diritto naturale[12].

Onde si comprende la definizione che Ulpiano fornisce del *ius* civile: «*Ius civile est quod neque in totum a naturali vel gentium recedit nec per omnia ei servit: itaque cum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi*»[13].

Vico conclude con l'asserto che «*[…] il certo proviene dall'autorità, come il vero dalla ragione, ma l'autorità non può del tutto alla ragione contrastare, perché le leggi che alla ragione si opponessero, non sarebbero più leggi, ma legali mostruosità*»[14].

In ogni legge civile, dunque, dobbiamo ricercare il vero, cioè la sua conformità alla natura della cosa regolata: l'*ipsa res iusta*. Il legislatore storico vi aggiunge la ragione civile «*[...] ossia la comune utilità, la quale è necessario e sostanziale elemento di ogni legge, ed anche di quelle ove i legislatori si sono maggiormente inspirati del diritto naturale*»[15]. La ragione civile deve provvedere alla pubblica utilità, e per questo si fa partecipe della ragione naturale.

Anche Vico si dà carico dell'aporia individuata da Félix Lamas tra regola ed eccezione. La legge civile non può essere conforme in tutto alla ragione, poiché, per quanto il legislatore intenda con la legge estendere a tutti la naturale equità, «*[...] non può impedire che occorrano talvolta dei casi pei quali vengano taluni ad essere esclusi dalla generale equità*»[16]. Questi casi non corrispondono a lacune della legge, bensì all'emergenza di situazioni di novità cui la legge civile non era in grado di provvedere per cui il certo della legge deve, in questi casi, comunque cedere al vero della ragione.

---

[11] *Ibidem*, Cap. LXXXII, p. 100.
[12] *Ibidem*, Cap. LI, p. 66.
[13] ULPIANO, *Dig*. I, 1, 6 *De iustitia et iure*: Il diritto civile non si ritrova tutto nel diritto naturale o nel diritto delle genti, né è in tutto al loro servizio; ma talora vi aggiunge qualcosa, tal'altra gli toglie qualcosa.
[14] VICO, *op. cit.*, Cap. LXXXIII, p. 100.
[15] *Ibidem.*
[16] *Ibidem.*

7. La dialettica tra legge universale e legge particolare: non è vero che quest'ultima attinge sempre il concreto in modo migliore. Spesso il diritto è concretizzato più efficacemente dalla legge universale

Nel diritto penale – più che nel diritto civile o nel diritto pubblico costituzionale e amministrativo, in cui la consuetudine o l'interpretazione diretta dei princìpi per opera del giudice consentono di attingere più direttamente al diritto naturale secondario, cioè alle conseguenze logiche dei diritti primitivi e inalienabili – è fondamentale che il certo posto nella legge dall'autorità determini l'ampiezza dei divieti e dei comandi, cioè degli obblighi di fare o di non fare che definiscono le condotte. Ciò per una serie di ragioni che si sono fatte via via più stringenti con il processo della modernità e più ancora nella vicenda contemporanea del diritto penale.

Un rilievo va speso anzitutto sul fondamento dell'interpretazione del diritto positivo secondo i princìpi dell'equità. L'interpretazione riduce la portata del diritto positivo in forza di una ragione universale cui deve subordinarsi la ragione del diritto civile. Accade lo stesso di quanto accade nel caso di una legge speciale che deroga alla legge generale.

Vico rileva che «*[...] tutte le restrizioni che vengono introdotte a limitare gli effetti del diritto positivo sono produzioni della ragione naturale*»[17], allo stesso modo in cui «*[...] tutte le disposizioni che provengono unicamente dalla ragion positiva, […] sono altrettante strettezze che opprimono la ragion naturale, costituendo quel gius rigido che all'equità naturale si contrappone*»[18], la qual cosa è evidente nel caso dei privilegi, che restringono il diritto civile, ma costituiscono sviluppi e conseguenze del diritto naturale, «*[...] perché non senza un qualche merito viene statuito che debbasi escludere alcuno dalla generale uguaglianza giuridica, sciogliendolo dalle leggi che obbligano gli altri cittadini*»[19].

Quindi, l'eccezione, che particolarizza il diritto positivo, è espressione di una ragione più universale; all'incontro, la legge del diritto positivo costituisce una limitazione del diritto universale.

8. Aspetti peculiari del diritto penale: il legislatore deve tenersi il più stretto possibile al diritto naturale

[17] *Ibidem*, Cap. LXXXV, p. 102.
[18] *Ibidem.*
[19] *Ibidem.*

Nel diritto penale il certo della legge positiva ha un rilievo più ampio rispetto a quello riconosciutogli negli altri rami del diritto. Ciò deriva dalla funzione correttiva del diritto penale, che si esprime tramite sanzioni che limitano in maniera incisiva i diritti della persona. In questo campo, pertanto, la legislazione positiva ha il dovere di non sbizzarrirsi troppo nella determinazione dei precetti universali del diritto naturale al fine di non correre il rischio di allontanarsi dai suoi princìpi. La giurisprudenza, peraltro, non ha ordinariamente titolo per far riemergere, tramite l'eccezione, il diritto naturale.

Nel diritto penale affiora, poi, in modo prepotente, il tema del rapporto tra validità e vigenza della norma, che evidenzia l'importanza della virtù della prudenza dell'autorità politica nel configurare l'insieme delle fattispecie punitive. Per molti versi, mentre nel diritto civile un ruolo cruciale ha la *iuris-prudentia*, cioè la prudenza del giudice nel focalizzare la *res iusta* attribuendo peso all'eccezione, che si riconduce al diritto naturale, rispetto alla regola dello *ius* civile, nel campo penale ha un rilievo molto maggiore la prudenza del legislatore, in quanto spetta a lui evitare di allontanarsi troppo dal diritto naturale, sia per non violare il giusto universale, sia per non gravare i cittadini con la pena tramite leggi che soltanto molto indirettamente e remotamente possono ricondursi al diritto naturale.

Ciò al fine di evitare l'effetto, in questo secondo caso, che la validità della norma non riesca a coniugarsi con la sua vigenza.

9. Il distacco del diritto penale della modernità dalla legge eterna dell'ordine

La storia del diritto penale moderno, la cui origine viene normalmente fatta risalire al giusnaturalismo sensista e materialista, rivela il tentativo della cerchia illuminista riunita intorno al progetto dell'*Encyclopédie* di staccare il diritto penale dall'esperienza ricavata dalla sua storica concreta vigenza. Lo strumento usato a questo scopo fu il *pamphlet* di Cesare Beccaria *Dei Delitti e delle Pene*[20].

[20] C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene,* testo italiano stabilito da Gianni Francioni e pubblicato in *Des délits et des peines – Dei delitti e delle pene, introduction, traduction et notes de Philippe Audegean, texte italien établi par* Gianni Francioni, Lyon, 2009, pp. 136-296. Il nuovo testo si discosta in parte da quello pubblicato sempre da Francioni nel volume I dell'*Edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria*, a cura di L. FIRPO, G. FRANCIONI [C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di G. Francioni, Milano, 1984, 13-214], che era basato sulla quinta edizione del 1766 dell'opera (per le differenze tra i due testi v.

L'obiettivo fu di costruire una sorta di diritto penale utopico, basato sull'ipotesi controfattuale del contratto sociale, nel quale la distanza tra il bene e il male era cancellata, siccome bene e male sarebbero semplici *nomina* convenzionalmente adottati dal sovrano per tenere sotto controllo i cittadini.

La condotta umana criminale venne sradicata dal nucleo essenziale della libertà dell'arbitrio di ogni singola persona. Conseguentemente fu sottratto alla pena il suo intrinseco valore morale di strumento volto a garantire il bene comune della società.

Questa visione utopistica del diritto esercitò, per un verso, una funzione distruttrice dell'esistente, per certi aspetti utile (perché il diritto dell'*Ancien Régime* degli Stati assolutisti conteneva molte aberrazioni), in quanto contribuì al superamento di forme spietate e crudeli di esercizio della penalità; per un altro verso, tuttavia, aprì una crisi endemica del diritto penale, in quanto l'utopismo inerente intrinsecamente all'individualismo contrattualista ha allentato il rapporto tra il diritto naturale e il diritto penale, determinando l'effetto di piegare quest'ultimo a svolgere funzioni improprie di politica sociale, di servizio alla politica del governo e non alla legge eterna dell'ordine.

10. La concretizzazione del diritto naturale nel diritto positivo avviene attraverso la prudenza del legislatore

Non mancarono all'origine del diritto penale moderno Autori, soprattutto in Italia, che colsero perfettamente il carattere essenziale che ha la dipendenza della legge positiva dalla legge eterna dell'ordine affinché la legge sia giusta e giusta sia la sentenza. Questi Autori compresero anche l'importanza del rapporto tra i tipi di fatto del diritto positivo e i fatti oggetto di giudizio; un rapporto virtuoso impone che i tipi di fatto siano costruiti con le note di ingiustizia ricavate dai fatti concreti percepiti dall'esperienza comune come intrisi di ostilità pervicace al bene comune.

G. FRANCIONI, *Note sur l'établissement du texte italien,* in *Des délits et des peines,* cit., pp. 125-133). Il testo da ultimo stabilito è il risultato degli studi critici e filologici di Gianni Francioni sul processo di trasformazione dell'opera di Beccaria: il primo manoscritto, redatto tra il marzo 1763 e il gennaio 1764, subì una prima profonda revisione, nella struttura e nel contenuto, ad opera di Pietro Verri nello stesso 1764 e fu pubblicato anonimo, senza indicazione di luogo e di editore, nel luglio 1764; a fine novembre 1764 fu pubblicata una edizione pirata con la falsa indicazione di Monaco come luogo di edizione, ma stampata a Firenze e presentata come la seconda edizione riveduta e corretta; la terza edizione, rivista, corretta e implementata, approvata da Beccaria, fu quindi pubblicata con la falsa indicazione di Losanna nel marzo 1765; la quarta edizione, pirata e stampata nel 1765, che riprendeva il contenuto della seconda edizione, fu pubblicata con la falsa indicazione di Monaco 1764; infine, la quinta e ultima edizione italiana dell'opera fu pubblicata nel marzo 1766.

La lezione di questi Autori, di grande valore scientifico, è stata quasi dimenticata. Togliendo dal piedistallo Beccaria, questi Autori dovrebbero essere posti, tanto in Italia quanto a livello internazionale, a fondamento di un ricominciamento del diritto penale contemporaneo. Mi riferisco a Giovanni Carmignani[21], a Francesco Carrara[22], che si formarono in area toscana, e a Niccola Nicolini[23], che si formò in area napoletana. Non posso soffermarmi su di loro in questa sede. Mi limito a osservare che essi colsero bene l'essenza della concretizzazione della legislazione penale nella forza di previsione propria dell'autorità politica, che deve dispiegarsi in modo tale che la giustizia, «*[...] impotente a proteggersi, non sia sovvertita*»[24].

Nelle parole di Carmignani il concetto è formulato in modo assai limpido: «*La forza di previsione dell'autorità politica non può desumere la sua indole, e le proprie combinazioni dagli speculativi princìpi del gius di natura, i quali si contentano l'esser le basi della giustizia, ma deve desumere l'una, e le altre dalla prudenza, che la pratica indole delle umane passioni, e dei bisogni dell'ordine sociale consiglia*»[25].

Più avanti nello stesso testo Carmignani, prendendo le difese di ciò che egli chiama il diritto politico – ovvero il diritto tramite il quale la prudenza dello statista intende procurare il bene comune della società – rileva che la scienza di un tale diritto è la teoria di una ragione pubblica «*[...] esplicatrice, ed applicatrice delle regole della naturale*

---

[21] Per l'approfondimento delle opere e del pensiero di Giovanni Carmignani si rinvia agli scritti pubblicati in *Giovanni Carmignani (1768-1847). Maestro di scienze criminali e pratico del foro, sulle soglie del Diritto Penale Contemporaneo*, a cura di Mario Montorzi, Pisa, 2003. Per la biografia v. A. MAZZACANE, *Giovanni Carmignani: un profilo intellettuale*, in *Giovanni Carmignani (1768-1847)*, cit., pp. 1-10, che riprende, salvo brevi ritocchi, la voce *Carmignan*i redatta per il *Dizionario biografico degli Italiani* (vol. 20, Roma, *Istituto della Enciclopedia Italiana*, 1977).

[22] Sulle opere e il pensiero di Francesco Carrara si rinvia agli scritti contenuti in *Francesco Carrara nel primo centenario della morte. Atti del Convegno internazionale, Lucca-Pisa 2/5 giugno 1988*, Milano, 1991. Per le notizie biografiche v. A. MAZZACANE, *Dizionario Biografico degli italiani*, Volume 20, Roma, *Istituto della Enciclopedia Italiana*, 1977.

[23] Niccola Nicolini (1772-1857), fu primo presidente della Corte di cassazione del Regno di Napoli, professore di diritto e procedura penale nell'Università di Napoli e ministro senza portafogli da 1841 al 1848. Della sua grandezza scientifica riferì Enrico Pessina (E. PESSINA, *Enciclopedia del diritto penale italiano,* vol. II, Milano, 1902, p. 597), nonché M. Ortolan (M. ORTOLAN, *Criminalistes italiens: Niccola Nicolini*, in *Revue de législation et jurisprudence*, 1845, p. 322). Eugène Flotard espresse la sua ammirazione per Nicolini in E. FLOTARD, *Principes philosophiques et pratiques de droit pénal. Extraits et traduits des oeuvres de Niccola Nicolini*, Paris, 1851. Tra le opere principali si ricorda N. NICOLINI, *Della procedura penale del Regno delle Due Sicilie*, voll. 1-3, Napoli, 1828-1832; ID., *Le questioni di diritto*, vol. I-II, Napoli, 1870.

[24] G. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, I, Pisa, 1831, p. 66.

[25] *Ibidem*.

giustizia ai bisogni sociali degli uomini»[26]. La prudenza politica della ragione pubblica si esprime tanto negli oggetti di sicurezza quanto negli oggetti di prosperità. Solo ai primi oggetti afferisce il diritto penale, il cui criterio di intervento «*[...] è la necessità di difendere l'opera della natura nei diritti, che da lei sola derivano, e di difendere l'aggregazione sociale in quanto ella è pure un'opera della natura*»[27].

Questo criterio contiene anche in se stesso il suo limite, costituito dalla necessità di difendere quei diritti di carattere essenziale, vuoi individuali vuoi sociali; necessità, pertanto, che «*non può eccedere lo scopo, che il diritto stesso della natura le segna, vale a dire il bisogno di proteggere dalle invasioni illecite quel che esso nelle proprietà dell'uomo ha creato*»[28]. In definitiva Carmignani si fa eco dell'assioma di Giambattista Vico: l'utilità è l'occasione; l'onestà è la causa del diritto penale.

11. La particolarizzazione eccessiva non sempre si sposa con la concretezza, perché spesso fa perdere di vista la totalità del bene comune

Viene in considerazione a questo punto una aporia empirica del diritto, messa in luce da Félix Lamas[29], tra totalità e particolarità. Il diritto penale contemporaneo, che, per quanto disordinatamente, è erede del diritto penale liberale, ha intensificato in maniera quasi onnipervadente la tutela degli interessi particolari, prevedendo norme punitive intese ad apprestare tutela tramite la pena a una miriade di interessi, individuali e soprattutto diffusi, che affiorano nella società. Questa particolarizzazione della tutela, con la precisazione del quadro circostanziale che distingue il fatto ingiusto da quello giusto, sembra in apparenza seguire un itinerario di progressiva concretizzazione.

Senonché, questa particolarizzazione rischia di non tener conto del fatto che la parte va inserita nel tutto. Il tutto attiene al bene comune della società politica. E allora, la particolarizzazione concorre a un processo di derealizzazione, perché non considera che, per attingere una vera concretezza, il diritto – soprattutto quello penale – deve tener conto che il particolare va inserito nel tutto. La valutazione *sub specie* penale delle condotte deve tener conto, invero, degli antecedenti temporali di ogni tipo di condotta e prevedere

[26] *Ibidem*, p. 82.
[27] *Ibidem*, p. 83.
[28] *Ibidem*, p. 84.
[29] F. LAMAS, *La experiencia juridica*, cit., pp. 398-415.

le conseguenze sociali di una valutazione penale della medesima nel quadro del bene comune dell'intera società.

Faccio un esempio, che attiene alla penalizzazione, estremamente diffusa in Europa, delle condotte riconducibili *lato sensu* alla colpa medica. Non si nega evidentemente che gravi imprudenze o negligenze nell'esercizio della medicina o della chirurgia debbano essere ricondotte sotto l'impero della legge penale. Vero è, però, che la qualificazione come colpose di condotte cliniche compiute in condizioni prognostiche di estrema incertezza, ovvero di condotte chirurgiche spese nell'ambito di quadri patologici pressoché inarrestabili rischia di provocare – ed effettivamente provoca – conseguenze collaterali di grave pregiudizio per il bene comune, tanto in relazione alla creazione di un'attitudine incongruamente difensiva nei medici, quanto in relazione alla produzione nella collettività di una sorta di rivendicazionismo a un preteso diritto alla guarigione. I due effetti negativi sono la conseguenza di una particolarizzazione esagerata della tutela penale del paziente in ambito medico. Il legislatore, propendendo per una nozione minuziosa e specifica della colpa, inseguendola in condotte estremamente complesse, sempre ai confini tra la perfezione e l'imperfezione, finisce per trascurare l'interesse del tutto, che vuole il medico salvo dalla colpevolizzazione per la semplice imperfezione del suo operato. Né il rivendicazionismo esasperato di un diritto alla cura perfetta si sposa con il bene comune, che postula che ciascuno riconosca la propria finitudine e la limitatezza delle forze umane rispetto alla cura della malattia.

12. Il rapporto tra validità e vigenza della legge penale

Un tema ulteriore riguarda, come già si è accennato, il rapporto tra validità e vigenza della legge penale. Quanto più la legge penale si particolarizza – intendendo con ciò acquistare una maggiore concretezza – tanto più perde il contatto con la giustizia del diritto naturale. Questa perdita di contatto – anche se non fa divenire di per sé ingiusta la legge – ingenera due fenomeni correlativi, entrambi tendenti a un medesimo effetto, consistente nella perdita di vigenza della legge. Per un verso, infatti, il cittadino, non intravvedendo in modo palese la *ratio* di giustizia della legge, non si fa scrupolo di disattenderla. Per altro verso, il giudice, di fronte alla quantità massiccia di violazioni, non si fa scrupolo di disapplicare la legge.

Può al riguardo formularsi una correlazione tratta dall'esperienza: quanto più si moltiplicano le leggi punitive tanto più aumentano la loro violazione e la loro disapplicazione. La spiegazione di ciò non è soltanto di ordine quantitativo, del tipo: il giudice non riesce a reggere con il suo lavoro il ritmo sempre crescente degli accadimenti devianti dalla norma. La spiegazione è di ordine qualitativo: la pena è un costo enorme tanto per il singolo quanto per la collettività. E la società è disposta a pagare questo costo soltanto quando la condotta illecita abbia una carica eversiva del bene comune, ponendo in pericolo la pace nella vita associata, ossia, allorquando la norma punitiva sia prossima ai princìpi essenziali della giustizia.

13. Stabilità e autorevolezza della legge penale: effetti sulla convinzione sociale circa la validità e la vigenza della legge

Un tema ulteriore riguarda il rapporto tra la stabilità e la mutazione della legge penale[30].

Il diritto penale contemporaneo è caratterizzato da un forte indice di cambiamento. Non soltanto si assiste all'introduzione di sempre nuove tipologie di reato – si dice: per adeguare il diritto al mutamento della realtà – ma anche al continuo cambiamento degli elementi costitutivi di numerosi reati o alla variazione delle cornici di pena. Un esempio italiano recente relativo alla modifica delle cornici di pena: la corruzione è stata punita per molto tempo con la pena della reclusione da due a cinque anni. Nel 2012 la cornice sanzionatoria è stata innalzata da quattro a otto anni. Nel 2015 la cornice è stata portata da sei a dieci anni[31]. È possibile che la pena originaria fosse troppo tenue. Certo la triplicazione nel minimo e il raddoppio nel massimo in pochi anni costituisce il segno di uno squilibrio del legislatore che non depone nel senso di un adeguato bilanciamento tra gli interessi oggetto di tutela e le ragioni di giustizia che stanno a fondamento della penalità. Mutazioni delle cornici di pena sono intervenute, peraltro, con riferimento a una serie numerosa di reati; segno evidente di una tendenza smodata e arbitraria al cambiamento da parte del legislatore.

[30] F. LAMAS, *La experiencia juridica*, cit., pp. 415-422.

[31] La pena prevista per il delitto di corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio (art. 319 c.p.), fissata dalla L. 26.4.1990, n. 86 nella misura compresa «*da due a cinque anni*» di reclusione, è stata aumentata dapprima dall'art. 1, co. 75, lett. g) L. 6.11.2012, n. 190 «*da quattro a otto anni*» e, successivamente, dall'art. 1, co. 1, lett. f) L. 27.5.2015, n. 69 nella misura compresa «*da sei a dieci anni*» di reclusione.

Il mutamento della legge penale dovrebbe corrispondere a un mutamento significativo delle contingenze della vita sociale. Se questa corrispondenza non esiste o, almeno, non è percepibile, il cittadino non può non mettere in dubbio la ragione di giustizia che sta alla base della norma penale. Il dubbio su questo aspetto distacca la norma dal suo fondamento e inficia la vigenza del precetto. La norma giuridica e – in specie – la norma penale deve caratterizzarsi per la sua stabilità – segno evidente della permanenza nel tempo del valore dei beni tutelati e, soprattutto, del primato del bene comune cui deve ispirarsi l'intero ordinamento penale. La mutazione frequente, non in relazione al cambiamento significativo delle condizioni sociali, ma per semplice decisione del legislatore, inficia la convinzione nei cittadini della validità della legge e indebolisce il suo vigore nel contenimento della devianza penale. Ha, pertanto, conseguenze pregiudizievoli per la stessa vigenza della legge.

L'affievolita vigenza delle leggi penali, peraltro, trova la sua causa principale nel pervertimento dei costumi. Una fonte importante della vigenza del diritto penale è la stabilità dei costumi, ispirati alla *pietas*, alla religione, all'onore, alla fedeltà, alla laboriosità, alla solidarietà – costumi tutti che rinviano a una certa serietà e austerità di vita. Tali costumi sono la fonte indispensabile della vigenza della legge penale. Quando ai costumi ispirati alla pietà e alla religione si sostituiscono abitudini che estenuano la società, anche il diritto penale smarrisce la sua vigenza, nonostante che i legislatori si sforzino di approvare leggi punitive e le giurisdizioni infliggano condanne severe.

In verità, a due secoli e mezzo di distanza, si può constatare la fallacia del *dictum* di Beccaria nel noto *pamphlet.* Secondo il milanese: «*Chi conosce la storia di due o tre secoli fa e la nostra, potrà vedere come dal seno del lusso e della mollezza nacquero le più dolci virtù, l'umanità, la beneficienza, la tolleranza degli errori umani*»[32]: dal lusso e dalla mollezza sono nati invero vizi gravissimi e delitti innumerevoli, che stanno annichilendo la vigenza del diritto penale, che mai come nella contemporaneità subisce violazioni così tanto numerose che le carceri dei paesi occidentali non sono più in grado di contenere i condannati per quella parte minima di delitti che vengono giudicati. Venuta meno la fonte del costume tradizionale, vilipeso dal processo di empietà, la legge penale sta perdendo via via la sua vigenza sociale.

[32] C. BECCARIA, *Dei Delitti,* cit., § V, p. 158.

Nella terza edizione della *Scienza Nuova*, pubblicata postuma nel 1744, Vico osserva che: «*[...] tutte le nazioni così barbare come umane, quantunque, per immensi spazi di luoghi e tempi tra loro lontane, divisamente fondate, [custodiscono] questi tre umani costumi: che tutte hanno qualche religione, tutte contraggono matrimoni solenni, tutte seppelliscono i loro morti; né tra nazioni, quantunque selvagge e crude, si celebrano azioni umane con più ricercate cerimonie e più consagrate solennità che religioni, matrimoni e seppolture*»[33].

Tutte le nazioni hanno una qualche religione. Vico proclama con forza l'assoluta incompatibilità tra l'ateismo e il diritto, ricordando che Cicerone dichiara impossibile ragionare di leggi con chi non conceda almeno vi sia provvidenza divina[34]. Nei popoli che furono cristiani il laicismo ha vinto la sua battaglia multisecolare, realizzando con l'Unione Europea la società ideale dei mercanti descritta da Benedetto Spinoza nel *Tractatus theologico-politicus* del 1670, tutta mirante al profitto e all'interesse, in cui dio è mammona. Le nozze più non sono sante e solenni. Le convivenze, anche di persone dello stesso sesso, erodono il matrimonio, istituto basilare del diritto naturale delle genti. Le sepolture più non sono solenni. Nell'onnipervadente vilipendio dell'onore, neanche al defunto più dovrebbero essere prestate le onoranze. La mentalità laicista, inoltre, si dà cura affinché dalla cerimonia della sepoltura non traspaia la realtà invisibile del passaggio dell'anima alla dimensione sopra terrena, nella speranza della resurrezione del corpo.

Per ripristinare la vigenza del diritto penale occorre anzitutto ridare vigore a costumi austeri di vita, che ne sono fonte indispensabile.

---

[33] G. VICO, *Principi di scienza nuova d'intorno la natura delle nazioni*, Napoli, 1744, ora in ID., *Opere*, a cura di A. BATTISTINI, Milano, 2005, *Degli elementi*, VII, p. 542.

[34] ID., *Principi di scienza nuova*, cit., 544. Il rinvio è a M.T. CICERONE, *De Leg.* I, 7, p. 21.

Abstract

MAURO RONCO, Il problema della concretizzazione del diritto, soprattutto in ambito penale

Il problema della concretizzazione del diritto si risolve nel duplice tema della determinazione del diritto naturale tramite il diritto positivo, nonché dell'effettività del diritto come punto terminale della catena causale giuridica; in definitiva, nella questione relativa alle fonti di vigenza del diritto. Nell'articolo vengono svolte alcune considerazioni su entrambi i temi, prendendo a termine di riferimento il diritto penale, che, come branca importante della sfera pubblica del diritto, presenta peculiarità che fanno risaltare la complessità del processo della sua concretizzazione.

Parole chiave: diritto penale, concretizzazione, diritto positivo, giusnaturalismo laico, bene comune.

MAURO RONCO, The problem of the concretization of law, especially in the criminal field

The problem of the concretization of law is resolved in the twofold issue of determining natural law through positive law, as well as the effectiveness of law as the end point of the legal causal chain; ultimately, in the question relating to the sources of validity of the law. The article discusses some considerations on both issues, taking criminal law as a reference, which, as an important branch of the public sphere of law, has peculiarities that highlight the complexity of the process of its concretization.

Key words: criminal law, concretization, positive law, secular natural law, common good.

GABRIELE CIVELLO
Avvocato e Abilitato Professore Associato di Diritto penale
Università degli Studi di Padova

IL POLITICAMENTE CORRETTO: UNA NUOVA BARBARIE DELLA RIFLESSIONE? [*]

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive – 2. Le cause semiotico-linguistiche del politicamente corretto – 3. Il rapporto tra parola e realtà in Platone – 4. Il rapporto tra parola e realtà in Aristotele – 5. Il rapporto tra parola e realtà in Sant'Agostino – 6. Il pensiero contemporaneo – 7. Considerazioni conclusive – 8. Una piccola proposta di *pars construens*.

1. Considerazioni introduttive

Nel saggio *Politics and the English Language*[1] del 1946, George Orwell (1903-1950) sostiene che il decadimento del linguaggio sia diretta conseguenza del declino politico, economico e culturale della nostra civiltà; a tal riguardo, il *pamphlet* riporta alcuni esempi linguistici, dimostrando come l'idioma inglese sia andato incontro a gravi fenomeni di usura o di ipertrofia quali l'utilizzo superfluo di parole esotiche, la ridondanza di sinonimi e, ancor più, la trasformazione di concetti chiarissimi – ma politicamente "scomodi" – in corrispondenti perifrasi eufemistiche apparentemente più garbate ed eleganti, ma in verità equivoche e ricche di ipocrisia. In tale breve ma densa analisi è racchiusa, secondo i più, una geniale profezia del "politicamente corretto"[2], il quale si sarebbe fatto strada progressivamente all'interno della civiltà cosiddetta occidentale, sino a divenire oggi, dopo oltre settant'anni dalla morte di Orwell, un fenomeno globale apparentemente inarrestabile.

[*] *Contributo sottoposto a valutazione*. Una sintesi del saggio del prof. Civello è stata già pubblicata sul sito del Centro Studi Livatino, in https://bit.ly/3dTltaC

[1] G. ORWELL, *Politics and the English Language*, in *Horizon*, 1946, vol. 13, pubbl. 76, pp. 252-265.

[2] Sul "politicamente corretto", la bibliografia internazionale è assai vasta; fra tutti, citiamo qui G. REGUZZONI, *Il liberalismo illiberale. Come il politicamente corretto è divenuto la nuova religione civile delle società liberali*, Arona, 2015; E. CAPOZZI, *Politicamente corretto. Storia di un'ideologia*, Venezia, 2018; J. FRIEDMAN, *Politicamente corretto. Il conformismo morale come regime*, Milano, 2018; R. HUGES, *La cultura del piagnisteo. La saga del politicamente corretto*, Milano, 1994; inoltre, in www.centrostudilivatino.it, cfr. M. RONCO, *Il 'caso Der Spiegel': fake news e narrazioni mendaci*, 18 maggio 2021. Infine, ci sia consentito il richiamo a G. CIVELLO, *Cause ed effetti del "politicamente corretto": una ipotesi di lavoro*, in *Studium*, 2021, in corso di pubblicazione.

Il *politically correct* è, a grandi linee, una prassi sociale – una nuova forma di *conformismo*, da taluni definito persino come una sorta di *religione politica*[3] – nata soprattutto negli Stati Uniti d'America e, più in generale, nei paesi anglosassoni oltre che scandinavi, la quale comporta la modificazione o la sostituzione di espressioni linguistiche preesistenti con corrispondenti nuove locuzioni o perifrasi; ciò al dichiarato fine di evitare che i preesistenti "modi di dire" possano ferire o persino intimidire determinate classi di soggetti, individuati per il sesso o l'orientamento sessuale, lo *status* di salute fisica o mentale, l'opinione religiosa o filosofica, la provenienza etnica o geografica, l'appartenenza sociale, economica, sindacale o politica, e così via. Celeberrimi, ad esempio, i casi di sostituzione della parola *invalido* con *disabile* e, poi, *diversamente abile*; *cieco* con *non vedente*; *nero* con *persona di colore* oppure *afroamericano*; *spazzìno* con *operatore ecologico*; *bidello* con *operatore scolastico*, eccetera. Oppure ancora, lasciando solo per un momento l'ambito strettamente linguistico, la rimozione del presepe dalle scuole per non offendere chi non crede in Gesù, l'eliminazione della carne di maiale dalle mense scolastiche o universitarie per non urtare i musulmani, e molti altri casi esemplificativi.

In definitiva, il politicamente corretto sottende il tentativo di edulcorare il linguaggio verbale o non verbale, soprattutto depurandolo da una serie cospicua di curvature assiologiche, nella convinzione che queste ultime potrebbero ferire la sensibilità o l'autostima di taluni; per questa ragione, il citato fenomeno comporta l'adozione eufemistica di espressioni linguistiche o di comportamenti deliberatamente più neutri, anodini, "freddi" e assiologicamente indifferenti (almeno in apparenza), onde scongiurare il predetto effetto potenzialmente offensivo.

2. Le cause semiotico-linguistiche del politicamente corretto

Negli ultimi anni, gli studi filosofici, politologici e sociologici sul "politicamente corretto" hanno proliferato in numerosi paesi anglosassoni ed europei, giungendo a individuare l'origine e le cause di tale fenomeno.

Un possibile fattore genetico del *politically correct* potrebbe essere una sorta di "mutazione" alla quale è andato incontro il pensiero progressista degli ultimi decenni: se,

[3] Così in G. REGUZZONI, *op. cit.*, *passim*, spec. p. 63 ss., con una serie di riferimenti storici e di letteratura.

fino agli anni ’50/’60, l’attenzione delle sinistre marxiste era pressoché tutta rivolta alle questioni socio-economiche come il superamento dell’eccessiva sperequazione fra le differenti classi sociali, l’accesso di tutti i cittadini, anche i meno abbienti, ai diritti fondamentali quali la salute, il lavoro, la casa, l’istruzione e così via, dagli anni ’60 ad oggi – e ancor più dopo la caduta del “blocco Sovietico” – l’attenzione dei progressisti si è bruscamente traslata dai temi socio-economici a quelli di natura ideologico-intellettuale come, soprattutto, l’iper-ambientalismo, l’iper-animalismo, le battaglie del *gender*, LGBT, e così via. Questo è il primo *humus* nel quale sono nate e si sono sviluppate le maggiori forme di politicamente corretto, fondate sulla cura, spesso maniacale e martellante, nei confronti dei *modi* di espressione del pensiero, soprattutto nelle sedi pubbliche e istituzionali, piuttosto che del *merito* delle idee espresse.

Ma un’altra importante causa genetica del *politically correct* sembra essere una inedita sopraffazione dei contenuti da parte della forma, e dei significati da parte dei significanti[4]: se la tradizione classica di matrice platonico-aristotelica insegnava che le parole non sono puri *flatus vocis*, ma rappresentano una forma di segno ancillare rispetto agli “enti reali”, la modernità e soprattutto la c.d. “postmodernità” sono epoche nelle quali tale equilibrio ultrabimillenario si è sfaldato rapidamente.

A tal proposito, la strenua battaglia dell’uomo di oggi contro il realismo filosofico sta comportando un effetto collaterale davvero dirompente: il verbo, la parola, il *logos*, non sono più puri strumenti e mezzi per un fine che li trascenda, vale a dire la significazione di una realtà che è, sì, indicata dalla parola ma *non è* la parola stessa, non si identifica col segno; al giorno d’oggi, la parola come “segno” tende sempre più ad assumere una sorta di statuto ontologico autonomo, come se il *significante* stesso potesse fare a meno della realtà oggettiva *significata*. Si tratta di un fenomeno semiotico che è stato icasticamente denominato “significante alla deriva”[5] e che sottende «l’idea che non esistano proprietà autonome della realtà che non siano riducibili al linguaggio»[6], idea che oggi viene chiamata “svolta linguistica” ma che affonda le proprie radici nel nominalismo medievale e, ancor prima, nella concezione sofistica della parola umana.

---

[4] J. FRIEDMAN, *op. cit.*, p. 71: «*Il politicamente corretto è una forma di comunicazione in cui il valore di segno, l’attribuzione categoriale degli enuncianti e dei testi, è considerevolmente più significativa del loro contenuto semantico*».
[5] R. HUGES, *op. cit.*, pp. 71-72.
[6] J. FRIEDMAN, *op. cit.*, p. 22.

3. Il rapporto tra parola e realtà in Platone

Sin dai dialoghi di Platone, la filosofia occidentale manifestò una profonda fiducia circa la capacità del *logos* di farsi effettivo e reale strumento di conoscenza[7], come dimostra l'adozione stessa del metodo dialogico da parte di Socrate e del suo geniale allievo; lo stesso pensiero, si afferma nel *Teeteto*[8] e nel *Sofista*[9], non è altro che un silenzioso colloquio "a parole" dell'anima con se stessa, la quale assomiglia così ad un vero e proprio *libro*[10].

Nel *Cratilo*, Platone pose già numerose questioni che sarebbero poi state oggetto della scienza semiotica e linguistica contemporanea: a fronte della tesi sofistica espressa da Ermogene, secondo cui i nomi sarebbero frutto del puro accordo e della convenzione sociale[11], Cratilo (allievo di Eraclito) dimostra che i nomi hanno necessariamente un qualche legame naturale – forte o flebile che sia – con le cose da essi significate e rappresentate[12], e in particolare con il loro *eidos*, la forma, essenza e idea universale cui i singoli enti individuali partecipano.

Si pone, dunque, già in Platone il problema dei rapporti tra significante e significato, tra segno e cose del mondo, tra *physis* e *nomos* della parola, in una prospettiva squisitamente realistica, avente cioè a proprio fulcro la *res* oggettiva, e non già un "io" puramente soggettivo: «*altro è il nome, altro è invece ciò di cui esso è nome*», afferma Socrate affrontando problematicamente sia la tesi di Ermogene sia quella di Cratilo (430a), non senza precisare di lì a breve che il modo migliore per conoscere le cose è quello diretto, che pone al centro della *episteme* la *res* di cui il "nome" è solo una

---

[7] PLATONE, *Sofista*, 260a: «*Per noi il discorso (*logos*) è uno dei generi degli enti. Se fossimo privati di esso, saremmo privati – la cosa più grave di tutte – della filosofia stessa. Inoltre, in questo momento, dobbiamo metterci d'accordo su che cosa è un discorso: se ne venissimo privati in modo che esso non esistesse affatto, non saremmo in grado di dire più nulla, se non erro*». Sui rapporti tra parola e realtà in Platone, è ormai classico M. KRAUS, *Namen und Sache*, Amsterdam, 1988; cfr. in chiave ricostruttiva, M. ERLER, *Platone e il linguaggio*, in ID., *Platone. Un'introduzione*, Torino, 2008, p. 121 ss.

[8] PLATONE, *Teeteto*, 189e.

[9] PLATONE, *Sofista*, 263e: «*Pensiero e discorso sono la stessa cosa, tranne che l'uno è un dialogo interno dell'anima con se stessa, che avviene senza voce, ed è proprio questo che noi abbiamo denominato pensiero*».

[10] PLATONE, *Filebo*, 38e.

[11] PLATONE, *Cratilo*, 384d-e: «*Il nome di qualunque cosa non gli appartiene per natura, ma solo per disposizione e consuetudine di coloro i quali trasformano le parole in uso corrente e le utilizzano*». Sul *Cratilo*, è celeberrimo il commento redatto da Proclo nel V sec. d.C.

[12] *Ibidem*, 383a-b: «*Ogni cosa possiede la corretta denominazione che gli spetta per natura, [...] nel complesso la stessa per Greci e barbari*».

immagine linguistica («*le cose devono essere imparate e ricercate non a partire dai nomi, bensì a partire da se stesse molto più che dai nomi*»: 439b).

Posto, tuttavia, che gli enti reali, individuali e concreti, sono soggetti al fenomeno del continuo mutamento-movimento, i nomi rappresentano pur sempre un importante ausilio alla conoscenza, poiché concorrono a rispecchiare la stabilità dell'universale che giace all'interno di ogni ente mondano individuale; ciò, nella consapevolezza che il medesimo nome può indicare più cose, e che la medesima cosa può avere più nomi, così che tra le due entità non sempre si dà una relazione biunivoca e rigida[13]. Il discorso «*che dice gli enti come sono è vero, mentre quello che li dice come non sono è falso*» (385b): non esiste, dunque, per Socrate e per Platone espressione linguistica vera in sé e per sé, poiché il criterio di verità o di falsità di ogni discorso consiste nella conformità o difformità del medesimo rispetto agli enti del mondo in esso significati e rappresentati, per il tramite della entità universale chiamata "idea"[14].

4. Il rapporto tra parola e realtà in Aristotele

Il *De interpretatione* (Περὶ Ἑρμηνείας) di Aristotele è un altro importante snodo nello sviluppo di una teoria linguistica di matrice realistica.

L'*incipit* dell'opera è particolarmente eloquente e perentorio: «*I suoni sono i simboli delle affezioni dell'anima e i segni scritti sono i simboli dei suoni*»; a loro volta, le "affezioni dell'anima", cioè i pensieri o rappresentazioni mentali, si riferiscono alle realtà (*pràgmata*) di cui sono immagini[15].

Come hanno meglio chiarito gli esegeti[16], lo Stagirita individua dunque quattro piani teorici oggetto di analisi semiotica: le cose reali (*pràgmata*); le immagini che di esse l'uomo si fa nel pensiero sotto forma di "affezioni" (*patémata*), immagini (*omoiomata*) o pensiero stesso (*noema*)[17]; i suoni (*phonai*) che sono lo specchio dei pensieri, cioè le

[13] PLATONE, *Menone*, 74d.
[14] Sul rapporto triadico tra parole, idee e cose del mondo, cfr. M. ERLER, *op. cit.*, p. 121 ss.
[15] ARISTOTELE, *De interpretatione*, 16a. Su questi temi, cfr. J. PÉPIN, *Symbola, semeia, omoiomata: à propos de* De Interpretatione *I, 16a 3-8 et Politique VIII 5, 1340a 6-39*, in J. Wiesner (hrsg.), *Aristoteles: Werk und Wirkung*, W. de Gruyter, Berlin, 1985, pp. 69-126; R. POLANSKY, M. KUCZEWSKI, *Speech and Thought, Symbol and Likeness: Aristotele's* De Interpretatione *16a 3-9*, in *Apeiron* 23 (1990), pp. 51-63.
[16] L. PALPACELLI, *Saggio introduttivo al* De interpretatione, in ARISTOTELE, *Organon* (a cura di Maurizio Migliori), Milano, 2016, p. 161 ss.
[17] ARISTOTELE, *De interpretatione*, 16a 10.

parole dette o parlate; infine le parole scritte (*graphòmena*), segno grafico delle parole "sonore".

Per Aristotele, le sostanze prime sono gli enti individuali o cose reali[18]; via via che ci si allontana da esse, giungendo ai pensieri, alle parole fonetiche e alle parole grafiche, ci si allontana progressivamente dalla realtà oggettiva e naturale, per approdare al piano logico-linguistico, decisamente ancillare rispetto alla prima.

Anche per Aristotele, poi, come per Platone, «*il falso e il vero hanno a che fare con la connessione e la divisione*»[19]: se il discorso congiunge cose che nella realtà sono congiunte, o separa cose che nella realtà sono effettivamente separate, allora esso è vero; se, invece, esso congiunge ciò che è realmente disgiunto, o disgiunge ciò che è realmente congiunto, allora esso diviene falso.

5. Il rapporto tra parola e realtà in Sant'Agostino

Un altro capolavoro del pensiero semiotico di matrice classica è il *De magistro* di Sant'Agostino[20], dialogo che secondo i più sarebbe, dopo gli scritti platonico-aristotelici e la parentesi stoica, la più importante fucina nella quale si sarebbe poi plasmata la moderna filosofia del linguaggio.

Colpisce davvero che il santo Autore abbia deciso di trattare il tema del segno linguistico all'interno di un'opera apparentemente focalizzata su tutt'altre questioni teoriche, vale a dire l'educazione e la didattica; ma la perplessità è presto fugata dallo stesso Agostino: ogniqualvolta noi facciamo ricorso alla parola orale e scritta, in certo modo, noi stiamo *insegnando* al nostro interlocutore un determinato concetto o anche solo le nostre idee o volontà («*Noi parliamo al fine di insegnare o rammentare*»: § 19). Anche

[18] Cfr. E. BERTI, *Il concetto di "sostanza prima" nel libro Z della Metafisica*, in ID., *Aristotele. Dalla Dialettica alla filosofia prima, con saggi integrativi*, Milano, 2014, p. 529 ss., in cui l'insigne studioso patavino evidenzia come, quando la *prote ousia* viene identificata da Aristotele con la forma (*eidos*) delle cose nell'anima, lo Stagirita sta utilizzando il termine *ousia* nel senso di *essentia* (cfr. *Metafisica*, 1032b 16); quando, invece, la *prote ousia* viene identificata con gli oggetti concreti e reali (come un certo uomo o un certo cavallo), il sostantivo greco *ousia* sta a indicare la *substantia* vera e propria (cfr. *Categorie*, 2a 11-19; 3b 10-18).

[19] ARISTOTELE, *De interpretatione*, 16a 12 ss.: «Il falso e il vero infatti hanno a che fare con la connessione (*synthesin*) e la divisione (*diairesin*). Pertanto, i nomi e i verbi in se stessi sono simili al pensiero senza connessione e divisione, per esempio "uomo" o "bianco", qualora non si aggiunga qualcosa: infatti non è falso e neanche vero. C'è una prova di questo: infatti "ircocervo" significa qualcosa, ma non è ancora vero o falso, se non si aggiunge l'essere o il non essere o in senso assoluto o in un tempo determinato».

[20] Cfr. A. CANILI, *Introduzione. Per una storia delle teorie linguistiche: il* De Magistro *di Aurelio Agostino*, in Sant'AGOSTINO, *De magistro*, Milano, 1993.

quando noi semplicemente entriamo in un negozio e diciamo che oggi "è una bella giornata di sole", facciamo ciò per "insegnare", cioè per rendere edotto il nostro interlocutore che potrà uscire senza ombrello, oppure che noi stessi siamo di buon umore, e così via: ogni parola è, dunque, una forma di "insegnamento", cioè di trasmissione di pensieri, concetti o realtà a taluno che ancora non li conosca o, quantomeno, non li abbia chiari e presenti.

Alla domanda «*il segno può essere segno, se non significhi qualcosa?*», il dialogo dà risposta fermamente negativa («*non potest*»: § 3), ribadendo di lì a breve la catena semiotica già scoperta ed esaminata da Platone e Aristotele: «*La parola è segno del nome, e il nome è segno del fiume, e il fiume è segno di una cosa che può vedersi*» (§ 9). In questo modo, «*il linguaggio porge due volti: per l'uno è proteso all'Essere; per l'altro è rivolto agli uomini. Si può quindi compendiare questa parte del dialogo con la sequenza di idee: vivere nel principio della vita beata è vivere socialmente, nella comunicazione tra più soggetti; dunque è parlare; parlare è insegnare. […] Il problema agostiniano si può così formulare: è possibile per l'uomo immettersi nella via dell'Essere? O anche: può l'uomo comunicare parlando? Insegnare con la parola?*»[21].

Le conclusioni di Sant'Agostino sono, come sempre, stringenti: da un lato, «*noi non possiamo affatto dialogare, se l'intelletto, udite le parole, non si conduca alle cose di cui le parole sono segni*» (§ 22); dall'altro, «*le cose che vengono significate sono da tenere in considerazione più dei segni. […] La conoscenza in sé, che ci perviene per mezzo di questo segno, [è] da anteporre al segno stesso*» (§ 25).

6. Il pensiero contemporaneo

Il pensiero moderno e soprattutto quello contemporaneo, a ben vedere, disarticolano progressivamente il nesso ontologico tra segno linguistico e realtà oggettiva, tra significante e significato, portando a estremo compimento i pregiudizi ideologici dell'antica sofistica greca e del nominalismo medievale.

In particolare, la filosofia novecentesca è caratterizzata da quella che è stata definita la "svolta linguistica"[22]: per Martin Heidegger (1889-1976), *il linguaggio è la casa*

[21] Cfr. A. CANILI, *op. cit.*, pp. 14-15.

[22] Come noto, Heidegger si occupò dei problemi del linguaggio sin dai suoi primissimi scritti, come dimostra la sua *Habilitationsschrift* dal titolo *La dottrina delle categorie e del significato in Duns Scoto* (oggi pubblicata per Mimesis a cura di Antonello D'Angelo).

dell'essere (come recita l'incipit della *Lettera sull'«umanismo»*), quando invece per oltre duemila anni si era pensato l'esatto contrario, vale a dire che *l'essere è la casa del linguaggio*, nel senso che ogni segno non è mai, assurdamente, "segno a se stesso", ma è sempre segno di un previo ente, pieno di "essere".

La concezione heideggeriana del linguaggio parte dal presupposto che *«non è l'uomo a disporre del linguaggio, ma viceversa è il linguaggio che dispone dell'uomo»*[23]: per tale ragione, l'espressione "filosofia del linguaggio" conterrebbe, per Heidegger, un genitivo non già oggettivo – nel senso di una disciplina umana che abbia *ad oggetto* quella realtà chiamata "linguaggio" – bensì soggettivo, «*proprio nel medesimo senso in cui il pensiero dell'evento non è una riflessione sull'evento, bensì un'esperienza filosofante che matura e si attua a partire dall'evento. […] Il linguaggio è parte integrante dell'evento di appropriazione che si compie fra essere e uomo*»[24].

In definitiva, come ben detto da Gianni Vattimo interprete di Heidegger, «*la tesi […] che il linguaggio è "la casa dell'essere" è chiarita nel senso che "il linguaggio è la custodia della presenza [cioè dell'essere delle cose come darsi nella presenza], il modo di accedere dell'evento. […] Il linguaggio è essenzialmente qualcosa di cui disponiamo e che tuttavia, per un altro verso, dispone di noi; è consegnato a noi in quanto lo parliamo, ma si appropria di noi in quanto, con le sue strutture, delimita fin dall'inizio il campo della nostra possibile esperienza del mondo. Solo nel linguaggio le cose ci possono apparire, e solo nel modo in cui esso le lascia apparire. "È la parola che procura l'essere alla cosa"*»[25].

---

[23] A. FABRIS - A. CIMINO, *Heidegger*, Roma, 2009, p. 119.

[24] *Ibidem*, 120. Come noto, nel pensiero heideggeriano, il termine *Ereignis* (evento, evento-appropriazione o avvenimento) sta a indicare una nuova categoria filosofica: non più il concetto aristotelico-tomista dell'ente come un qualcosa di oggettuale e presente al soggetto, bensì una nuova idea di "esperienza vissuta" (*Erlebnis*), ossia l'accadimento di qualcosa come qualcosa di vissuto ed esperito da me stesso (in contrapposizione al sistema delle Categorie aristoteliche, inteso da Heidegger come troppo statico, rigido e avulso dal fluire della storia). Come tale, *Ereignis* è qui contrapposto a *Vorgang* (processo), che indica invece l'accadere considerato in maniera neutra e distaccata come un semplice movimento fisico, senza relazioni con l'io che lo vive e lo esperisce. Dopo la c.d. *Kehre* o svolta, dal 1936 in poi, *Ereignis* diventerà parola fondamentale del pensiero heideggeriano e starà a indicare l'essenziale riferirsi dell'Essere all'uomo, l'Essere come essere destinato all'uomo (cfr. il *Glossario* finale a M. Heidegger, *Essere e tempo*, nuova edizione italiana a cura di Franco Volpi sulla versione di Pietro Chiodi, Milano, 2001, 589-590). Da tale punto di vista, il concetto heideggeriano di "evento" è essenzialmente relazionale e modale, nel senso che non rimanda ad un *che cosa* (nell'ottica classica della *substantia-essentia* e del *ti esti* greco), bensì a un *come* viene vissuto l'essere nell'esperienza dell'Esserci, cioè dell'uomo, in una chiave squisitamente fenomenologica che a Heidegger era stata, ovviamente, trasmessa dal maestro Husserl (A. FABRIS - A. CIMINO, *op. cit.*, p. 85).

[25] G. VATTIMO, *Introduzione a Heidegger*, Bari, 2002, pp. 121-122.

Ciò, a ben vedere, rappresenta l'inevitabile corollario del "peccato originale" della filosofia moderna, sin dal pensiero filosofico di Cartesio – ma le radici di tale prospettiva sono ben più antiche –, vale a dire credere nel *Cogito ergo sum*, cioè nella priorità del pensiero rispetto all'essere, quando invece è vera e auto-evidente la proposizione esattamente contraria e speculare, cioè: *Sum ergo cogito*, sono, esisto, *e quindi* (solo in quanto *io sono*) posso anche pensare.

Per la c.d. "filosofia analitica", nata nel mondo anglosassone ma oggi costituente il paradigma dominante del pensiero nominalistico contemporaneo, i più scottanti problemi filosofici non sarebbero altro che altrettanti quesiti di natura puramente linguistica[26]; e di converso, tutto ciò che non sia suscettibile di essere espresso attraverso proposizioni linguistiche non avrebbe alcuna dignità ontologica, tanto che la maggior parte dei concetti tradizionali del pensiero occidentale come "Dio", "vero, "bene", "bello", "giusto", non sarebbero che giuochi linguistici privi di contenuto reale, in quanto soggetti a dispute o contraddizioni ritenuti come insanabili (donde la celebre chiusa del *Tractatus logico-philosophicus* di Ludwig Wittgenstein (1889-1951), che si conclude con la ringhiosa proposizione: «*Su ciò, di cui non si può parlare, si deve tacere*»: § 7).

Per la grammatologia di Jacques Derrida (1930-2004), il percorso del trascendentalismo kantiano e poi husserliano dovrebbe essere portato ad estreme conseguenze[27]: se il kantismo aveva sostituito la *cosa in sé* – presunta come inconoscibile – con gli schemi concettuali della conoscenza umana, Derrida intende smantellare gli stessi "concetti", mostrando che la vera "sostanza prima" è la scrittura o, meglio, la traccia, il segno. Con Derrida, si passa così dal trascendentale kantiano al *trascendentale semiotico*, sostenendo addirittura che la vera realtà originaria non sarebbe nemmeno più la parola scritta (che per il pensatore francese sarebbe espressione di logo-centrismo, ego-centrismo ed etno-centrismo occidentale, cioè di violenza metafisica), bensì il *puro gesto*, il segno non costituito da lettere, la mera "traccia", che diviene così il vero nuovo "trascendentale" della grammatologia contemporanea, al posto della tradizionale serie tomista "*ens*, *res*, *aliquid*, *unum*, *verum*, *bonum*".

---

[26] C. FABRO (a cura di), *Storia della filosofia*, Città del Vaticano, 1959, vol. II, p. 771: «*La novità del Neopositivismo è nell'aver concentrato la determinazione della verità nell'analisi del linguaggio così che la determinazione della verità dell'esperienza si risolve di volta in volta in un problema di "sintassi logica del linguaggio": di qui l'importanza assunta dall'impiego della matematica pura e dei suoi simboli che formano la logistica*».

[27] M. FERRARIS, *Introduzione a Derrida*, Bari, 2003, *passim*.

Per Derrida, in definitiva, la "catena" aristotelica che dalle cose giungeva ai concetti del pensiero, e da questi alle parole orali sino alla parola scritta, dovrebbe essere essenzialmente *decostruita* e ribaltata, riconoscendo al segno (*gramma* o *grafema*) un'autonoma dignità trascendentale rispetto alle parole e *a fortiori* rispetto alle cose "significate"[28].

«*Bisogna pensare la traccia prima dell'ente*»[29], afferma l'Autore della *Grammatologia*, quasi a dire – parafrasando Heidegger – che *Il segno è la casa dell'essere*.

A tal proposito, ne *La voce e il fenomeno*, Jacques Derrida illustra in modo particolarmente chiaro la sua idea circa i rapporti tra segno e realtà: «*Domandando "che cosa è il segno in generale?", si sottomette il problema del segno ad un'intenzione ontologica, si pretende di assegnare alla significazione un posto, fondamentale o regionale, in un'ontologia. Un procedimento siffatto sarebbe classico.* Si sottometterebbe il segno alla verità, il linguaggio all'essere, la parola al pensiero e la scrittura alla parola. *Dire che può esserci una verità del segno in generale, non è forse supporre che il segno non sia la possibilità della verità, non la costituisca, ma si contenti di significarla, di riprodurla, di incarnarla, di iscriverla in modo derivato o di rinviare ad essa? Poiché, se il segno precedesse in qualche modo ciò che si chiama la verità o l'essenza, non avrebbe alcun senso parlare della verità o dell'essenza del segno. Non si può pensare – e Husserl probabilmente lo ha fatto – che il segno […] non cada sotto la categoria della cosa in generale (*Sache*), non sia un "ente" sull'essere del quale si verrebbe a porre una*

[28] Cfr. G. DALMASSO, *Impensabilità della scrittura*, introduzione a J. DERRIDA, *Della grammatologia*, Milano, 2012, p. I ss.

[29] J. DERRIDA, *Sulla grammatologia*, cit., p. 73 ss.: «*Bisogna pensare la traccia prima dell'ente. […] Il campo dell'ente, prima di essere determinato come campo di presenza, si struttura secondo le diverse possibilità – genetiche e strutturali – della traccia*». Di contro, così l'Autore descrive la precedente concezione dei rapporti tra segno e cose: «*Il* signatum *rinviava sempre, come al suo referente, ad una* res, *ad un ente creato o in ogni caso prima pensato e detto, pensabile e dicibile all'eterno presente nel* logos *divino e precisamente nel suo soffio. Se esso veniva ad essere in rapporto con la parola di uno spirito finito […] tramite l'*intermediario *di un* signans, *il* signatum *aveva un rapporto* immediato *con il* logos *divino che lo pensava nella presenza e per il quale esso non era una traccia. E per la linguistica moderna, se il significante è traccia, il significato è un senso pensabile in principio nella presenza piena di una coscienza intuitiva. La faccia significata, nella misura in cui la si distingue ancora originalmente dalla faccia significante, non è considerata come una traccia: di diritto, essa non ha bisogno del significante per essere ciò che è […]. Questo riferimento al senso di un significato pensabile e possibile al di fuori di ogni significante, resta dipendente all'onto-teo-teleologia che abbiamo appena evocato. È l'idea di segno dunque che bisognerebbe decostruire con una meditazione sulla scrittura che si confonderebbe, come deve, con una* sollecitazione *dell'onto-teologia, che la ripeta fedelmente nella sua* totalità *e la* scuota *nelle sue più sicure evidenze*» (*ibidem*, pp. 106-107; corsivi originali, in nota riportati in tondo nel rispetto dei criteri redazionali).

domanda? Il segno non è forse altra cosa che l'ente, non è forse la sola "cosa" che, non essendo una cosa, non cade sotto la domanda "che cosa è"? Ma al contrario la produce all'occorrenza? Produce così la "filosofia" come dominio del ti esti*?*»[30].

7. Considerazioni conclusive

Dopo questa breve veduta panoramica e grandangolare sui rapporti tra linguaggio e realtà nel pensiero occidentale, possiamo rassegnare ora una piccola conclusione interlocutoria, bisognosa come tale di futuri e ulteriori approfondimenti critici.

Il fenomeno del "politicamente corretto", a ben vedere, rappresenta l'estremo esito del menzionato percorso ideologico, nel corso del quale l'uomo occidentale ha via via cercato di autonomizzare il significante dal significato, il segno linguistico dalle cose reali da esso indicate: una volta affermato che la parola dell'uomo è dotata di vita propria, di una propria autonomia ontologica rispetto alle cose reali del mondo, il politicamente corretto diviene una conseguenza pressoché necessaria e inevitabile.

Se ciò che conta non sono più gli enti reali, nella loro sostanzialità oggettiva e nei loro rispettivi accidenti di pertinenza, bensì le parole dell'uomo, quasi "parole in libertà", è inevitabile che l'attenzione si rivolga in misura pressoché esclusiva ai *modi* di manifestazione del pensiero, piuttosto che agli *oggetti* reali del pensare: da ciò nasce l'attenzione quasi maniacale verso i toni e gli strumenti di trasmissione delle idee, prima ancora che verso i contenuti delle idee medesime; e la verità del pensiero non si misura più nella corrispondenza o difformità dello stesso rispetto alla realtà, quanto nel grado di approvazione o disapprovazione sociale di una determinata linea ideologica.

Il riduzionismo è, così, dietro l'angolo nel mondo del politicamente corretto, con il conseguente pericolo di perdere ogni contatto con la realtà oggettiva delle cose: non si affrontano più i grandi problemi e le grandi questioni della vita e dell'universo con amore per la verità, ma si dà assoluta prevalenza a ciò che gli *altri* penseranno di noi e del nostro modo di vedere il mondo, secondo la logica del conformismo-narcisismo tipica dell'era contemporanea.

In tal modo, la società del politicamente corretto non è più interessata ai contenuti razionali del nostro pensiero, ma è subito pronta a incasellare – con il tipico *argumentum*

[30] J. DERRIDA, *La voce e il fenomeno. Introduzione al problema del segno nella fenomenologia di Husserl*, Milano, 1984, pp. 55-56.

ad hominem – la nostra persona all'interno di categorie stereotipate come il progressista, il razzista, il passatista, il populista, il sessista, il sovranista, il maschilista, il femminista, il reazionario, senza più alcuna onesta attenzione verso l'intrinseca razionalità o irrazionalità di un determinato contenuto di pensiero.

8. Una piccola proposta di *pars construens*

Probabilmente, il più efficace rimedio alla deriva del *politically correct* consiste in un rinnovato rapporto tra parole, pensieri e cose del mondo: se il politicamente corretto appare come l'estremo esito di un percorso ideologico teso a smembrare il nesso ontologico tra la realtà concreta del mondo, i pensieri dell'uomo e le rappresentazioni linguistiche e poi grafiche degli stessi[31], probabilmente il primo *farmaco* contro tale deriva è costituito dalla riscoperta dell'intimo legame razionale che incardina la parola al pensiero, e il pensiero alla realtà.

Inoltre, se la realtà – come ci insegna l'*empeiria* prim'ancora della pura razionalità – è variegata, *differente*, *altra*, cioè fatta dall'intreccio dialettico tra identità e differenza, unità e molteplicità, ogni opzione ideologica elitaria, la quale pretenda di neutralizzare *a tavolino* o *in laboratorio* tale dato naturale è probabilmente destinata a produrre effetti collaterali ben peggiori rispetto ai mali che, in ipotesi, ci si proponeva di curare.

Non è detto, infatti, che l'indifferentismo valoriale generi una vera pace sociale, come intende invece affermare un certo irenismo neutralista; anzi, l'esperienza concreta sembra dimostrare l'esatto contrario, e cioè che il neutralismo può, tutt'al più, creare situazioni di apparente "silenzio sociale", il quale però è solo una effimera crosta sotto la quale continuano inevitabilmente a ribollire proprio quelle differenze e quelle *alterità* che il protocollo convenzionale si proponeva, per l'appunto, di occultare, senza evidentemente potervi riuscire.

A ben vedere, il rispetto reciproco fra le persone, le culture, le religioni e le nazioni richiede necessariamente uno studio razionale della realtà e un profondo spirito di carità e di sacrificio, il quale deve essere continuo e ininterrotto, poiché altrettanto ininterrotta e continua è l'evoluzione dei tempi e dei popoli; viceversa, il politicamente corretto

[31] Cfr. J. FRIEDMAN, *op. cit.*, p. 22, in cui una radice del politicamente corretto viene individuata nella presunta e asserita «*impossibilità di un'argomentazione razionale nella quale delle asserzioni sono comparate alla, o testate con, la "realtà". Alla fine, la creazione di "regimi di verità" è interamente una questione di potere, il potere dell'imposizione*».

rappresenta spesso una forma di paradossale riduzionismo il quale, sorto al dichiarato fine di aumentare il rispetto e la tolleranza fra le persone, sembra condurre a forme ancora più sottili e spietate di indifferenza, la quale è anticamera dell'incuria e di sempre nuove forme di disprezzo.

Abstract

GABRIELE CIVELLO, Il politicamente corretto: una nuova barbarie della riflessione?

Il saggio ha ad oggetto il concetto di "politicamente corretto" e cerca di indicare il collegamento tra esso e un fenomeno linguistico più ampio: la sopraffazione del significato da parte del significante, con la contestuale perdita del legame ontologico fra linguaggio e realtà significata. A tal proposito, viene suggerito sinteticamente un percorso filosofico che parte da Platone e giunge alla filosofia contemporanea di Heidegger e Derrida.

Parole chiave: politicamente corretto, linguistica, semiotica, significante, significato.

GABRIELE CIVELLO, Politically correct: a new "barbarism of reflection"?

The essay deals with the concept of "politically correct" and tries to indicate the connection between the politically correct and a broader linguistic phenomenon: the overwhelming of the "signified" by the "signifier", with the contextual loss of the ontological link between language and reality. In this regard, the autor suggests a philosophical path that starts with Plato and reaches the contempo-rary philosophy of Heidegger and Derrida.

Key words: politically correct, Linguistics, Semiotics, signifier, signified.

In Italia

GIACOMO ROCCHI
Consigliere alla Corte di Cassazione

L'ERGASTOLO 'OSTATIVO' DOPO L'INTERVENTO DELLA CORTE COSTITUZIONALE COMPETE AL PARLAMENTO TENERE IN EQUILIBRIO ESIGENZE DI SICUREZZA E GARANZIE: PROSPETTIVE E IPOTESI DI LAVORO[*]

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. L'istituto della liberazione condizionale – 3. La scelta di politica criminale fatta dal legislatore – 4. Il ripensamento della Corte costituzionale sulla spinta della Corte EDU – 5. La soluzione da molti auspicata – 6. Le indicazioni della Consulta – 7. Le indicazioni non vincolanti per il legislatore – 8. Conclusioni.

1. Introduzione

Con l'ordinanza n. 97 del 2021 la Corte Costituzionale ha rinviato al 10/5/2022 la trattazione della questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di Cassazione della normativa che esclude dal beneficio della liberazione condizionale il condannato all'ergastolo per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di assoggettamento ed omertà derivante dalla forza di intimidazione delle associazioni di stampo mafioso ovvero al fine di agevolare l'attività di tali associazioni che non abbia collaborato con la giustizia.

Si tratta di condannati che, per la pena loro irrogata, sono responsabili di omicidi o stragi che, per di più, sono stati commessi in un contesto mafioso perché gli autori erano partecipi di un'associazione o comunque alla stessa "vicini", tanto da approfittare dell'intimidazione sul territorio ovvero compiere i delitti per agevolarla.

Secondo la disciplina complessiva, mentre i condannati all'ergastolo "comuni" – tendenzialmente autori di omicidi premeditati o aggravati da motivi abietti o futili o commessi nel corso di rapine, estorsioni o violenze sessuali – possono aspirare ad essere ammessi alla liberazione condizionale dopo 26 anni di reclusione (che, in ragione degli sconti di pena per partecipazione all'opera rieducativa, possono ridursi a 20 anni), se i delitti sono aggravati dal metodo mafioso o dalla finalità mafiosa questa possibilità non esiste, a meno che gli stessi non collaborino con la giustizia, aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la

[*] *Contributo accettato dalla Direzione per il comprovato prestigio scientifico dell'Autore.*

ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati.

Non solo: l'intero regime penitenziario muta per questi ergastolani non collaboranti che, al contrario di quelli comuni, non possono accedere nemmeno ai benefici penitenziari diversi dai permessi premio e, quindi, alla semilibertà dopo 20 anni di pena (che, in ragione degli sconti già menzionati, possono ridursi a 15 anni) e, nella fase finale dell'espiazione della pena, alla detenzione domiciliare e all'affidamento in prova al servizio sociale.

2. L'istituto della liberazione condizionale

La liberazione condizionale è un istituto già presente nel codice penale del 1930: dopo aver scontato una parte consistente della pena (almeno metà; se si tratta di recidivo, tre quarti), il detenuto che ha tenuto un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento e che ha risarcito il danno provocato dai suoi delitti, può essere scarcerato rimanendo peraltro, sottoposto a libertà vigilata per un certo periodo (quindi soggetto a controlli, a limitazioni e a obblighi). Se, in questo periodo non commette reati e ottempera agli obblighi derivanti dalla libertà vigilata, la pena residua, che non era stata scontata in conseguenza della scarcerazione, si estingue; nel caso contrario, la liberazione condizionale viene revocata, il condannato rientra in carcere per scontare la pena residua e non può chiedere nuovamente di ottenere il beneficio.

Nel disegno originario del codice, si trattava di una misura premiale diretta ai condannati per pene detentive temporanee anche consistenti; si potrebbe ritenere un'anticipazione dei benefici penitenziari e delle misure alternative alla detenzione introdotte con l'ordinamento penitenziario del 1975. In effetti, nel quadro normativo attuale, è sempre la magistratura di sorveglianza ad adottare la relativa decisione e la liberazione condizionale è inquadrata nell'ambito del trattamento penitenziario, che prevede una gradualità dei benefici finalizzata a favorire la rieducazione del condannato: dalla riduzione di pena di 45 giorni per semestre applicata al detenuto che partecipa alle proposte trattamentali e non incorre in violazioni disciplinari, ai permessi premio, nei quali il detenuto esce dal carcere per periodi non superiori a 15 giorni, concessi per coloro che mostrano senso di responsabilità e correttezza e partecipano alle attività organizzate negli istituti, alla semilibertà, in cui il detenuto trascorre parte del giorno fuori dall'istituto carcerario per partecipare ad attività lavorative o istruttive, applicata se vi sono le

condizioni per un graduale reinserimento del soggetto nella società, alla detenzione domiciliare e all'affidamento in prova al servizio sociale per la fase finale dell'esecuzione della pena, fino, appunto, alla liberazione condizionale.

Per i condannati all'ergastolo, però, l'istituto della liberazione condizionale ha una portata diversa: permette, infatti, di trasformare la pena che, per definizione, è perpetua, in pena temporanea; la possibilità di ottenere, anche dopo molti anni di reclusione, la scarcerazione e il reinserimento nella vita sociale, può cambiare la "qualità" della detenzione e mantenere viva la finalità della rieducazione della pena imposta dalla Costituzione.

La possibilità di concessione della liberazione condizionale ai condannati alla pena dell'ergastolo venne introdotta nel 1962; negli anni successivi la pena da scontare per accedere all'istituto venne ridotta ad anni 26, venne precisato che per raggiungere tale misura doveva essere conteggiata anche la riduzione di pena per la liberazione anticipata e, ancora, che la necessità del risarcimento del danno era esclusa se il condannato dimostrava di trovarsi nell'impossibilità di adempiere.

Queste riforme impedirono alla Corte costituzionale di dichiarare la pena dell'ergastolo illegittimo, sul presupposto che la perpetuità assoluta della pena contrasta con la sua umanità e con la finalità rieducativa. La Consulta, nel 1997, stabilì che, al contrario degli altri detenuti, i condannati all'ergastolo già ammessi alla liberazione condizionale, successivamente revocata per consumazione di reati o violazione degli obblighi, potevano nuovamente avanzare richiesta di ottenere il beneficio, proprio per impedire che la pena residua tornasse ad essere inevitabilmente perpetua.

3. La scelta di politica criminale fatta dal legislatore

Il decreto-legge 152 del 1991, introducendo nell'ordinamento penitenziario l'art. 4 bis, il cui contenuto è esplicitato fin dall'epigrafe (Divieto di concessione dei benefici e accertamento della pericolosità dei condannati per alcuni delitti), intervenne sul regime dei benefici penitenziari nei confronti dei soggetti condannati per determinati reati.

A seguito della strage di Capaci del 23/5/1992, il legislatore vietò per i delitti aggravati dal metodo o dalla finalità mafiosa e per quelli di partecipazione ad associazione mafiosa o ad associazione finalizzata a traffico di sostanze stupefacenti o di sequestro di persona a scopo di estorsione la concessione dei benefici penitenziari e della liberazione

condizionale salvo il caso in cui il condannato avesse collaborato con la giustizia. La normativa ha visto negli anni successivi numerose modifiche, dovute a pronunce della Corte costituzionale o a interventi del legislatore, sia mediante l'inserimento nell'elenco altri delitti di natura differente, sia prevedendo l'ipotesi della collaborazione impossibile o irrilevante per essere stati i fatti delittuosi integralmente accertati, consentendo in questi casi la concessione dei benefici (e, quindi, anche della liberazione condizionale) purché siano acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata (art. 4 bis comma 1 bis).

È rimasto fermo, comunque, il nucleo della scelta di politica criminale fatta dal legislatore: un soggetto che è stato partecipe ad un'associazione mafiosa o che ha commesso delitti con il metodo mafioso o per finalità mafiose non è meritevole dei benefici penitenziari né, tanto meno, della liberazione condizionale se non ha collaborato con la giustizia, in quanto viene formulata nei suoi confronti una presunzione assoluta di pericolosità non superabile se non con la collaborazione; se la commissione di determinati delitti dimostra l'appartenenza o il collegamento dell'autore alla criminalità organizzata, solo la collaborazione con la giustizia è idonea a dimostrare l'intervenuta rescissione di quei collegamenti la cui permanenza, in caso contrario, è presunta.

Questa presunzione – lo conferma espressamente la Corte costituzionale – non è affatto irragionevole: la partecipazione ad un'associazione di stampo mafioso implica un'adesione stabile ad un sodalizio fortemente radicato sul territorio, caratterizzato da una fitta rete di collegamenti personali, dotato di forza incriminatrice e capace di protrarsi nel tempo. La Consulta conferma quanto accertato ripetutamente dai processi: il vincolo associativo può rimanere stabile nonostante lunghe carcerazioni e il soggetto, a meno di compiere una scelta di distacco radicale, tendenzialmente rimane mafioso per tutta la vita.

La collaborazione con la giustizia costituisce, appunto, una scelta di distacco radicale perché contraddice per sua natura il vincolo associativo, contribuendo il collaborante a individuare e a far catturare e condannare per i delitti commessi soggetti ai quali, fino a quel momento, era legato indissolubilmente.

Come è ovvio, la preclusione dei benefici penitenziari ai mafiosi che non collaborano con la giustizia non si giustifica soltanto con la portata individuale della scelta collaborativa da parte del singolo detenuto, ma è finalizzata ad ottenere – così come è avvenuto in questi decenni – un aiuto spesso decisivo per la lotta dello Stato contro le

associazioni criminali e per la scoperta e la punizione degli autori di gravissimi reati.

4. Il ripensamento della Corte costituzionale sulla spinta della Corte EDU

La scelta legislativa era stata più volte ritenuta legittima dalla Corte costituzionale: in particolare, con la sentenza n. 135 del 2003, la Consulta rimarcava che la preclusione ai benefici penitenziari e alla liberazione condizionale non era frutto di un automatismo legislativo, ma derivava dalla scelta del condannato di non collaborare, pur essendo nelle condizioni di farlo.

Sulla spinta della Corte EDU, tuttavia, la Corte costituzionale è sostanzialmente tornata sui suoi passi, valutando in maniera differente la collaborazione o la non collaborazione del detenuto.

In primo luogo si sottolinea che, così come la collaborazione del condannato può essere frutto di valutazione utilitaristiche e non comportare inevitabilmente l'abbandono della scelta di vita originaria, allo stesso modo la scelta di non collaborare può essere determinata da ragioni estranee al mantenimento dei rapporti con le associazioni criminali: in effetti, secondo la Corte EDU, la dissociazione con l'ambiente mafioso può esprimersi in modo diverso dalla collaborazione con la giustizia; la presunzione di mantenimento di collegamento con le associazione criminali derivante dalla scelta di non collaborare impedisce di valutare il percorso rieducativo compiuto dal detenuto nei lunghi anni della detenzione; infine, la presunzione è frutto di una generalizzazione che può essere smentita dai dati dell'esperienza: ad esempio, l'associazione criminale di cui il condannato faceva parte potrebbe essere scomparsa, perché sgominata o estintasi.

In secondo luogo, la Consulta dubita che la scelta di collaborare o meno sia sempre effettivamente "libera": la collaborazione può richiedere la denuncia a carico di terzi, può comportare pericoli per i parenti del detenuto e può rischiare di determinare autoincriminazioni anche per fatti non ancora giudicati.

Sotto un diverso profilo, la Corte costituzionale ha ritenuto che, se è legittimo attribuire una valenza premiale alla collaborazione del detenuto, è illegittimo aggravare il trattamento penitenziario dei detenuti non collaboranti «*in conseguenza del fatto che il detenuto esercita la facoltà di non prestare partecipazione attiva a una finalità di politica criminale e investigativa dello Stato*» (sentenza n. 253 del 2019); con espressione molto forte – non ripetuta, però, nell'ordinanza qui in commento – la Corte affermava che

l'attuale normativa «*opera una deformante trasfigurazione della libertà di non collaborare (…) che certo l'ordinamento penitenziario non può disconoscere ad alcun detenuto*».

In definitiva, secondo la Corte costituzionale, perché la normativa sia legittima la presunzione su cui si fonda la preclusione dell'ergastolano non collaborante ai benefici penitenziari e alla liberazione condizionale deve trasformarsi da assoluta a relativa, cosicché il presupposto deve poter essere oggetto di "*specifica e individualizzante valutazione da parte della magistratura di sorveglianza*".

5. La soluzione da molti auspicata

Se questa impostazione aveva indotto la Consulta a dichiarare illegittima la preclusione ai permessi premio ai detenuti, anche condannati all'ergastolo, per delitti di partecipazione ad associazione mafiosa o commessi con metodo mafioso o per finalità mafiose, che non avessero prestato la collaborazione con la giustizia (sentenza n. 253 del 2019), con riferimento all'accesso alla liberazione condizionale la Corte si è fermata, ritenendo rischioso un intervento meramente "demolitorio", sia con riferimento al complessivo equilibrio della disciplina sia per le esigenze di prevenzione generale e di sicurezza collettiva.

La Corte si è resa conto, infatti, che la posta in gioco è ancora più radicale, soprattutto perché l'accesso alla liberazione condizionale determina, per il condannato all'ergastolo, l'estinzione della pena e il definitivo riacquisto della libertà.

Occorre, quindi, un intervento del legislatore che deve compiere le scelte di politica criminale che una sentenza di illegittimità costituzionale non può comportare.

In effetti, la soluzione da molti auspicata – anche dall'ordinanza di rimessione – era quella di riprodurre anche per la liberazione condizionale la disciplina risultante dalla declaratoria di illegittimità costituzionale della disciplina dei permessi premio: attribuire ai Tribunali di Sorveglianza il compito di valutare, anche per i condannati all'ergastolo per delitti di contesto mafioso che non collaborano con la giustizia, la sussistenza dei presupposti per la concessione della liberazione condizionale, vale a dire sia l'avvenuto ravvedimento che l'esclusione di collegamenti con la criminalità organizzata e del pericolo del ripristino degli stessi.

Si tratta di una soluzione che sembra esaltare il ruolo della Magistratura di

Sorveglianza ma che appare oltremodo rischiosa, proprio per il pericolo di pressioni pesanti per una decisione che – come sottolinea la Consulta – determina l'estinzione definitiva di una pena e la sostanziale restituzione alla libertà anticipata di soggetti responsabili di delitti efferati compiuti nell'ambito di un'associazione criminale avente una fortissima capacità di intimidazione.

L'azione di intimidazione potrebbe essere rivolta anche nei confronti degli operatori penitenziari, le cui valutazioni possono portare al giudizio del Tribunale di Sorveglianza di certezza dell'avvenuto ravvedimento del condannato.

Sotto un altro aspetto, la valutazione dell'inesistenza di collegamenti con la criminalità organizzata e del pericolo di ripristino di tali collegamenti che il Tribunale di Sorveglianza sarebbe chiamato a fare (si tratta dell'ulteriore requisito preteso dalla Corte Costituzionale per superare la preclusione all'accesso ai permessi premio degli ergastolani non collaboranti) rischia di basarsi su informazioni prive di certezza da parte delle Forze di polizia o delle Direzioni Antimafia, con il pericolo che la verifica del requisito assuma le forme di un adempimento burocratico.

In fondo, il reale rischio è che – di fatto – la collaborazione con le Forze di polizia e con l'Autorità giudiziaria perda di rilevanza e, quindi, venga meno o si riduca in maniera consistente. Non è certo questo il luogo per criticare la decisione della Consulta – anche perché non avrebbe alcuna utilità – ma appare piuttosto sorprendente la raffigurazione, contenuta nella sentenza n. 253 del 2019 e nell'ordinanza in commento, della collaborazione dei condannati per reati di contesto mafioso come "frutto di mere valutazioni utilitaristiche", spesso dovuta a molte ragioni "non sempre commendevoli" e contestualmente della mancata collaborazione di altri come esercizio di una libertà innegabile, di un vero e proprio diritto a fronte delle esigenze investigative e di politica criminale dello Stato, e insieme come scelta drammatica, anzi "tragica", tra la propria libertà, acquistata a rischio di pericoli per i propri cari, con la necessità di denuncia a carico di terzi e con il rischio di autoincriminazioni per fatti non ancora giudicati, e la rinuncia ad essi.

Sembra davvero una rappresentazione in parte deformata. I soggetti di cui si parla – si ricordi: condannati all'ergastolo - si sono resi responsabili di delitti efferati compiuti nell'ambito di associazione criminali la cui pericolosità è nota e da tutti valutata, contro le quali lo Stato combatte da decenni a prezzo del sacrificio di cittadini, appartenenti alle

Forze dell'ordine, avvocati, magistrati. Che questi soggetti si prestino a collaborare con lo Stato per motivi utilitaristici – cioè per ottenere benefici, riduzioni di pena ecc. – non è certo una sorpresa, ma è sostanzialmente un presupposto della normativa: la Stato accetta di prestare ad essi utilità per ottenere vantaggi nella lotta contro il crimine organizzato. In ogni caso, a ben vedere, anche l'ergastolano che collabora con la giustizia, per ottenere la liberazione condizionale, deve dimostrare al Tribunale di Sorveglianza il suo "sicuro ravvedimento" (Sez. 1, Sentenza n. 12782 del 24/02/2021 Cc., dep. 02/04/2021, Rv. 280864 – 0).

Interessa, piuttosto, la diversa figura dell'ergastolano che non collabora: i motivi di questa scelta possono essere più vari, ma la stessa Corte Costituzionale riconosce che il principale, che è lecito presumere, è la permanenza dei contatti con la criminalità organizzata, quel sentirsi ancora legato ad un'affiliazione o a un contesto che, tendenzialmente, dovevano essere – quelli sì – perpetui.

Quali sono i motivi differenti che potrebbero giustificare la mancanza di collaborazione? La Corte ne elenca tre: il pericolo per la sicurezza dei propri cari che, peraltro, potrebbe essere annullato o ridotto dalle attività ordinarie o straordinarie già svolte dalle Forze di Polizia; il pericolo di autoincriminazione per fatti non ancora giudicati: un pericolo che, dal punto di vista pratico, è sostanzialmente irrilevante poiché la mancata collaborazione determina l'impossibilità della liberazione condizionale; la necessità di una denuncia a carico di terzi: quest'ultima motivazione appare davvero sorprendente.

In effetti, occorre chiarire – e la Corte costituzionale sembra non volerlo fare fino in fondo, soprattutto nell'ordinanza n. 197 – se la scelta di non collaborare sia un vero e proprio diritto a tutela della dignità della persona del detenuto ovvero se debba avere una motivazione adeguata. Il Tribunale di Sorveglianza di Perugia, nell'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale che aveva dato luogo alla sentenza n. 253 del 2019 sui permessi premio, rimarcava che la mancata collaborazione potrebbe derivare dal «*rifiuto di causare la carcerazione di altri con i quali si abbia o si sia avuto un legame familiare o affettivo*» o ancora dal «*rifiuto di accedere alla collaborazione perché non si vuole essere tacciati di averlo fatto soltanto per calcolo utilitaristico, per una riduzione di pena o per ottenere un beneficio penitenziario*»: cioè, a ben vedere, si rifiuta la collaborazione per difendere una propria "dignità criminale", per non compiere un atto

che sarebbe censurato da coloro che conoscono il soggetto e che ritenevano non avrebbe mai detto una parola sui complici da perfetto mafioso.

Attribuendo valore a questa motivazione, la mancata collaborazione con la giustizia viene, appunto, elevata a diritto indiscutibile e sostanzialmente non valutabile – il soggetto non collabora perché ritiene "giusto" non collaborare – con la conseguenza che la differenza di trattamento a nei confronti dei collaboranti e dei non collaboranti perde una giustificazione effettiva, contro le stesse indicazioni della Corte costituzionale.

6. Le indicazioni della Consulta

Benché la Consulta abbia rimesso le scelte al legislatore, numerose sono le indicazioni e le considerazioni contenute nella ordinanza: indicazioni di cui tenere conto, perché «*sarà compito della Corte di verificare ex post la conformità a Costituzione delle decisioni effettivamente assunte*», come specifica l'ordinanza.

In primo luogo, la Corte non smentisce del tutto quanto affermato nella sentenza n. 135 del 2003 in ordine alla libertà della scelta dell'ergastolano di non collaborare: questa libertà non è negata del tutto, ma è "dubbia"; essa "*può* assumere una portata drammatica" e "*in casi limite* può trattarsi di una scelta tragica"; quindi si tratta di casi eventuali che non possono essere *presunti* – perché resta valida la presunzione opposta: la mancata collaborazione come indice di permanenza del vincolo associativo – e devono pertanto, essere *accertati e dimostrati*.

Ecco che, tra le scelte che il legislatore è chiamato a fare in attuazione dell'indicazione della Consulta, viene menzionata quella di far emergere «*le specifiche ragioni della mancata collaborazione*». In altre parole, la normativa che preclude la liberazione condizionale agli ergastolani non collaboranti sarebbe legittima purché prevedesse la possibilità di tenere conto delle "specifiche ragioni" che *impediscono* al detenuto di collaborare, che rendono non libera la scelta di accedere a quello scambio, forse non commendevole, ma che lo Stato continua ad offrire; una impossibilità che si affiancherebbe a quella della collaborazione impossibile già regolata dall'art. 4 bis comma 1 bis ord. pen.

Una normativa potrebbe, quindi, prevedere l'onere dell'ergastolano per reati aggravati dal contesto mafioso di esplicitare i motivi per cui non intende collaborare con la giustizia – potrebbe trattarsi di una dichiarazione per la quale si dispone la inutilizzabilità assoluta

ai fini processuali – nonché la possibilità per gli organi statali di *verificare* la fondatezza di tali motivi e di accertare, altresì, se gli stessi sono *superabili* (ciò vale, in particolare, per la protezione dei soggetti vicini al detenuto). Si deve ribadire che, tra gli specifici motivi, non dovrebbero essere considerati validi quelli basati sulla "dignità criminale" del soggetto, che ritenga "non commendevole" accusare e far perseguire altri soggetti autori di gravi delitti: lo scambio tra Stato e detenuto collaborante viene offerto per motivi che il soggetto – che, peraltro, è già stato ritenuto responsabile di efferati delitti – può ritenere non particolarmente apprezzabili, ma che lo Stato, al contrario, valorizza come importanti.

In secondo luogo – come ripetutamente indica la Consulta – presupposto di ammissibilità di una domanda di liberazione condizionale da parte di ergastolano per delitti di contesto mafioso non collaborante dovrebbe essere la non sottoposizione al regime di cui all'art. 41 bis ord. pen. In effetti, quel regime viene prescritto per il detenuto per i quali sussistono elementi tali da far mantenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale e viene prorogato qualora risulta che la capacità di mantenere detti collegamenti non è venuta meno. Si tratta di regime disposto dal Ministro della Giustizia ma sottoposto ad un controllo giurisdizionale (reclamo davanti al Tribunale di Sorveglianza di Roma, ricorso per cassazione per violazione di legge) che la stessa Corte costituzionale ha ritenuto legittimo.

In terzo luogo, occorre porre l'attenzione sul giudizio che il Tribunale di Sorveglianza è chiamato a compiere nei confronti dell'ergastolano non collaborante che chiede di essere ammesso alla liberazione condizionale: il detenuto – stabilisce l'art. 176 cod. pen. – deve avere tenuto durante il tempo di esecuzione della pena un comportamento tale da "far ritenere *sicuro* il suo ravvedimento"; come si vede, si tratta di una valutazione che deve essere *certa* e non soltanto probabilistica e che non contiene una *prognosi*, ma un *accertamento di un fatto già avvenuto*.

In altre parole, il Tribunale di Sorveglianza può concedere un permesso premio ai detenuti che hanno mostrato di essere responsabili e corretti per permettere loro di coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro, ma si tratta di un beneficio breve, circondato da cautele, revocabile, finalizzato a verificare il progresso trattamentale; analogamente, le altre misure alternative alla detenzione vengono concesse con analogo giudizio probabilistico e prognostico; al contrario, se concede la liberazione condizionale,

il Tribunale deve dare atto che il ravvedimento del detenuto è già sicuramente avvenuto in precedenza.

Non solo: ciò che viene accertato non è un fatto – seppure di carattere psichico – di scarso rilievo, perché la parola "ravvedimento" porta con sé l'indicazione di una integrale e definitiva decisione di abbandonare una vita criminale, la cui negatività deve essere riconosciuta dal soggetto, e di reinserirsi nella società. La nozione di "ravvedimento" implica la realizzazione, da parte del condannato, di comportamenti oggettivi dai quali desumere la netta scelta di revisione critica operata rispetto al proprio passato, che parta dal riconoscimento degli errori commessi e aderisca a nuovi modelli di vita socialmente accettati (Sez. 1, Sentenza n. 45042 del 11/07/2014 Cc., dep. 30/10/2014, Rv. 261269 – 01); non consiste semplicemente nella ordinaria buona condotta del condannato, necessaria per fruire dei benefici previsti dall'ordinamento penitenziario, ma implica comportamenti positivi dai cui poter desumere l'abbandono delle scelte criminali, tra i quali assume particolare significato la fattiva volontà del reo di eliminare o di attenuare le conseguenze dannose del reato (Sez. 1, Sentenza n. 486 del 25/09/2015 Cc., dep. 08/01/2016, Rv. 265471 – 01), tanto che l'adempimento delle obbligazioni civili nascenti dal reato assume rilievo ai fini della verifica, non tanto dell'avvenuta eliminazione del pregiudizio cagionato, quanto piuttosto della serietà della revisione critica del condannato rispetto alle pregresse scelte criminali (Sez. 5, Sentenza n. 11331 del 10/12/2019 Cc., dep. 03/04/2020, Rv. 279041 – 01).

Senza dubbio, ravvedimenti di questo genere possono avvenire in carcere, soprattutto dopo una lunga detenzione: si deve tenere conto, però, che, per l'ergastolano per delitti commessi in contesto mafioso non collaborante, sussiste una presunzione di pericolosità che la Consulta ha confermato, una presunzione di "conservazione dei legami con l'organizzazione criminale di originaria appartenenza".

Ecco che risulta necessaria una duplice severa valutazione che permetta al Tribunale di Sorveglianza di annullare questa presunzione sotto due profili: accertando (nel senso letterale del termine, verificando *con certezza*: quindi in senso più "forte" di quanto preteso dalla Corte costituzionale per la concessione dei permessi premio) che devono essere esclusi sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo di ripristino di tali collegamenti; nonché, ancora, accertando che la mancata collaborazione – le cui specifiche motivazioni devono essere, appunto, esplicitate e

verificate – non incida sul giudizio di un sicuro ravvedimento del detenuto ottenuto dalla valutazione del suo comportamento nel corso della detenzione.

In un passo dell'ordinanza, la Consulta sottolinea che «*la valutazione in concreto di accadimenti idonei a superare la presunzione dell'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata (…) deve rispondere a criteri di particolare rigore … per l'accesso alla liberazione condizionale di un ergastolano (non collaborante) per delitti collegati alla criminalità organizzata e per la connessa valutazione del suo sicuro ravvedimento, sarà quindi necessaria l'acquisizione di altri, congrui e specifici elementi, tali da escludere sia l'attualità dei suoi collegamenti con la criminalità organizzata, sia il rischio del loro futuro ripristino*».

Come si vede, è un giudizio sicuramente arduo e per esso sembra necessario che il legislatore disegni dei criteri adeguati per non lasciare assoluta discrezionalità ai Tribunali di Sorveglianza, anche per prevenire pressioni e intimidazioni cui si è già fatto cenno.

7. Le indicazioni non vincolanti per il legislatore

La Corte costituzionale fornisce altre indicazioni che, tuttavia, non sembrano vincolanti per il legislatore.

In primo luogo, restando al tema degli ergastolani non collaboranti per delitti di contesto mafioso, osserva che stessi potrebbero essere ammessi ai permessi premio (in forza della sentenza n. 253 del 2019) e, in ragione della normativa da approvare, anche alla liberazione condizionale: ma «*resterebbe loro inibito l'accesso alle altre misure alternative – lavoro all'esterno e semilibertà – cioè proprio alle misure che invece normalmente segnano, in progressione dopo i permessi premio, l'avvio verso il recupero della libertà*». La Corte ne deduce che «*un accoglimento immediato delle questioni proposte, in definitiva, comporterebbe effetti disarmonici sulla complessiva disciplina in esame*».

Si tratta di considerazioni la cui portata non sembra adeguatamente valutata dalla Consulta.

Come si è visto, l'ordinanza si fonda sulla illegittimità costituzionale di una normativa che configuri l'ergastolo come una pena perpetua sia in fatto che in diritto, risultando, invece, necessario che l'ergastolano continui ad intravedere una concreta possibilità di

terminare la pena detentiva, perfino nel caso di liberazione condizionale concessa e poi revocata per consumazione di reati o violazione degli obblighi (sentenza n. 161 del 1997). Questa esigenza – che è quella che muove anche la Corte EDU – non implica affatto il riconoscimento all'ergastolano non collaborante di tutte le possibilità trattamentali offerte agli altri detenuti. Quando la liberazione condizionale venne riconosciuta anche a favore dei detenuti condannati all'ergastolo (1962), la misura non era stata affatto prevista come esito finale di un percorso costituito dalla fruizione di misure alternative alla detenzione: si può avere "ravvedimento" del detenuto, dopo molti anni di detenzione, anche se lo stesso non ha usufruito della semilibertà o dell'ammissione al lavoro all'esterno.

Può sembrare una posizione molto rigorosa ma – tenendo conto della personalità dei soggetti di cui la Corte Costituzionale, con l'ordinanza in epigrafe, si occupa – la stessa è legata alla concreta uscita dal carcere, con tutti i pericoli che si possono facilmente immaginare, in tempi molto brevi: per il lavoro all'esterno, dopo dieci anni (che, in forza della liberazione condizionale, potrebbero diventare poco più di sette anni) mentre per la semilibertà, dopo 20 anni, riducibili a 15 in forza della liberazione anticipata.

Ben potrebbe, quindi, il legislatore non prevedere l'automatica estensione ai condannati all'ergastolo non collaboranti di tutti gli istituti penitenziari o, quanto meno, la loro applicazione con limiti più rigorosi rispetto agli altri condannati all'ergastolo.

8. Conclusioni

Il tema degli effetti estensivi dell'ordinanza n. 97 del 2021 e della normativa *approvanda* è, in realtà, più ampia.

Si deve ricordare che, con la sentenza n. 253 del 2019 sui permessi premio, la Consulta, benché le questioni fossero state sollevate con riferimento alla preclusione alla misura nei confronti degli ergastolani per delitti di contesto mafioso non collaboranti, estese la pronuncia a tutti i detenuti per i delitti compresi nell'art. 4 bis ord. pen. – di carattere mafioso o meno – che non collaborano con la giustizia ritenendo che, in mancanza di tale estensione, la disciplina di risulta sarebbe risultata incoerente.

Si tratta di valutazione che, se è logica con riferimento ad un istituto come il permesso premio – una sospensione breve e controllata della detenzione – non è affatto necessitata con riferimento alla liberazione condizionale che presuppone un giudizio di sicuro ravvedimento del condannato e determina l'estinzione definitiva della pena. In altre

parole, ben si potrebbe ritenere che, per i condannati per i delitti di contesto mafioso ad una pena detentiva temporanea, sia legittimo non estendere la possibilità di accedere alla liberazione condizionale in caso di mancata collaborazione con la giustizia permessa, invece, ai detenuti all'ergastolo.

Come più volte sottolineato, l'ergastolo è una pena particolare, per la quale sussiste la necessità costituzionale di permettere sempre la possibilità di un suo termine anticipato; un'esigenza che non tocca affatto gli altri soggetti condannati a pena temporanea.

Un'ultima indicazione della Corte costituzionale riguarda la possibilità di introdurre «*prescrizioni peculiari che governino il periodo di libertà vigilata del soggetto in questione*». In effetti, il condannato all'ergastolo "comune" ammesso alla liberazione condizionale è sottoposto per legge alla libertà vigilata, una misura di sicurezza in forza della quale il condannato è soggetto alla sorveglianza dell'autorità di pubblica sicurezza e per la quale sono imposte dal giudice prescrizioni idonee ad evitare le occasioni di nuovi reati.

Se il pericolo incombente – nonostante il giudizio di avvenuto ravvedimento del condannato – è quello della possibilità che lo stesso riprenda i contatti con l'associazione di appartenenza o, comunque, con l'ambiente criminale nell'ambito del quale aveva commesso i delitti, è evidente che il legislatore dovrà disegnare obblighi coerenti con la necessità di prevenire questo pericolo.

Abstract

GIACOMO ROCCHI, L'ergastolo 'ostativo' dopo l'intervento della Corte costituzionale. Compete al Parlamento tenere in equilibrio esigenze di sicurezza e garanzie: prospettive e ipotesi di lavoro.

L'ordinanza n. 97/2021 della Consulta pone alla Camera e al Senato seri problemi sulla condizione dei condannati all'ergastolo per delitti aggravati dalla finalità mafiosa. La Corte non è pervenuta subito a una pronuncia di illegittimità costituzionale delle norme limitative dei benefici penitenziari, *in primis* la liberazione condizionale, per permettere al Parlamento di costruire una riforma organica e non traumatica degli istituti interessati. Con questo saggio Giacomo Rocchi, consigliere alla Corte di Cassazione, descrive la difficoltà del bilanciamento fra le varie esigenze in gioco, e suggerisce delle linee di intervento.

Parole chiave: ergastolo ostativo, Corte costituzionale, benefici penitenziari, liberazione condizionale, Parlamento.

GIACOMO ROCCHI, The 'impediment' life sentence after the intervention of the Constitutional Court. It is the duty of Parliament to balance security needs and guarantees: perspectives and working hypotheses

Ordinance no. 97/2021 of the Council poses serious problems to the Chamber and the Senate on the condition of those sentenced to life imprisonment for crimes aggravated by mafia purposes. The Court did not immediately reach a ruling of constitutional illegitimacy of the rules limiting prison benefits, primarily conditional release, to allow Parliament to build an organic and non-traumatic reform of the institutions concerned. With this essay Giacomo Rocchi, councilor at the Court of Cassation, describes the difficulty of balancing the various needs at stake, and suggests lines of intervention.

Key words: life imprisonment, Constitutional Court, penitentiary benefits, conditional release, Parliament.

ANGELO CONTRINO
Avvocato e Professore Ordinario di Diritto tributario, Università Bocconi di Milano
FRANCESCO FARRI
Avvocato e Professore a contratto di Diritto tributario, Università Bocconi di Milano

LA RIFORMA DELL'IRPEF
CON RIGUARDO ALLA FISCALITÀ DELLA FAMIGLIA [*]

SOMMARIO: 1. La sostanziale estraneità al dibattito della riforma dell'IRPEF dei temi della fiscalità familiare – 2. La necessità costituzionale di una revisione del sistema dell'imposizione reddituale della famiglia – 3. L'assegno unico familiare e la sua insufficienza a rendere il sistema impositivo conforme ai principi costituzionali – 4. La necessaria introduzione di una forma di splitting dei redditi coniugali – 5. Gli ulteriori correttivi necessari – 6. Infondatezza delle tesi che vedono nello splitting dei redditi un disincentivo al lavoro femminile – 7. Le reali cause della crisi del lavoro femminile in Italia e i possibili strumenti fiscali per farvi fronte – 8. Conclusioni.

1. La sostanziale estraneità al dibattito della riforma dell'IRPEF dei temi della fiscalità familiare

Uno degli obiettivi dichiarati della presente XVIII Legislatura è fornire al Governo in carica una delega per provvedere a una organica riforma dell'imposta personale sul reddito delle persone fisiche. Numerose sono le proposte formulate da più parti sull'argomento e approfondito appare l'esame da parte delle Commissioni Finanze della Camera e del Senato. Molteplici risultano i temi discussi, che spaziano dalle modalità di fissazione dell'aliquota progressiva alla tassazione dei redditi di natura finanziaria.

Tutto sommato assente dal dibattito, a parte rare eccezioni, rimane invece il tema del regime fiscale della famiglia.

Ciò potrebbe indurre a ritenere che il tema risulti di secondaria importanza nel contesto fiscale attuale, o che comunque esso abbia raggiunto un equilibrio tale da non richiedere particolari aggiustamenti. In verità, non è così. La Costituzione richiede di conferire alla famiglia una rilevanza centrale per l'ordinamento anche per quanto attiene alle dinamiche della finanza pubblica (artt. 29 e 31 Cost.)[1] e la giurisprudenza costituzionale, a più

[*] *Contributo sottoposto a valutazione*.

[1] Sul tema cfr., per tutti, C. SACCHETTO (a cura di), *La tassazione della famiglia: aspetti nazionali e comparati*, Soveria Mannelli, 2010; A. TURCHI, *La famiglia nell'ordinamento tributario. Parte Prima. I modelli di tassazione dei redditi familiari*, Torino, 2012; ID., *La famiglia nell'ordinamento tributario. Parte*

riprese chiamata ad affrontare l'argomento, ha costantemente evidenziato i limiti del sistema attuale e chiamato il legislatore a renderlo più adeguato ai valori fondamentali.

Vale quindi la pena esaminare nel dettaglio la questione per individuare quali possano essere gli strumenti più adeguati per rendere il regime di tassazione della famiglia più conforme ai principi costituzionale.

2. La necessità costituzionale di una revisione del sistema dell'imposizione reddituale della famiglia

Quanto meno a decorrere dagli anni Settanta, non esiste nel sistema dell'IRPEF un regime fiscale riservato al "nucleo familiare", quale possibile "microcosmo tributario" cui è riferibile una capacità contributiva diversa e autonoma rispetto a quella dei singoli elementi che lo compongono.

Fino al 1976, esisteva un sistema di cumulo dei redditi coniugali, per cui in capo al marito dovevano sommarsi anche i redditi della moglie e il cumulo così formato essere assoggettato ad aliquote progressive unitarie. L'effetto era altamente penalizzante per le famiglie, poiché per effetto del sommarsi dei redditi aumentavano anche le aliquote progressive marginali applicabili rispetto a quelle che si sarebbero applicate se i redditi fossero stati tassati separatamente in capo ai coniugi.

Il sistema venne dichiarato incostituzionale dai giudici della Consulta con una storica sentenza, la n. 179 del 1976[2], la quale tuttavia centrò la motivazione, più che sulla ingiusta discriminazione che il sistema provocava per le famiglie rispetto ai singoli individui[3], su una interpretazione del principio di capacità contributiva che venne inteso, a prima lettura,

seconda. Tra favore e limiti del sistema, Torino, 2015; A. GIOVANNINI, *Famiglia e capacità contributiva,* in *Riv. dir. trib.,* 2013, I, p. 230 ss.; M. LOGOZZO, *Il trattamento della famiglia nell'ordinamento tributario,* in V. FERRANTE (a cura di), *Lavoro, cittadinanza, famiglia,* Milano, 2016, p. 93 ss.; F. FARRI, *Punti fermi e profili di irrazionalità nel regime fiscale della famiglia,* in *Riv. dir. trib.*, 2016, I, p. 89 ss.; ID., *Un fisco sostenibile per la famiglia in Italia,* Milano, 2018.

[2] Tra i principali commenti cfr. E. DE MITA, *L'illegittimità costituzionale del c.d. cumulo,* in *Dir. prat. trib.*, 1976, II, p. 337 ss.; A. FEDELE, *Possesso di redditi, capacità contributiva ed incostituzionalità del cumulo,* in *Giur. Cost.*, 1976, p. 2159 ss.; A.E. GRANELLI, *Finalmente abolita la… "tassa di maritaggio"*, in *Boll. trib.,* 1976, p. 1172 ss.; L. PERRONE, *Il cumulo dei redditi, il principio di capacità contributiva e la progressività del sistema tributario,* in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1977, II, p. 113 ss.; R. BRACCINI, *Osservazioni sulla rilevanza tributaria dei doveri economici familiari*, in *Dir. prat. trib.*, 1977, I, p. 1239 ss.; F. GALLO, *Regime fiscale della famiglia e principio di capacità contributiva*, in *Riv. dir. fin.,* 1977, I, p. 94 ss.

[3] Elemento che, invece, dovrebbe considerarsi il cuore della sentenza, come emerge anche dalle considerazioni di F. GALLO, *op. cit.*, p. 94; L. PALADIN, *Il principio di eguaglianza tributaria nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Riv. dir. trib.*, 1997, I, pp. 306-307.

come richiesta di individuare il soggetto passivo dell'IRPEF esclusivamente nella persona fisica.

Così, gli interventi legislativi che hanno dato attuazione alla pronuncia (L. n. 751/1976 e L. n. 114/1977) hanno individuato il perno dell'imposizione nel singolo membro della famiglia e i legami familiari sono recuperati, in chiave tributaria, attraverso una serie, frastagliata di correttivi (a cominciare dalla detrazioni per familiari a carico), frutto di interventi contingenti e sempre più slegati fra loro, che hanno progressivamente reso il complesso delle regole fiscali dedicato alla famiglia un quadro paragonabile, per linearità e razionalità, a un'opera d'arte di Jean-Michel Basquiat.

Eppure, fu fin da subito evidente che tale impostazione determinava importanti profili di frizione con i principi costituzionali e, in particolare, con il principio di uguaglianza. Furono così sollevate dai giudici di merito rilevanti questioni di costituzionalità e, in relazione a esse, la Corte Costituzionale ha in più occasioni ammonito che «*dai calcoli tributari si constata senza dubbio che l'attuale trattamento fiscale della famiglia penalizza i nuclei monoreddito e le famiglie numerose con componenti che non producono o svolgono lavoro casalingo. Queste famiglie infatti - che dovrebbero essere agevolate ai sensi dell'art. 31 della Costituzione - sono tenute a corrispondere un'imposta sui redditi delle persone fisiche notevolmente superiore rispetto ad altri nuclei familiari composti dallo stesso numero di componenti e con lo stesso reddito, ma percepito da più di uno dei suoi membri*» (così Corte Cost., n. 358/1995; in senso analogo, n. 76/1983).

Nonostante la chiarezza dei principi da essa affermati, la Corte Costituzionale non ha usato in materia quegli strumenti che ha, negli anni più recenti, messo in campo per "costringere" il legislatore ad adottare certe discipline, soprattutto in materia di cd. "nuovi diritti"[4]. L'atteggiamento che ha accompagnato l'affermazione dei principi in materia di tassazione della famiglia è stato quindi di ampia deferenza verso la discrezionalità del legislatore: si è così affermato che «*i rimedi per il necessario ristabilimento dell'equità fiscale in materia e la tutela della famiglia sotto questo aspetto non possono essere apprestati da questa Corte mediante l'accoglimento della questione nei termini in cui è proposta, in quanto ciò implicherebbe pluralità di complesse scelte, come emerge dalle*

[4] Il pensiero corre alle ordinanze n. 207/2018 (in materia di aiuto al suicidio), n. 33/2021 (in materia di figli da maternità surrogata) e n. 97/2021 (in materia di ergastolo ostativo). Sulla nuova "tendenza" della Corte cfr. da ultimo CENTRO STUDI LIVATINO, *Corte Cost. su "ergastolo ostativo": di nuovo detta contenuti e tempi al Parlamento*, 16 aprile 2021.

varie ipotesi prospettate dalla citata sentenza n. 76 del 1983, dalle diverse esperienze di altri Stati e dall'ampio recente dibattito parlamentare: scelte che competono esclusivamente al legislatore. Né sarebbe percorribile la via indicata nell'ordinanza di rimessione, e cioè una pronuncia che, senza prefigurare in positivo l'articolazione di nuovi criteri di tassazione dei redditi della famiglia, di spettanza del legislatore, si limiti a dichiarare l'illegittimità costituzionale delle disposizioni vigenti: ciò infatti sarebbe fonte di inammissibili lacune nella disciplina, riguardo ad una materia che richiede, invece, il costante equilibrio del sistema. Nell'ambito della complessità delle scelte e della modulazione delle soluzioni che si intendono introdurre, al legislatore spetta pertanto tener conto anche delle eventuali ricadute delle auspicate innovazioni, oltre che del reperimento delle risorse relative alla ripercussione sul gettito tributario. In ogni caso, pur con queste cautele e nella prospettiva di tutto il quadro delle varie situazioni, il legislatore non dovrà consentire ulteriormente, per rispetto ai principi costituzionali indicati ed ai criteri di giustizia tributaria, il protrarsi delle indicate sperequazioni in danno delle famiglie monoreddito e numerose» (Così, Corte Cost., sent. n. 358/1995).

Se il rispetto verso la discrezionalità del legislatore e la sua responsabilità politica, che la Corte ha mostrato in materia, è certamente apprezzabile sotto il profilo istituzionale, e merita di essere particolarmente evidenziato in un contesto come quello attuale in cui sta invece avvenendo troppo spesso il contrario in materie diverse da quella fiscali, non vi è dubbio che l'inerzia del legislatore abbia comportato una pressoché totale inattuazione dei principi considerati.

Dopo quasi cinquant'anni dalla sentenza n. 179 del 1976, l'impianto dell'IRPEF continua infatti a trascinarsi il grave problema della discriminazione delle famiglie monoreddito e, più in generale, di quello delle famiglie in cui il reddito non è distribuito in modo omogeno tra i coniugi. Tale problema è solo mitigato dalla detrazione per il coniuge a carico, decrescente al crescere del reddito, la cui entità è a dir poco modesta (l'importo più alto, in caso di reddito complessivo non superiore a 15.000 euro, è di 800 euro)[5] e appena sufficiente a tamponare il problema di evitare declaratorie di incostituzionalità del tributo in attesa di una riforma che non è mai arrivata.

[5] La palese insufficienza delle detrazioni previste dal TUIR è comunemente riconosciuta: per tutti cfr. L. TOSI, *Considerazioni sul regime fiscale della famiglia: discriminazioni ai danni delle famiglie monoreddito, prospettive di riforma e problematiche di ordine costituzionale*, in *Rass. trib.*, 1988, I, p. 379; F. MOSCHETTI, *La capacità contributiva. Profili generali*, in A. AMATUCCI (diretto da), *Trattato di diritto*

Nel corso degli anni, la ristrutturazione reiterata del complesso degli oneri deducibili e delle detrazioni soggettive riferibili alla famiglia – che pur costituisce una delle possibili forme di intervento per correggere le distorsioni esistenti – non ha consentito il superamento del problema, né tanto meno il disegno di un razionale regime fiscale della famiglia. Per altro verso, i tentativi di affiancare alla tassazione individuale dei meccanismi correttivi opzionali – come, in concreto, la proposta di introduzione del "quoziente familiare" alla francese, contenuta nella Legge delega n. 428/1990, ma rimasta inattuata; o, in astratto, l'idea di istituire un "fattore famiglia", con la creazione di una "*no tax area*" latrice di una "imposizione negativa" – sono naufragati di fronte a scogli di matrice politica e ideologica, ma anche a quello – sempre presente e sempre difficile da aggirare – della copertura finanziaria, comportando riforme di questa natura un significativo alleggerimento del prelievo per le famiglie e, correlativamente, una perdita di gettito per l'erario.

Alla luce di quanto sopra esposto, tuttavia, oggi come in passato parlare di riforma dell'IRPEF significa anche dover parlare di riforma della tassazione della famiglia e affrontare la necessità di valorizzare il nucleo familiare per garantire l'equità orizzontale, senza discriminazione delle famiglie monoreddito o a composizione reddituale disomogena, e per tener conto del contributo che la famiglia già dà in natura alle spese pubbliche, circostanza, questa, assolutamente fondamentale ma troppo spesso dimenticata ([6]).

---

tributario, I, t. 1, Padova, 1994, p. 259; L. ANTONINI, *Sussidiarietà fiscale*, Milano, 2005, p. 132, pp. 137-140; G. GAFFURI - M.V. CERNIGLIARO DINI, *La tassazione della famiglia (trattamento fiscale della famiglia: favore o disfavore del legislatore?)*, in *Iustitia*, 2005, p. 131 ss.; Corte Cost., sentt. nn. 76/1983, 85/1985, 358/1995. Un accurato esame storico dell'evoluzione della disciplina delle detrazioni per carichi di famiglia è condotta da A. TURCHI, *La famiglia nell'ordinamento tributario*, I, cit., p. 76 ss. e II, cit., pp. 9-80, ove si evidenzia altresì come la valorizzazione della famiglia debba tradursi, oltre che in adeguate detrazioni per familiari a carico, anche nell'adeguato riconoscimento di deduzioni e detrazioni per le spese sostenute per prendersi cura della famiglia e dei familiari stessi, che non si prestano a essere sostituite dal sistema di splitting e di quoziente familiare e che, quindi, devono essere mantenute e incentivate anche in aggiunta a essi.

[6] Si rimanda, sul punto, alle considerazioni di F. FARRI, *Un fisco sostenibile per la famiglia in Italia*, cit., 36 ss. ove si rileva che «*un sistema – come quello costituzionale italiano – caratterizzato da una marcata connotazione in termini di sussidiarietà non può ritenere che il riparto degli oneri della collettività sia unicamente quello che avviene con il trasferimento di mezzi finanziari, ma deve tener conto anche di forme di concorso alle pubbliche spese che avvengono 'in natura' grazie alle attività delle istituzioni cui l'ordinamento costituzionale riconosce un ruolo di stabile preordinazione alla diretta soddisfazione di esigenze della persona che altrimenti sarebbero accollate all'amministrazione pubblica. Correlativamente, lo schema fondamentale di riparto degli oneri della collettività deve tradursi in un sistema di vera e propria 'contabilità sociale' che valorizzi il ruolo di quei corpi che il patto fondamentale ha riconosciuto come stabilmente funzionali alla gestione a livello autonomo di esigenze fondamentali della persona, tra i quali – come indicato dall'art. 29 Cost. – rientra per prima la 'famiglia come società naturale fondata sul*

E ciò non può che essere fatto spogliandosi di pregiudizi politici e ideologici, ancorando le riflessioni e le possibili soluzioni tecniche nei principi fondamentali della nostra Costituzione, così come esplicitati dal giudice delle leggi, i quali – contrariamente a quanto a volte taluno ha pensato e detto trovandosi con essi in disaccordo – sono tutt'altro che inutili orpelli che frenano il progresso, necessariamente recessivi al cospetto di modelli economici di stampo teorico che sarebbero ontologicamente dotati di una "divina" superiorità assiologica: la Costituzione repubblicana è – costituirà sempre – «*patto fondamentale sui valori che orientano e unificano l'intero ordinamento e quindi ne determinano la fisionomia*»[7] da cui, fortunatamente per tutti, non si può prescindere neppure a fronte di problematiche economiche e tributarie.

Ancorché dovrebbe essere superfluo ricordarlo, i principi della nostra Costituzione – che costituiscono patrimonio condiviso e reso oggettivo dalla giurisprudenza costituzionale – devono essere il riferimento primo e imprescindibile, il "faro" che deve necessariamente guidare ogni ipotesi di riforma della tassazione dell'IRPEF, in generale[8], e della tassazione della famiglia, in particolare.

In questa prospettiva, occorre chiedersi, dapprima, se le riforme appena approvate riguardanti in senso lato la famiglia – il riferimento è, segnatamente, al c.d. assegno unico – vadano nella direzione tracciata dalla Corte Costituzionale e come esse si collochino all'interno dell'odierno assetto dell'IRPEF.

E, poi, se dovessero essere ritenute insufficienti, quale potrebbe essere un'ipotesi di intervento strutturale che si affianchi a tali riforme per garantire appieno – in un sistema di tassazione delle persone fisiche con aliquote progressive, qual è quello attuale e quale

---

matrimonio'. Da ciò deriva, in particolare, che l'equilibrio tra entrate e spese della pubblica amministrazione deve tener conto dei risparmi di spesa pubblica che l'attività di tali corpi intermedi individuati dal patto fondamentale permettono di conseguire rispetto alla ipotesi in cui i compiti da essi svolti gravassero direttamente sui pubblici apparati … La rilevanza del valore dei 'servizi' endofamiliari nel quadro delle valutazioni di finanza pubblica emerge con chiarezza quando essi fanno fronte a quelle situazioni di fragilità della persona umana che la famiglia è strutturalmente preordinata ad accogliere ed affrontare (si pensi al valore del 'servizio' endofamiliare di assistenza degli anziani, enucleato dalla già citata Corte Cost., n. 2/2016, ovvero a quello di cura ai malati non necessitanti di ospedalizzazione, ovvero a tutti quelli che ruotano attorno all'allevamento dei bambini, richiesti direttamente dall'art. 30 Cost.) e che, in mancanza, dovrebbero essere gestite dall'amministrazione pubblica. Tale valore è riconosciuto anche dalla dottrina economica: cfr., per tutti, SELTZER *L.H., The personal exemptions in the income tax, New York (USA) 1968, 101-102, ove si evidenzia, ad esempio, che 'in rearing children, parents may be said to provide economic and other service of considerable public importance' e che quindi si è di fronte a forme di 'burden of supporting persons who might otherwise require some measure of public support'*».

[7] Così, per tutti, M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, p. 5.

[8] Sul punto cfr., da ultimo, F. FARRI, *Spunti di riflessione in tema di riforma dell'imposizione personale sul reddito e principi costituzionali*, in *Riv. telem. dir. trib*., 21 maggio 2021.

sarà verosimilmente quello futuro, anche se riformato – il rispetto del principio di uguaglianza di trattamento tra famiglie con diversa distribuzione reddituale al loro interno[9].

3. L'assegno unico familiare e la sua insufficienza a rendere il sistema impositivo conforme ai principi costituzionali

L'introduzione del c.d. assegno unico e universale, oggetto della recente legge delega n. 46/2021, è certamente meritevole sotto il profilo della razionalizzazione dell'arcipelago di misure a sostegno della natalità attualmente esistente, e altrettanto certamente va nella direzione dell'attuazione di quel *favor familiae* radicato nell'art. 31 Cost.

Ciò nonostante, la predetta proposta non può considerarsi strumento attuativo dei principi reiteratamente affermati dalla giurisprudenza costituzionale in materia di tassazione della famiglia, né si amalgama con le caratteristiche proprie dell'IRPEF e la politica fiscale da perseguire per la sua riforma.

Quanto al primo aspetto, l'assegno unico non vale a conferire attuazione ai principi scolpiti dalla giurisprudenza costituzionale, e sopra riportati, perché costituisce misura a vantaggio della filiazione, e non della famiglia in quanto tale. E infatti, come peraltro esplicitato nella relazione illustrativa di accompagnamento, la proposta ha l'obiettivo di riordinare e potenziare le misure di sostegno per i figli a carico e di favorire la fruizione dei servizi a sostegno della genitorialità, nella prospettiva generale di porre un freno alla crisi demografica nel nostro Paese e, correlativamente, avviare una correzione agli squilibri delle finanze pubbliche che, come dimostrato univocamente dai demografi[10], si prospettano minacciosi all'orizzonte a causa del progressivo invecchiamento della popolazione.

Quanto al secondo aspetto, l'assegno unico non è linea con le caratteristiche dell'IRPEF e le politiche fiscali di riforma da perseguire, perché – proponendosi di sostituire, insieme all'attuale congerie di assegni, premi, *bonus* e provvidenze pubbliche, anche le detrazioni per figli a carico – esso incide ulteriormente in senso negativo sulla

[9] Sul tema cfr. già A. CONTRINO, *Sulla riforma della fiscalità della famiglia: una proposta strutturale e articolata, che va oltre il c.d. assegno unico, tra ineludibili moniti del giudice delle leggi ed eliminabili effetti collaterali in punto di disincentivo al lavoro femminile*, in *Riv. telem. dir. trib.*, 2020, p. 781 ss.
[10] Cfr., per tutti, G.C. BLANGIARDO, *L'Italia fa i conti con l'inverno demografico*, in *Atlantide*, 39, 2017, pp. 7-14.

"personalità" dell'IRPEF, sottraendovi degli elementi: si esclude, infatti, la valorizzazione ai fini del tributo di quella parte del reddito che, essendo destinata al sostentamento dei figli, dovrebbe considerarsi esclusa da imposizione in quanto rientrante nel c.d. minimo vitale riguardante la prole. Se tale circostanza è mitigata dal correttivo pratico della prevista irrilevanza ai fini IRPEF dell'assegno goduto, l'ulteriore scivolamento del tributo verso il campo delle imposte reali, accentuato dalla paventata riduzione delle deduzioni e detrazioni per oneri sostenuti dal contribuente, appare irreversibile[11].

E non sono parimenti rilevanti – nella prospettiva richiesta dalla Corte Costituzionali dell'equità orizzontale tra famiglie – neanche altre proposte contenute in disegni di legge affini, come il n. S1892, con l'introduzione di agevolazioni fiscali per la locazione dell'abitazione principale da parte di "giovani coppie", la detrazione per i libri di testo universitari o per le spese di locazione degli universitari, ecc. Lo stesso dicasi a maggior ragione per l'agevolazione all'acquisto della prima casa previsto dall'art. 64 del d.l. n. 73/2021, che si presta a essere applicato anche a giovani single.

Il tutto, peraltro, senza considerare che la parametrazione dell'assegno unico e di altri benefici all'ISEE corre addirittura il rischio, per inadeguatezza dello strumento a sostenere le famiglie numerose, di condurre a risultati deteriori rispetto allo *status quo***.**

4. La necessaria introduzione di una forma di splitting dei redditi coniugali

Le proposte di contorno già approvate o attualmente in discussione sono, dunque, inidonee a contrastare gli attuali effetti distorsivi della tassazione individuale dei redditi dei coniugi e non risultano collimanti con l'assetto dell'IRPEF.

Un intervento più strutturale è pertanto necessario, nel contesto di una riforma del tributo di più ampio respiro, pena l'accentuarsi delle distorsioni attualmente esistenti per effetto dell'oramai incontrollata erosione della base imponibile e della susseguente, denunciata crisi della progressività del tributo[12].

---

[11] Sulla rilevanza sistematica dell'assegno unico cfr. F. PEPE, *Vantaggi, criticità ed implicazioni sistematiche dell'istituendo "Assegno Unico e Universale per Figli a carico"*, in *Riv. telem. dir. trib.*, 9 ottobre 2020; F. FARRI, *Garanzie del minimo vitale e coordinamento tra sistema tributario e provvidenze sociali (note a margine di Corte Cost. n. 152/2020)*, in *Riv. telem. dir. trib*., 19 maggio 2021.

[12] Sul tema cfr., per tutti, L. CARPENTIERI, *L'illusione della progressività. Contributo allo studio del principio di progressività nell'ordinamento tributario italiano*, Roma, 2012.

E in tale contesto – considerata la sostanziale impossibilità di sfoltire e/o rimodulare al ribasso il complesso sistema degli oneri deducibili e delle detrazioni, in quanto la quasi totalità non sono agevolazioni, ma riguardano spese personali e familiari la cui valorizzazione ai fini IRPEF è costituzionalmente necessitata[13] – l'unica possibilità per riportare in equilibrio costituzionale l'attuale trattamento fiscale delle famiglie con diversa distribuzione interna del reddito è un intervento che valorizzi la famiglia come "unità impositiva" ai fini della tassazione dei redditi[14].

I due modelli in campo sono, notoriamente, il quoziente familiare alla francese e lo *splitting* alla tedesca, modelli, questi, che – oltre a garantire l'equità orizzontale tra famiglie richiesta dalla Corte Costituzionale – renderebbero il sistema dell'IRPEF meno manovrabile per ragioni di finanza pubblica, essendo ben più facile ridurre l'importo di una detrazione riconosciuta caso per caso piuttosto che scardinare un meccanismo strutturale come il quoziente familiare o il sistema dello *splitting*.

Dei due modelli possibili, il quoziente familiare presenta maggiori criticità. Anzitutto, esso oggi si porrebbe strutturalmente in contrasto col sistema dell'assegno unico ormai approvato. In ogni caso, esso si fonda tradizionalmente su un meccanismo che presta il fianco a critiche nella misura in cui il divisore (fattore famiglia) generalmente non è composto conferendo a ciascun membro della famiglia valore di una unità, ma facendo progressivamente decrescere il valore conferito ai membri successivo al primo, secondo un sistema di scala di equivalenza. Sennonché, tale meccanismo della scala di equivalenza si fonda su un presupposto, quello delle presunte economie di scala di cui godrebbero i membri della famiglia successivi al primo, che si mostra fallace[15].

Valga il seguente, semplice esempio. In una famiglia con tre figli, le spese sono sostanzialmente triple rispetto a quelle della famiglia con un figlio solo, poiché occorreranno tre lettini, tre seggiolini, il triplo dei pannolini, il triplo delle pappe, il triplo consumo idrico e così via. Sicché continuare a utilizzare meccanismi di scale di equivalenza nei vari comparti di finanza pubblica corrisponde a una negazione della realtà

[13] Cfr., da ultimo, F. FARRI, *Garanzie del minimo vitale e coordinamento tra sistema tributario e provvidenze sociali (note a margine di Corte Cost. n. 152/2020)*, cit.
[14] Cfr. già A. CONTRINO, *Sulla riforma della fiscalità della famiglia: una proposta strutturale e articolata, che va oltre il c.d. assegno unico, tra ineludibili moniti del giudice delle leggi ed eliminabili effetti collaterali in punto di disincentivo al lavoro femminile*, cit.
[15] Sulla inidoneità delle ordinarie scale di equivalenza a stimare in modo ragionevole, ad esempio, il costo dei figli a carico cfr. anche A. CIGNO, *Economics of the family*, Oxford, 1991, p. 90 ss.; ID., *Cost of children, parental decisions and family policy*, in 10 Labour, 1996, pp. 463-467 e p. 473.

che merita senz'altro di essere evitata o corretta, laddove presente come nel sistema italiano dell'ISEE. E ciò è tanto più evidente se, al contrario, quando il numero dei familiari agisce come moltiplicatore (anziché come divisore), il legislatore è ben lungi (si pensi al sistema del tributo sui rifiuti) dal diminuire il peso "ponderato" dei membri successivo al primo.

Fra l'altro, con la recente sentenza n. 219/2017 la nostra Corte Costituzionale ha stigmatizzato la tendenza a diminuire il "peso" ponderato dei membri della famiglia successivi al primo, onde l'eventuale implementazione di un meccanismo di quoziente familiare alla francese dovrebbe fare i conti anche con tale monito.

Per tale ragione si ritiene che lo scenario di una modifica della tassazione della famiglia debba essere imperniato sul modello di *splitting* tedesco, se del caso con alcuni correttivi idonei a minimizzare, se non a sterilizzare, eventuali effetti distorsivi di un trapianto *ex abrupto* nel nostro sistema di tassazione IRPEF.

Il modello dello *splitting* attualmente in uso in Germania prevede la sommatoria (cumulo) dei redditi dei coniugi, la divisione per due di tale cumulo (due essendo i coniugi) e l'applicazione sul totale del reddito (suddiviso tra i due coniugi ai fini degli obblighi strumentali) dell'aliquota marginale applicabile al risultato della divisione.

In questo modello il divisore familiare prende il posto della *detrazione per il coniuge a carico*, mentre vanno mantenute, per importi effettivi, le *detrazioni per figli a carico* e le deduzioni o detrazioni (in sede di formazione dell'imponibile o di determinazione dell'imposta) delle somme corrispondenti alle spese di tutti i membri della famiglia (coniugi e figli) la cui valorizzazione ai fini IRPEF è costituzionalmente necessaria.

Il modello garantisce perfettamente l'eguaglianza di trattamento tra famiglie e minimizza i rischi dell'utilizzo di scale di equivalenza penalizzanti, sebbene – è opportuno evidenziarlo – non ponga il sistema al riparo da interventi opportunistici del legislatore sull'ammontare delle permanenti detrazioni per figli a carico.

Un esempio[16] permette di chiarire bene il suo funzionamento.

Ipotizzando un contribuente celibe/nubile tedesco possessore di un reddito imponibile pari a euro 25.000 (nel 2020), il prelievo fiscale complessivo ammonta a euro 3.918,27:

[16] Si mutua, per semplicità, quello portato all'attenzione dell'opinione pubblica da Giuseppe Corasaniti con l'articolo "*Modello alla tedesca per ritrovare equità*", pubblicato su "Il Sole 24 Ore" del 6 febbraio 2020. Gli importi sono ottenuti dal calcolatore del Ministero federale tedesco.

in tale caso l'aliquota media sarà pari al 15,68 per cento e l'aliquota marginale al 28,40 per cento.

Ipotizzando due coniugi tedeschi possessori di un reddito imponibile complessivo (in caso di dichiarazione congiunta) pari a euro 50.000 (nel 2020), il prelievo fiscale complessivo sui due coniugi ammonta a euro 7.836,24 esattamente pari al doppio dell'onere fiscale del contribuente celibe/nubile percettore di un reddito imponibile di euro 25.000. Il sistema tedesco dello *splitting*, applicabile ai contribuenti coniugati, lascia inalterata l'aliquota media al 15,68 per cento e l'aliquota marginale al 28,40 per cento applicabile al menzionato reddito complessivo, quale che sia la distribuzione interna del reddito tra i due coniugi, ossia anche se ciascuno percepisca un reddito diverso da euro 25.000 ma che – sommato al reddito dell'altro coniuge – dia comunque come risultato il doppio di euro 25.000.

Se i due coniugi tedeschi – che possiedono un reddito imponibile complessivo pari a euro 50.000 (ad esempio, 30.000 euro prodotto dal coniuge A e 20.000 euro prodotto dal coniuge B nel 2020) – rinunciano allo *splitting*, il prelievo fiscale sul reddito di A ammonta a euro 5.472,28 (aliquote media al 18,24% e aliquota marginale al 30,52%), mentre il prelievo fiscale sul reddito di B ammonta a euro 2475,03 (aliquota media al 12,38% e aliquota marginale al 26,28%): il prelievo fiscale complessivo ammonta a euro 7.947,31 e, quindi, è peggiorativo rispetto a quello risultante dall'applicazione dello *splitting*.

Invece, se lo stesso reddito imponibile di 50.000 euro è prodotto da un contribuente celibe/nubile tedesco, il prelievo fiscale ammonta a euro 12.808.75, con la conseguenza che l'aliquota media è pari al 25,62 per cento e l'aliquota marginale al 39 per cento. Onde appare evidente che la conformità del sistema dello *splitting* con la valorizzazione dei nuclei familiari ove entrambi i coniugi lavorano e producono reddito.

Il modello dello *splitting* alla tedesca – che, come si è visto, consentirebbe l'attuazione dei principi affermati dalla Corte costituzionale italiana in tema di imposizione del reddito della famiglia – sarebbe mutuabile e innestabile nel sistema dell'IRPEF senza grandi sconvolgimenti. Esso potrebbe altresì essere accompagnato, eventualmente, da una rimodulazione dell'attuale scala di "progressività per scaglioni" del tributo, di cui si parla spesso, e a tal fine potrebbe essere adottato anche un modello sostanzialmente equivalente alla "progressività continua" di stampo tedesco.

A tale fine, considerato che l'attuale curva dell'aliquota media IRPEF presenta la principale e più significativa criticità dopo il superamento della soglia di reddito di 28.000 euro, sarebbe sufficiente frazionare opportunamente l'attuale terzo scaglione di reddito (28.000 – 55.000), differenziando altrettanto opportunamente le aliquote marginali, per giungere a un risultato finale di sostanziale equivalenza ed evitare la radicale sostituzione dell'attuale sistema di progressività per scaglioni con il metodo di progressività continua adottata in Germania.

L'introduzione all'interno dell'IRPEF del metodo dello *splitting* dovrebbe essere accompagnato da alcuni accorgimenti necessari o anche solo opportuni, per fini diversi, che possono essere sintetizzati nelle seguenti proposte**.**

5. Gli ulteriori correttivi necessari

Il sistema dello *splitting* coniugale dovrebbe essere introdotto, quanto meno nella fase iniziale, come regime opzionale. E ciò perché il carattere opzionale consente di: *(i)* valorizzare le eventuali valutazioni di maggior convenienza che i coniugi, per qualsiasi ragione (a cominciare dalla *privacy*), riservino al regime attuale; *(ii)* evitare ogni questione, pur infondata, circa il rispetto del principio di personalità della capacità contributiva.

La sua introduzione dovrebbe comportare, e non potrebbe essere diversamente, l'eliminazione detrazione per coniuge a carico, ma anche l'integrazione di misure di riduzione del carico fiscale per i figli a carico.

Inoltre, poiché – come detto – è stata appena approvata una legge delega che prevede la sostituzione dell'attuale sistema delle detrazioni e l'introduzione dell'assegno unico familiare, risulterà indispensabile:

(i) abolire o riformulare la scala di equivalenza posta a base dell'ISEE, che – come dimostrato da alcuni importanti studi economico-demografici[17] – risulta tra le più penalizzanti d'Europa per le famiglie con figli;

[17] G.C. BLANGIARDO - A. VERNIZZI, *Demographic trends and personal income tax in Italy in the context of raising children*, in Silesian statistical review, 2013, p. 49 ss., prendendo le mosse dalle più recenti definizioni econometriche di sistema impositivo "equitable" (N. KAKWANI - P.J. LAMBERT, *On measuring inequality in taxation: a new approach*, in 14 European Journal of Political Economy, 1998, pp. 369-380), concludono che le maggiori iniquità dell'attuale sistema fiscale italiano riguardano le famiglie con figli a carico ("*by looking at both the implicit costs recognised by the personal tax system, and the violations of three axioms, which according to Kakwani and Lambert, a fair tax system should respect ... the Italian tax*

(ii) in caso di rideterminazione, fissarne i criteri nel rispetto del principio di riserva di legge, posto che la determinazione dei presupposti di accesso alle provvidenze pubbliche è riservata alla competenza del legislatore (cfr., da ultimo, Corte cost., sent. n. 219/2017): l'attuale sistema ISEE si fonda, invece, su una scala di equivalenza per la quale la norma primaria (art. 5, D.L. n. 201/2011) non fornisce alcuna indicazione o criterio direttivo per l'autorità amministrativa[18];

(iii) mantenere le deduzioni (dall'imponibile IRPEF familiare) o le detrazioni (dall'imposta lorda familiare) connesse a spese sostenute per soddisfare diritti costituzionalmente garantiti dei figli e dei coniugi (segnatamente, diritto alla salute e libertà educativa, con connesse deduzioni o detrazioni per spese mediche, farmaceutiche e rette scolastiche dei figli).

---

system recognises rather low implicit costs to income earners when they have to take care of children: moreover these implicit costs are an inverse function of taxable income and become irrelevant for middle level incomes. With reference to Kakwani and Lambert's axioms, the overwhelming majority of violations are made against families with children"). C. DECLICH -V. POLIN, *Individuo e famiglia: quale fisco?*, in *Riv. dir. fin. sc. fin*., 2007, par. 5, evidenziano che l'I.S.E.E. italiano assume una scala di equivalenza la quale «*assegna in generale coefficienti più bassi rispetto alla scala francese*» posta a base del quoziente familiare ivi applicato. G. BOESSO - A. VERNIZZI, *Carichi di famiglia nell'Imposta sui Redditi delle Persone Fisiche in Italia e in Europa: alcune proposte per l'Italia*, in *Econ. pubbl.*, 2001, p. 5 ss. evidenziano che «*il sistema dell'imposta personale dei redditi italiano è fra quelli che in Europa sono meno favorevoli al riconoscimento dei carichi di famiglia*». Già in passato, ma con considerazioni valide ancora oggi in mancanza di una organica riforma dell'IRPEF sul punto, N. ROSSI, *Caratteristiche familiari e redistribuzione*, in *Riv. dir. fin. sc. fin*., 1986, I, p. 297 evidenziava che «*il sistema vigente è tutt'altro che neutrale. Risultano infatti fortemente incentivate le famiglie unipersonali … Al contrario l'ordinamento penalizza pesantemente le famiglie numerose in misura crescente al crescere del reddito*».

[18] Ciò in contrasto con il principio (cfr., *ex multis*, Corte cost., n. 83/2015) per cui, «*se è indubbio che la riserva di legge di cui all'art. 23 della Costituzione abbia carattere relativo, nel senso che lascia all'autorità amministrativa consistenti margini di regolazione delle fattispecie, va rilevato - in conformità al consolidato orientamento di questa Corte - che ciò "non relega tuttavia la legge sullo sfondo, né può costituire giustificazione sufficiente per un rapporto con gli atti amministrativi concreti ridotto al mero richiamo formale ad un prescrizione normativa 'in bianco', genericamente orientata ad un principio-valore, senza una precisazione, anche non dettagliata, dei contenuti e modi dell'azione amministrativa … affida[ndo] ad una valutazione soggettiva ed empirica l'individuazione [del parametro di determinazione del divisore dell'I.S.E.E.] e nemmeno offre[ndo] elementi dai quali ricavare, anche in via indiretta, i criteri e i limiti volti a circoscrivere la discrezionalità amministrativa nella definizione [di esso]*». Né sussistono norme tecniche dalle quali il contenuto delle scale di equivalenza possa dedursi in modo ragionevolmente univoco, considerato che «*the search for one, true, definitive set of scales seems a chimera since no completely superior method exists for their extimation*» (NELSON J., *Household equivalence scales: theory versus policy*, in 11 Journal of Labor Economics, 1993, p. 471 ss.; l'aspetto è pacifico e cfr., tra i moltissimi che lo hanno evidenziato: C. DECLICH - V. POLIN, *Individuo e famiglia: quale fisco?*, cit., par. 3.4.: «*è importante sottolineare che non esiste in letteratura una scala di equivalenza corretta o migliore delle altre in senso assoluto e che la scelta della scala da applicare non è neutrale*»; N. SARTOR - D. FRANCO, *Stato e famiglia. Obiettivi e strumenti del sostegno pubblico dei carichi familiari*, Milano, 1990, 55).

6. Infondatezza delle tesi che vedono nello splitting dei redditi un disincentivo al lavoro femminile

Ancorché i risultati degli studi scientifici in merito non siano concordi[19], ci si deve fare comunque carico della possibile obiezione secondo cui il metodo dello *splitting* produrrebbe un effetto di disincentivo al lavoro femminile[20], perché il confronto andrebbe fatto raffrontando *non* la tassazione complessiva dei due coniugi, *bensì* il prelievo fiscale su base individuale del coniuge con il reddito più basso con lo *splitting* e senza lo *splitting.*

Tale obiezione è il frutto dell'applicazione meccanicistica di sottostanti ipotesi e modelli che prescindono dalla *ratio* dell'istituto e dall'assetto complessivo del tributo in cui dovrebbe innestarsi.

E infatti, se lo *splitting* è misura finalizzata a eliminare le distorsioni impositive tra famiglie monoreddito e bireddito (o, comunque, con distribuzione reddituale disomogenea tra i due coniugi), ogni valutazione non può che essere effettuata tenendo conto degli effetti complessivi della fiscalità della famiglia, e dunque considerando entrambi i coniugi: nel sistema dello *splitting* la "unità di tassazione" non è più l'individuo, ma la famiglia. Peraltro, proprio perché stiamo parlando di "famiglia", è verosimile che le decisioni di ciascun coniuge anche in ordine all'opportunità di lavorare siano assunte tenendo conto della fiscalità complessiva della famiglia medesima; circostanza, questa, che già attenua i paventati effetti di disincentivo al lavoro del secondo coniuge valutati in maniera individuale, contro la logica stessa del sistema dello *splitting.*

A ciò si aggiunga che tutti gli studi effettuati in merito, ivi compresi quelli che hanno concluso per l'esistenza di un effetto di disincentivo al lavoro femminile, sono stati realizzati nel contesto dell'attuale sistema di tassazione IRPEF e non tengono conto del

[19] La circostanza è pressoché pacifica e la evidenziano chiaramente le parole di N. SARTOR - D. FRANCO, *Stato e famiglia,* cit., p. 47, i quali, con specifico riferimento al problema delle «*valutazioni sulla distribuzione del reddito*" ma con valenza generale per tutte le problematiche di cui qui si discute, rilevano che tali valutazioni "*implicano necessariamente confronti interpersonali dell'utilità che, come noto, non è possibile effettuare senza introdurre giudizi di valore*»; *ivi*, pp. 71-76 sottolineano altresì che «*le conclusioni circa la struttura ottimale dei sussidi raggiunta*» dai vari studi economici «*sono assai varie e sono tanto meno univoche quanto più numerose sono le variabili prese in considerazione da tali studi*» e che «*in numerose circostanze si porrà il problema più fondamentale di attribuire diverse priorità a obiettivi tra di loro in conflitto*». In questo contesto, del resto, «*la struttura ottimale dei sussidi dipende simultaneamente da numerosi parametri, la cui conoscenza è modesta*» e spesso non derivante «*dall'osservazione empirica ma dalle ipotesi circa la precisa formulazione matematica della funzione di utilità*».

[20] In tal senso, ad esempio, F. COLONNA - S. MARCASSA, *Tassazione e partecipazione al mercato del lavoro: il caso italiano,* in *Questioni di Economia e Finanza (Occasional Papers)*, n. 191, Banca d'Italia, 2013.

fatto che lo *splitting* potrebbe innestarsi – come si è subito evidenziato in apertura – nel ceppo di una riforma della "progressività" del tributo in senso lineare, o modulando l'attuale scala italiana delle aliquote o importando direttamente la progressività continua tedesca, la quale riduce significativamente l'ipotetica penalizzazione sull'offerta di lavoro della maggiore aliquota gravante sul coniuge con reddito minore.

Non è forse un caso, che i Paesi in cui il regime dello *splitting* è adottato registrino percentuali di occupazione femminile superiori rispetto a quelli dei Paesi che adottano un regime diverso. In Germania il tasso di occupazione femminile è del 75,2 per cento, al terzo posto in Europa dopo Svezia e Lituania, cioè abbondantemente al di sopra della media UE, che è del 66,5 per cento, e al dato italiano, penultimo in Europa, con il 52,5 per cento[21]. Ciò dimostra che non è certo lo *splitting* l'elemento determinate ai fini della propensione femminile al lavoro e che, invece, altre sono le variabili che incidono in modo decisivo sul dato.

Da ultimo, rispetto alla proposta concreta di introduzione dello *splitting* effettuata in questa sede, l'obiezione in esame risulta fortemente indebolita, a tacer d'altro, da due circostanze importanti.

La prima è che l'introduzione dello *splitting* alla tedesca è prospettata secondo il modello della "opzione", lasciando dunque ai contribuenti e alle famiglie italiane la libertà di scegliere fra le due possibilità. Così configurato, lo *splitting* non può essere obiettivamente considerato il male assoluto che pur taluno rappresenta in punto di disincentivo all'ingresso dell'altro coniuge nel mondo del lavoro. Negarne aprioristicamente l'introduzione nei termini qui proposti risulterebbe una presa di posizione meramente ideologica, e solo per tale ragione da respingere con fermezza, che finisce ingiustamente col negare l'accesso a un "diritto" a chi intenderebbe esercitarlo.

La seconda circostanza è che – nonostante sia da tempo sostenuto da autorevolissimi scienziati delle finanze, assurti anche alle massime cariche istituzionali nell'ambito della finanza pubblica, che «*i possibili effetti di disincentivo al lavoro connessi con l'adozione del reddito familiare quale misura della capacità contributiva devono essere considerati un costo, la cui entità potrebbe anche essere modesta, da sostenere per ottenere una maggiore equità fiscale*»[22] – nell'ipotesi prospettata lo *splitting* ben potrebbe essere

[21] Dati EUROSTAT, elaborazione AGI – Openpolis, in *Occupazione 2020. Focus Europa*, p. 16.
[22] Così, N. SARTOR - D. FRANCO, *Stato e famiglia*, cit., p. 70. In senso analogo C. DECLICH - V. POLIN, *Individuo e famiglia: quale fisco?*, cit., par. 3.5., laddove si rileva che, per quanto attiene ai possibili effetti

accompagnato da agevolazioni all'ingresso nel mercato del lavoro, e ciò sia dal lato dell'offerta sia dal lato della domanda, che. Se valutate insieme alla scelta di adottare il modello "opzionale" e, eventualmente, alla modifica del sistema della progressività, misure del genere contribuirebbero in ogni caso a rendere minimi, se non nulli, i paventati effetti negativi in punto di disincentivo del lavoro femminile**.**

7. Le reali cause della crisi del lavoro femminile in Italia e i possibili strumenti fiscali per farvi fronte

L'efficacia delle misure di incentivazione del secondo coniuge ad accedere al mercato del lavoro è subordinata all'individuazione delle cause concrete che possono indurre uno dei due coniugi a non cercare accesso ovvero ad abbondare il mercato del lavoro.

Tali misure, inoltre, non possono tradursi in una discriminazione a danno delle famiglie in cui uno dei coniugi decida di dedicarsi al lavoro casalingo, ponendosi altrimenti la misura in contrasto con il principio scolpito negli articoli 4 e 37 della Costituzione[23].

In questa prospettiva, una delle principali cause che induce uno dei coniugi a non cercare accesso o ad abbandonare il mercato del lavoro sembra, notoriamente, essere la difficoltà di garantire la necessaria assistenza ai figli in pendenza di un rapporto di lavoro o dello svolgimento di una professione[24].

---

della tassazione familiare sull'offerta di lavoro, «*le indicazioni offerte dalla teoria della tassazione ottimale trascurano alcuni aspetti rilevanti per l'analisi. L'affermazione secondo cui il sistema tributario non debba scoraggiare l'offerta di lavoro si basa sull'ipotesi che l'alternativa tra lavorare e non lavorare sia effettiva, mentre in alcuni casi tale scelta è determinata dalle condizioni del mercato del lavoro, più che dalle decisioni individuali. Un'analisi completa dovrebbe quindi approfondire gli effetti che può avere la variazione dell'offerta di lavoro sulla domanda*».

[23] Al riguardo, la Corte costituzionale ha espresso fin dalla sentenza n. 179 del 1976 «*l'auspicio che ... possa essere data ai coniugi la facoltà di optare per un differente sistema di tassazione ... che agevoli la formazione e lo sviluppo della famiglia e consideri la posizione della donna casalinga e lavoratrice*», la quale deve considerarsi tutelata (cfr. Corte cost., n. 28/1995) dall'articolo 4 della Costituzione. Sotto altro profilo, la dottrina economica più precisa ha dimostrato sotto il profilo empirico che «*productivity in household production is also a determinant of bargaining power*» ("potere negoziale" in ambito familiare che può ragionevolmente considerarsi come traduzione economica del sostrato dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi cui opera riferimento l'art. 29, comma 2 della Costituzione italiana), per cui «*joint taxation does not appear to disadvantage women in bargaining*» (cfr. R.A. POLLACK, *Family bargaining and taxes: a prolegomenon to the analysis of joint taxation*, in 57 Cesifo economic studies, 2011, p. 216 ss.)

[24] In dottrina, è assodato anche il dato inverso, ossia che l'occupazione del secondo coniuge aumenta sì il reddito complessivo della famiglia, ma rende anche più alto il cd. "costo-opportunità" del tempo dedicato ai figli, con la conseguenza che di per sé diminuisce la propensione alla natalità (cfr. N. SARTOR - D. FRANCO, *Stato e famiglia*, cit., pp. 41-44; J. ERMISCH, *An economic analysis of the family*, Princeton USA, 2003, pp. 114-116). Ne consegue, anche sotto questo profilo, l'esigenza che l'intervento a sostegno

È su tale aspetto che occorre, quindi, concentrare l'attenzione al fine di avanzare misure idonee a incentivare il secondo coniuge a cercare accesso al mercato del lavoro.

Accanto a misure strutturali (come il potenziamento del sistema pubblico e privato di asili nido e scuole materne) e giuslavoristiche (che sono di importanza centrale ma esulano dal versante propriamente fiscale della tematica)[25], l'obiettivo di incentivare il lavoro del secondo coniuge nell'ambito di un sistema di imposizione familiare del reddito potrebbe essere ottenuto tramite, fra le altre, le seguenti, due misure fiscali.

La prima, e più semplice da realizzare, è quella di rendere strutturale un *bonus* fiscale per le *babysitter* (sul modello di quello già introdotto in via temporanea dalla legislazione emergenziale, mediante la concessione di un onere deducibile o di una detrazione che compensi in tutto o in parte il relativo costo) nel caso in cui i coniugi che optino per lo *splitting* producano reddito da attività lavorativa di qualsivoglia natura (*id est*, lavoro dipendente, lavoro autonomo, impresa).

La seconda, forse più difficile da attuare per ragioni di finanza pubblica, ma pur sempre ispirata alla legislazione emergenziale del 2020, è quella di consentire ai nonni di bambini piccoli – i cui genitori siano entrambi lavoratori che intendono affidare a un nonno anziché a una *babysitter* il compito di accudire i figli durante la loro attività lavorativa – di accedere al pensionamento con almeno un anno di anticipo rispetto al termine ordinario. Una misura del genere appare più appropriata rispetto a consentire alle madri lavoratrici un pensionamento anticipato: esso, infatti, produce per sua natura effetti tardivi e non correlati rispetto al bisogno di ausilio nell'accudimento della prole, per cui si configura più come una misura premiale che come un incentivo concreto ed efficace alla natalità. La misura qui proposta dovrebbe essere alternativa al bonus baby-sitter e consentita nel numero di un nonno per ciascun figlio dei genitori lavoratori, rimettendo alla famiglia la scelta di quale sia il nonno cui attribuire il compito e inserendo,

dell'occupazione femminile sia mirato a rendere compatibile l'attività lavorativa con la decisione di avere figli: a nessuna donna dovrebbe porsi la drammatica alternativa tra lavorare e diventare madre ed è questo il punto chiave sul quale il legislatore deve incidere per favorire l'occupazione femminile. Ciò anche in attuazione dei principi di cui agli artt. 4, 30, 31 e 37 Cost.

[25] In questa prospettiva, alcuni spunti possono essere tratti dalla legislazione emergenziale dell'anno 2020, nel senso di estendere a regime la possibilità di *smart working* per i genitori di figli piccoli e di ottimizzare il sistema di permessi e congedi. Il problema più complesso, delicato e urgente rimane, tuttavia, quello delle professioniste, per le quali la struttura dell'attività svolta mal si presta a essere gestita con i tradizionali strumenti giuslavoristici. Per una possibile misura fiscale a sostegno di tale categoria si rinvia al testo.

ovviamente, adeguati meccanismi antielusivi volti a scongiurare l'uscita volontaria dal mercato del lavoro di uno dei due coniugi non appena ottenuto il beneficio previdenziale.

La configurazione delle misure illustrate come "compensative" dell'effetto disincentivante del lavoro del secondo coniuge – che sarebbe prodotto, in tesi, da un sistema di imposizione familiare che comprende lo *splitting* – varrebbe a giustificarne la correlazione, sotto il profilo della *ratio*, al solo regime opzionale dello *splitting*, concretamente adottato, e la non estensione alla generalità del sistema IRPEF.

L'obiettivo di incentivazione dell'accesso al lavoro delle madri dovrebbe essere perseguito anche tramite misure fiscali sul versante della domanda di lavoro.

In tale caso, il presupposto non sarebbe correlato al regime fiscale adottato dalla lavoratrice, onde sarebbe applicabile anche al di fuori dello *splitting*, ma al semplice fatto che la persona sia madre di figli piccoli.

La differenza di trattamento rispetto ai padri appare giustificata alla luce del tenore dell'art. 37 della Costituzione, il quale – affermando che «*le condizioni di lavoro devono (…) assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione*» – consente di creare condizioni di accesso al mercato del lavoro speciali rispetto a quelle degli uomini. Ciò anche in relazione al principio di cui all'art. 3, comma 2 Cost., che consente di fare oggetto di speciale promozione le categorie sociali per le quali si ritenga che il rispetto del principio di uguaglianza formale non sia in grado di garantire di fatto l'effettiva partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese, come sembra potersi dire – dati alla mano – in relazione all'accesso e alla permanenza delle donne madri sul mercato del lavoro.

Al fine di rendere vantaggioso per datori di lavoro e clienti il lavoro svolto da madri di figli piccoli, si potrebbero prevedere, fra le altre, le seguenti due misure promozionali di natura fiscale, oltre naturalmente ai dovuti interventi sul piano previdenziale in termini di importanti sgravi contributivi da finanziare a carico della collettività.

La prima è una "superdeduzione" (in misura, ad esempio, del 110 per cento) del costo che il datore di lavoro sostiene per il pagamento del salario di madri di figli piccoli: nell'ipotesi prospettata, la percentuale dovrebbe essere configurata in termini crescenti al crescere del numero di figli (120 per cento con due figli, 130 per cento con tre figli, ecc.).

La seconda misura è la concessione di un credito d'imposta per i soggetti (consumatori o esercenti imprese, arti o professioni) che si avvalgano di servizi prestati o beni ceduti

da professioniste o imprenditrici madri di figli piccoli: il credito (ad esempio, il 5 per cento del costo del servizio) dovrebbe essere, anche in questo caso, di misura crescente con il numero dei figli.

Quest'ultima misura sarebbe, fra l'altro e insieme agli sgravi contributivi, una delle poche idonee a incentivare il lavoro indipendente di professioniste o imprenditrici madri, rendendolo più competitivo.

La misura potrebbe essere affiancata da una proposta a livello europeo di riduzione, nei medesimi casi, di un punto dell'aliquota IVA per ogni figlio della madre professionista o imprenditrice**.**

8. Conclusioni

Dalla disamina svolta emerge che, se vi è veramente la volontà di innovare il sistema della tassazione della famiglia in senso costituzionale, l'assegno unico appena approvato e gli altri benefici previsti dalle proposte in discussione vanno integrati con un intervento di carattere strutturale, come in particolare l'introduzione dello *splitting* familiare, accompagnato – per scongiurare eventuali effetti di disincentivo al lavoro femminile – con misure previdenziali e fiscali "compensative" sul fronte sia dell'offerta sia della domanda di lavoro, molte già sperimentate con successo dalla legislazione emergenziale.

Rimane un solo problema, che è quello ricorrente e non di poco momento: la copertura finanziaria.

Una proposta strutturale come quella ipotizzata in questa sede, che dovrebbe comunque collocarsi nel contesto di una riforma più ampia dell'attuale impianto dell'IRPEF, comporta innegabilmente una perdita di gettito rilevante, che non può certo essere compensata con un aumento delle aliquote d'imposta, in quanto già al massimo (se non oltre), o con un taglio alle agevolazioni fiscali in senso lato attualmente esistenti, in quanto la cancellazione di quelle effettivamente eliminabili (siccome non costituzionalmente necessarie) non raggiunge – secondo quanto calcolabile in base al rapporto sulle *tax expenditures* – la cifra di 2 miliardi su 80 di spesa complessiva.

L'esperienza di quest'ultimi decenni dimostra, purtroppo, che le riforme fiscali "a costo zero" sono soltanto un palliativo e che la relativa formula è solo apparentemente "magica" ma concretamente "vuota": esse costituiscono – come in effetti hanno costituito fino ad oggi e senza eccezione alcuna – un gioco di illusionismo.

Visto l'enorme spreco di risorse finanziarie attualmente in corso realizzato con la concessione di prebende "a pioggia", senza un disegno complessivo (*cashback*, lotteria degli scontrini, *voucher* occhiali, bonus idrico, bonus bici, bonus moto elettriche o ibride, ecobonus per auto, eliminazione del tributo sui *money transfer*, ecc.), rimane l'auspicio che le risorse finanziarie "a debito" in arrivo dall'Europa per la pandemia possano essere utilizzate anche per finanziare una vera riforma fiscale che getti le basi per un sistema tributario più equo ed efficiente.

Si tratterebbe, in verità, della migliore forma di riduzione delle imposte sulle persone fisiche attuabile, riguardando direttamente il "cuore" del sistema Paese ed essendo potenzialmente idonea garantire una ripresa dei consumi e dell'occupazione, oltre a essere un contributo alla risposta da dare al più presto agli squilibri demografici nel medio-lungo termine.

Abstract

ANGELO CONTRINO, FRANCESCO FARRI, La riforma dell'IRPEF con riguardo alla fiscalità della famiglia

Il saggio si concentra su quello specifico aspetto della riforma dell'IRPEF costituito dalla fiscalità della famiglia. Partendo dall'esame della situazione attuale, che la Corte Costituzionale ha ritenuto scarsamente compatibile con i principi costituzionali, il saggio sostiene la proposta di unire le provvidenze a vantaggio dei figli con un meccanismo di splitting dei redditi dei coniugi, con aggiunta di possibili misure di incentivazione al lavoro femminile.

Parole chiave: imposta sul reddito, IRPEF, fiscalità della famiglia, splitting, assegno unico familiare, lavoro femminile.

ANGELO CONTRINO, FRANCESCO FARRI, The IRPEF reform with regard to family taxation

The essay focuses on that specific aspect of the IRPEF reform consisting of family taxation. Starting from the examination of the current situation, which the Constitutional Court has found scarcely compatible with constitutional principles, the essay supports the proposal to combine the benefits for the benefit of children with a mechanism of splitting the spouses' incomes, with the addition of possible measures of incentive to work for women.

Key words: income tax, personal income tax, family taxation, splitting, single family allowance, female work.

Nel Mondo

SEBASTIANO FLAMINIO
Iscritto all'elenco dei D.P.O. certificati e qualificati

SOCIAL NETWORK CONTRO TRUMP: L'ESIGENZA DI REGOLARE LA VITA SUL *WEB* [*]

SOMMARIO: 1. Lo sviluppo del *web*: uno sguardo preliminare – 2. Il caso americano: i c.d. *social* contro Trump – 3. Azione sproporzionata o tardiva e insufficiente? – 4. La ritorsione: l'oscuramento di Parler – 5. Il precedente italiano: CPI vs Facebook – 6. I dubbi sulla qualificazione giuridica dei *social network* e le conseguenze per le violazioni – 7. Le prospettive di riforma.

1. Lo sviluppo del web: uno sguardo preliminare

Negli anni 1990 nessuno avrebbe accettato di essere seguito costantemente, né sarebbe stato accettabile cedere ad alcuno le informazioni che riguardano la propria sfera personale. Oggi, proprio per le modalità d'uso della tecnologia, si accetta con leggerezza di far tracciare i propri spostamenti – magari col fine di ottenere un servizio di navigazione GPS per raggiungere un luogo, o semplicemente per far sapere di aver scattato una foto in una località turistica – e ancor più si accetta di cedere i propri dati, considerando tale azione un sacrificio di minima rilevanza, al fine di utilizzare gratuitamente qualunque servizio oggi disponibile su internet.

Tali circostanze, poi, hanno cominciato ad avere maggiore impatto quando il mondo ha deciso di spostare parte della propria vita su piattaforme digitali, svolgendo lì molte delle azioni che riguardano lo sviluppo della personalità. Ciò ha reso più pressante l'esigenza di approntare una tutela efficace dei diritti della persona, riprendendo tradizionali categorie giuridiche, riadattandole, utilizzandole per risolvere problematiche inedite.

Le tradizionali definizioni dei concetti di "identità" e di "immagine", adattate alla nuova realtà della digitalizzazione, hanno portato a esiti contraddittori. Si pensi al fatto che in Italia una piattaforma come Facebook svolge l'attività disciplinata all'art. 14 della Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo, che ne esclude la responsabilità editoriale, nonostante ampia giurisprudenza consideri le condotte diffamatorie degli utenti come

[*] *Contributo sottoposto a valutazione*.

reati a mezzo stampa. Si pensi alla disciplina sulla tutela della *privacy*, che permette a molte piattaforme di cedere i dati degli utenti per motivi pubblicitari, ma spesso non permette di utilizzare gli stessi dati per il recupero di un *account* rimasto inutilizzato per molto tempo.

Gli ordinamenti si sono di recente posti il problema di disciplinare alcuni aspetti del "vivere in digitale" (si pensi all'evoluzione dei diritti della personalità generalmente inseriti nella tutela della riservatezza, dell'identità, della manifestazione del pensiero e del diritto d'autore), prevedendo la possibilità di risarcire il danno subito sul web, tramite gli strumenti della responsabilità contrattuale e aquiliana.

La rete nasconde dietro di sé una serie di insidie e richiede particolari regolamentazioni: questi ultimi subiscono fasi di accelerazione e rallentamento davanti ad eventi eccezionali. Proprio oggi, dopo la vicenda che ha visto la contrapposizione tra l'uscente presidente degli USA e un gran numero di piattaforme digitali, si stia assistendo al ripensamento delle regole da applicare.

2. Il caso americano: i c.d. *social* contro Trump

Il dibattito sull'allontanamento dagli spazi messi a disposizione su internet da Twitter Inc. e Facebook Inc. dell'ex presidente Trump, e la discussione sui provvedimenti presi dalle due società, sono stati alimentati dalla notorietà dei soggetti coinvolti, più che dalla gravità delle violazioni poste in essere, in quanto le problematiche affrontate non hanno avuto lo stesso risalto quando vicende simili hanno coinvolto singoli utenti che, meno esposti all'opinione pubblica e scoraggiati dai costi della giustizia, non hanno mai fatto valere le proprie ragioni in un giudizio.

Ai fini della presente trattazione, non ci si dilungherà sulla ricostruzione dell'episodio, poiché è possibile rinvenirne il percorso reperendo le informazioni sui notiziari e sui blog, ma si tenterà di ricostruirne alcuni aspetti essenziali. Merita una più attenta analisi la sequenza delle azioni contestuali e successive alla vicenda per apprezzare veramente le problematiche che emergono dal suo contesto, le conseguenti perplessità e le possibili soluzioni.

3. Azione sproporzionata o tardiva e insufficiente?

Le "interazioni virtuali" dell'ex Presidente, da cui origina l'atteggiamento di contestazione delle piattaforme digitali, non hanno avuto inizio in tempi recenti, ma hanno percorso tutto il suo mandato, facendo persino sostenere a qualcuno che l'azione punitiva fosse stata tardiva e insufficiente[1]. Ma proprio tale affermazione fa emergere le prime nodali perplessità sull'intera questione.

Sul fronte della tardività della reazione sarebbe facile rilevare che i due *social network* in realtà abbiano approfittato della presenza dell'ingombrante utente per ben quattro anni, in quanto questa ha permesso loro di attingere a un enorme afflusso di capitali tramite sponsorizzazioni, accessi, visite degli utenti e conseguente pubblicità, senza mai preoccuparsi della portata delle affermazioni nei *post*, che hanno costellato l'intera durata del mandato presidenziale. In essi erano inseriti contenuti e dichiarazioni rilevanti anche a livello internazionale, come quelli del periodo in cui fioccavano le minacce sull'eventuale utilizzabilità dell'arsenale nucleare nel caso in cui l'acceso scambio di opinioni con Kim Jong-un si fosse trascinato a tal punto da scatenare un conflitto coreano-statunitense. Eppure, in tante di quelle numerose occasioni non sembrava essere emersa da parte delle aziende americane alcuna preoccupazione riguardo la sicurezza e l'incolumità di persone. Ciò solo basterebbe a liquidare la questione sulla tardività dell'azione di espulsione come frutto di un'enorme ipocrisia.

Le tempistiche e le modalità non permettono di escludere una posizione politica (probabilmente anche di politica commerciale) assunta dalle due società come ritorsione per i loro trascorsi burrascosi con il Presidente uscente, soprattutto per il periodo in cui questi aveva dichiarato di voler ridiscutere l'inquadramento giuridico del servizio che esse offrono al pubblico.

4. La ritorsione: l'oscuramento di Parler

All'allontanamento del Presidente Trump dalle due piattaforme si aggiunge un ulteriore tassello, più grave ed importante: ci si riferisce alle notizie immediatamente successive al *ban*, in cui si apprendeva l'intenzione di diverse migliaia di utenti di migrare sulla piattaforma digitale Parler, seguite dalla rimozione dell'applicazione di questo *social network* dagli *store* di Google e Apple, e dall'oscuramento del suo sito internet da

[1] Cfr. B. SIMONETTA, *I social hanno bloccato gli account di Trump, ma forse è troppo tardi*, in *Mashable Italia*, 7 gennaio 2021.

parte di Amazon. Azione ritorsiva, questa, giustificata dai soggetti coinvolti come conseguenza per il mancato adeguamento agli *standard* di limitazione dei contenuti rispetto alle piattaforme concorrenti, che avrebbero consentito (così si suppone) l'organizzazione delle proteste del Campidoglio di inizio gennaio 2021.

Il primo dubbio è se può una società privata determinare la chiusura di un'altra società privata senza passare dalla necessaria azione di un giudice. Può un privato sostituirsi alla giustizia, senza abusare della propria posizione di dominanza in un rapporto commerciale? Fra le opposte opinioni di chi sostiene che la regolamentazione interna alla piattaforma di Parler fosse troppo libera[2] e chi, invece, ritiene che usasse criteri più stringenti delle concorrenti Facebook e Twitter[3], non sarebbe stato più opportuno segnalare l'asserita violazione di legge davanti ad un giudice?

È evidente, infatti, che un privato non può in alcun modo ergersi ad "autorità garante", né può elevare il proprio regolamento interno a fonte superiore alla legge degli Stati: su questo crinale potrebbe risiedere la riflessione sulla differenza tra l'esercizio di un diritto costituito per contratto e l'esercizio abusivo delle proprie ragioni. La stessa Facebook Inc., che viene considerata la società con la piattaforma più aderente ai valori civili, in realtà utilizza regole non esattamente conformi ai principi cardine dell'eguaglianza[4]. Senza considerare che tali regole vengono sommariamente applicate da un algoritmo che spesso cade in errore (analizzando singole successioni di lettere o parole, senza conoscere il reale contenuto di una espressione linguistica o di una frase), con in più le difficoltà di presentare un reclamo derivanti dal fatto che anche la composizione amichevole di una lite viene spesso affidata al medesimo algoritmo.

---

[2] A tal proposito cfr. E. CULLIFORD, *Unhappy with Twitter, thousands of Saudis join pro-Trump social network Parler*, in *Reuters*, 14 giugno 2019; ISAAC SAUL, *This Twitter Alternative Was Supposed To Be Nicer, But Bigots Love It Already*, in *The Forward*, 18 luglio 2019; M. DI STEFANO - A. SPENCE - R. MAC, *Pro-Trump Activists Are Boosting A Twitter App Used By Banned Personalities And It Appears To Have Already Stalled*, in *BuzzFeed News*, 12 febbraio 2019.

[3] Sulla tesi opposta alla precedente si vedano R. LERMAN, *The conservative alternative to Twitter wants to be a place for free speech for all. It turns out, rules still apply*, in *The Washington Post*, 15 luglio 2020; A. PRESSMAN, *Parler is the new Twitter for conservatives. Here's what you need to know*, in *Fortune*, 29 giugno 2020; D. CAMERON, *Parler CEO Says He'll Ban Users for Posting Bad Words, Dicks, Boobs, or Poop*, in *Gizmodo*, 30 giugno 2020; C. HADAVAS, *What's the Deal With Parler?*, in *Slate*, 3 luglio 2020.

[4] Si prenda, infatti, quanto affermato sulle regole che riguardano in c.d. *hate speech* in E. DWOSKIN - N. TIKU - H. KELLY, *Facebook to start policing anti-Black hate speech more aggressively than anti-White comments, documents show*, in *The Whashington Post*, 3 dicembre 2020.

5. Il precedente italiano: CPI vs Facebook

Non meno importanti sono altri precedenti che hanno coinvolto Facebook in questioni simili, come nel caso che ha visto la contrapposizione tra gli algoritmi della società americana e l'associazione politica CasaPound Italia, risolta nel dicembre 2019. In quell'occasione il Tribunale di Roma con ordinanza[5] ha ordinato la riattivazione delle pagine e dei profili oscurati, oltre un risarcimento di 15.000 euro per danno all'immagine, più 800 euro per ogni giorno di ritardo nelle procedure di riattivazione, in quanto «*è* [...] *evidente il rilievo preminente assunto dal servizio di Facebook (o di altri social network ad esso collegati) con riferimento all'attuazione di principi cardine essenziali dell'ordinamento come quello del pluralismo dei partiti politici (49 Cost.), al punto che il soggetto che non è presente su Facebook è di fatto escluso (o fortemente limitato) dal dibattito politico italiano* […]. *Ne deriva che il rapporto tra FACEBOOK e l'utente che intenda registrarsi al servizio (o con l'utente già abilitato al servizio come nel caso in esame) non è assimilabile al rapporto tra due soggetti privati qualsiasi in quanto una delle parti, appunto FACEBOOK, ricopre una speciale posizione: tale speciale posizione comporta che FACEBOOK, nella contrattazione con gli utenti, debba strettamente attenersi al rispetto dei principi costituzionali e ordinamentali finché non si dimostri (con accertamento da compiere attraverso una fase a cognizione piena) la loro violazione da parte dell'utente.* […] *Conseguentemente ai principi sopra esposti, l'esclusione dei ricorrenti da FACEBOOK si pone in contrasto con il diritto al pluralismo*». (…) «*non è possibile affermare la violazione delle regole contrattuali da parte dell'Associazione ricorrente solo perché dalla propria pagina sono stati promossi gli scopi dell'Associazione stessa, che opera legittimamente nel panorama politico italiano dal 2009*».

Il Tribunale di Roma ha inoltre stabilito che nel caso di specie non sarebbe configurabile una responsabilità di posizione, tale da scaricare sull'ex partito di destra le conseguenze delle azioni di singoli individui ad esso ricollegabili, in quanto «*non è possibile sostenere che la responsabilità (sotto il profilo civilistico) di eventi e di comportamenti (anche) penalmente illeciti da parte di aderenti all'associazione possa ricadere in modo automatico sull'Associazione stessa (che dovrebbe così farsene carico)*

[5] Tribunale di Roma, Sezione specializzata in materia di Impresa, Ordinanza 11 dicembre 2019, resa nel ricorso n. 59264/2019 R.G.

e che per ciò solo ad essa possa essere interdetta la libera espressione del pensiero politico su una piattaforma così rilevante come quella di FACEBOOK». Né, secondo il giudice romano, sarebbe ammissibile il collegamento della singola sanzione con la rimproverabilità per episodi precedenti ad essa non collegati, in quanto «*non possono inoltre essere considerate come violazioni dirette da parte dell'Associazione gli episodi* […] *che singolarmente non paiono infrangere il limite di cui si è parlato sopra e che infatti non hanno generato la disabilitazione dell'intera pagina ma la rimozione di singoli contenuti ritenuti non accettabili*».

Nelle parole del giudice italiano, quindi, sono contenute molte risposte alle perplessità e ai dubbi esposti in precedenza, in quanto esso espressamente afferma che i *social network* hanno assunto un "*rilievo preminente*" anche ai fini dell'esercizio delle libertà costituzionali, e che il rapporto tra piattaforma e utente non è un semplice rapporto tra privati, in quanto la prima esercita un potere sproporzionato, ricoprendo una "*speciale posizione*" che non può e non deve prescindere dai valori costituzionali. Pertanto, il giudice ha stabilito che l'esclusione dai c.d. *social*, soprattutto quando assumono l'importante ruolo di luogo del dibattito e del pluralismo, deve cedere il passo alla legge qualora non venga dimostrata una violazione dei valori costituzionali (e quindi anche della legge stessa) da parte dell'utente.

Simili affermazioni sarebbero idonee a sciogliere gran parte dei dubbi sulla vicenda dell'ex Presidente degli Stati Uniti e basterebbe a rispondere con fermezza, almeno in Italia, a chi sostiene che il solo consenso prestato (spesso con enorme leggerezza) verso le condizioni d'uso basti ad accettarle come fonte del diritto, in abdicazione della legge.

6. I dubbi sulla qualificazione giuridica dei social network e le conseguenze per le violazioni

Successivamente alle reazioni delle prime due società, altri *social network* (come YouTube, TikTok, ecc.) e società che offrono servizi di prenotazione sul web hanno continuato il processo di eliminazione dei profili dell'ex Presidente americano e persino delle sue attività commerciali, tanto da indurre lo stesso Jack Dorsey (fondatore di Twitter), pur rivendicando la decisione della sua azienda, a dichiarare che il fatto costituisce un grave precedente. Anche alcuni governi europei (soprattutto Germania e

Francia) si sono posti il dubbio sulla possibilità di regolamentare la materia, esprimendo perplessità sui risvolti della vicenda.

Qualora si affermasse la correttezza delle condotte poste in essere dalle società di cui sopra, bisognerebbe chiedersi quale dovrebbe essere la qualificazione giuridica da dare ai soggetti coinvolti nella vicenda per risolvere la questione. Sulla disputa della distinzione tra soggetti fornitori di un servizio editoriale e soggetti fornitori di un servizio di *hosting* sembrano essere quasi del tutto concordi le discipline degli USA[6] e dell'UE[7], almeno dal punto di vista teorico, nell'inquadrare i c.d. *social network* nella seconda categoria. Tuttavia, poiché l'azione di "controllo" posta in essere in molte occasioni, soprattutto in quella relativa al Presidente uscente degli USA, dalle piattaforme sembra essere più preventiva che successiva, è giusto chiedersi se le società che gestiscono gli spazi su internet non abbiano deciso di transitare da una categoria all'altra.

La problematica non è di poco conto, in quanto entrambi gli ordinamenti fanno dipendere la sussistenza di una maggiore responsabilità dal maggiore potere di controllo esercitabile da parte di un editore. Tutti gli elementi sin qui considerati fanno comprendere come, almeno in Italia ed in Europa (sulla scorta degli ordinamenti costituzionali), ma presumibilmente anche in tutta l'area dei Paesi di *common law* (almeno sulla scorta delle discipline contrattuali c.d. *B to c*), il rapporto tra utente e piattaforme digitali richieda una rivisitazione del rapporto che bilanci le forze in campo con adeguati strumenti di tutela.

Ipotizzando inoltre che l'eventuale azione di controllo dei colossi del digitale all'interno dei propri spazi fosse pienamente legittima e opportuna, e ammettendo rilevanti differenze tra ordinamento italiano e statunitense, l'oscuramento della piattaforma di Parler operato da Amazon, in assenza di una pronuncia giurisdizionale, comporterebbe comunque la violazione di ogni principio di tutela stabilito per il soggetto debole in un contratto commerciale qualificabile come rapporto c.d. *B to b*. In tali tipologie di rapporti, le discipline e le giurisprudenze di tutto l'Occidente protendono per la maggior tutela dell'imprenditore che ha un rapporto di dipendenza con il soggetto dominante. Pertanto, almeno nel o caso che ha coinvolto Parler, la società avrebbe diritto di veder riabilitare la sua connessione ai server di Amazon, con conseguente risarcimento

[6] Sezione 230 del *Communications Decency Act* dal 1996.

[7] Artt. 14 e 15 Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo.

per il danno subìto, soprattutto alla luce del fatto che l'oscuramento è avvenuto in un periodo di probabile crescita, come quello della migrazione degli utenti tra piattaforme.

La questione più importante, specie davanti alle decisioni assunte da società che operano in tutto il mondo, riguarda gli strumenti che ogni ordinamento può offrire ai propri consociati a difesa dei propri diritti. Proprio nel periodo in cui tutto il mondo si occupava della discussione oggetto di queste pagine, in Italia l'Autorità Garante per la protezione dei dati personali interveniva in via d'urgenza portando all'attenzione dell'*European data protection board*[8] la questione sull'informativa con cui WhatsApp avvertiva i propri utenti che sarebbero state apportate delle modifiche al proprio contratto (in particolare in materia di condivisione dei dati personali), ritenendola poco chiara e non immediatamente intellegibile[9].

Anche in questo caso l'ordinamento italiano (e di converso anche quello comunitario) hanno dato prova di potere e sapere intervenire per arginare gli effetti delle decisioni di imprese multinazionali, riaffermando il principio per cui una buona regolamentazione porta con sé un sufficiente grado di tutela per i singoli. Nell'immediato l'impresa americana ha rinviato l'entrata in vigore delle nuove regole, essendo costretta a rivedere la sua politica sulla cessione dei dati alle società del suo gruppo.

7. Le prospettive di riforma

A tutte le considerazioni già esposte si aggiunga che internet, e le piattaforme più frequentate, sono diventate un'estensione del mondo reale, in quanto è il centro degli affari di molte imprese, luogo di aggregazione socioculturale, mezzo di comunicazione indispensabile per molti soggetti e strumento nel quale la nostra società ha riposto gran parte di sé. Per questo motivo, una società che gestisce un servizio come quello offerto da molti *social network* non può essere considerata alla stregua delle piattaforme su cui è possibile creare un semplice blog personale (sul quale è comunque solo il singolo utente ad effettuare un controllo delle proprie interazioni). Ciò è dimostrato dalla crescente

[8] L'*European data protection board* (in italiano Comitato europeo per la protezione dei dati) è un organo europeo indipendente, composto da rappresentanti delle Autorità nazionali per la protezione dei dati e dal Garante europeo della protezione dei dati, che contribuisce all'applicazione coerente della normativa del GDPR in tutta l'Unione europea e promuove la cooperazione tra le Autorità competenti per la protezione dei dati dell'UE.

[9] Cfr. Comunicato stampa dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali del 14 gennaio 2021 in https://bit.ly/2TIQirO

attenzione degli ordinamenti a regolare la materia di internet, con interventi che coinvolgono la privacy, il commercio, la finanza e financo aspetti illeciti di rilievo penale come il c.d. *revenge porn* o il *cyberbullismo*.

Da dove partire allora? L'eventuale disciplina del settore non potrebbe prescindere da un principio generale, in Italia stabilito all'art. 1372 cod. civ., secondo cui «*il contratto ha forza di legge tra le parti*», ma al tempo stesso «*non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge*». Ciò, pertanto, in connessione a quanto stabilito dal Tribunale di Roma nell'ordinanza menzionata[10], renderebbe lecito il recesso unilaterale da parte delle piattaforme digitali solo in presenza di una adeguata disciplina che bilanci i diritti ed i doveri delle parti, sia nel rapporto tra impresa ed utente, sia nel rapporto tra singoli utenti.

È ovvio che nei rapporti tra singoli utenti le piattaforme debbano mettere a disposizione dei sistemi di moderazione per tutelarne gli interessi da ogni forma di illecito prospettabile (dal c.d. *cyberbullismo* al furto di identità, al c.d. *fishing* e all'abuso di diritto), nonché da forme di molestia che interferiscano con la quieta fruizione del servizio reso (dal c.d. *spam* all'eccessiva invadenza di un altro utente, alle attenzioni indesiderate e, persino, alle circostanze in cui il fastidio derivi dalla semplice apparizione di contenuti indesiderati nella *home page*).

Altrettanto ovvio è che il gestore della stessa piattaforma non possa abusare di questa sua prerogativa per attuare un trattamento diversificato tra utenti, specie se basato su di divergenze di opinioni politiche, culturali, etiche, o condizioni sociali ed economiche, in quanto la sua azione non può mai prescindere dai principi stabiliti da un ordinamento o dai diritti tutelati dalla stessa legge. Seppure un'impresa è libera di stabilire un proprio codice di condotta, esso non può in alcun modo violare né sovrastare la legge, sulla scorta del fatto che i diritti – che sono parti inscindibili dell'individuo – specialmente se riconducibili a una tutela superiore quale quella costituzionalmente garantita, implicano una scelta libera sulla possibilità di usufruirne, poiché per mezzo di essi un individuo diviene cittadino e partecipa attivamente alla vita della società, e nemmeno lo Stato è legittimato a sradicarne il legame con il soggetto titolare, potendo solo limitarli o

[10] Trib. di Roma, Sez. spec. in materia di Impresa, Ord. 11 dicembre 2019 cit.

sospenderli temporaneamente in virtù del proprio potere sovrano[11]. Mentre la legge è sovrana e trova limite solo in principi superiori, il contratto tra privati è a essa sottoposto e deve rispettarla.

Si aggiunga che ogni diritto (e il suo conseguente esercizio) è ricollegato all'adempimento di doveri, la cui violazione è la sola possibile fonte di sanzioni, nel rispetto dei limiti imposti dall'ordinamento. Tra diritti e doveri, quindi, c'è una interrelazione che permette il vivere civile: pertanto, al diritto all'istruzione del discente corrisponde il dovere di insegnare del docente, al diritto a non essere lesi corrisponde il dovere di non ledere, e persino al diritto di godere di una prestazione corrisponde il dovere di adempiere alla controprestazione.

I principi sopra descritti non possono non essere rispettati anche dalle società che gestiscono piattaforme digitali, soprattutto se si considera che esse acquisiscono un'enorme quantità di dati personali (utilizzandoli e cedendoli per trarne profitto), che non cessano di trattare qualora un utente venga estromesso in via definitiva dall'utilizzo del servizio costituente la controprestazione. È da accogliere l'indirizzo, che nell'UE

---

[11] A tal riguardo pare interessante un intervento del Vicepresidente dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali, che ha speso parole di denuncia davanti al cronicizzarsi degli stati d'emergenza (a inizio secolo per il terrorismo, e da ultimo a causa della pandemia di Covid-19), destando la mia riflessione su quanto lo Stato di diritto debba vigilare sulla tenuta della libertà. Le parole della Prof.ssa Ginevra Cerrina Feroni mi sembrano tanto interessanti da impormi l'onere di condividere una parte di quell'intervento con il lettore, al fine di comprendere la reale portata del tema oggetto che intendo trattare in queste pagine: «*Il rapporto tra diritti e sicurezza non è ricostruibile come momento di conflitto, poiché libertà e sicurezza non devono essere intese come tra loro negoziabili. Improprio dunque affermare che ad una maggiore sicurezza corrisponde una compressione della libertà: la scelta di uno dei due diritti – libertà e sicurezza – a vantaggio dell'altro è una falsa scelta, poiché la sicurezza non è un fine in sé, ma piuttosto uno strumento per accrescere le libertà. Il diritto alla sicurezza se entra in bilanciamento* […] *è una "non sicurezza".* […] *Innegabile è la tendenza da parte degli Stati a rendere permanenti le misure restrittive dei diritti, pur se, ab origine, previste come temporanee.* […] *Si tratta della cosiddetta «normalizzazione dell'emergenza», di cui ha scritto con grande chiarezza Giuseppe de Vergottini. Il che ci porta a pensare alla condizione attuale, cioè allo «stato d'eccezione permanente»* […] *dove il diritto alla sicurezza diventa fisico, anzi, biologico.* […] *Tutti vediamo quanto incida in una riflessione teorico-scientifica anche la nuova esperienza pratica. Ora occorre concentrare il focus sulla circostanza che le legislazioni limitative dei diritti a causa di "emergenza" sono, purtroppo, destinate a cronicizzarsi e che, di conseguenza, la garanzia dei principi dello Stato di diritto deve utilmente concentrarsi, soprattutto, sulla consistenza ed efficacia dei controlli sul piano politico da parte delle rappresentanze parlamentari*», G. CERRINA FERONI, *Sicurezza e diritti, la tutela della libertà nel "permanente stato d'eccezione"*, in https://www.garanteprivacy.it, 17 dicembre 2020. Non stupisca una tale menzione in queste pagine, in quanto proprio la portata dei limiti che lo Stato di diritto deve autoimporsi per non abusare del proprio potere deve illuminare al legislatore la strada per arginare lo strapotere di facoltosi privati che intendono ergere un modello contrattuale a norma superiore alla legge.

sembra aver ispirato ben due progetti di regolamento[12], secondo il quale bisogna ritrovare un equilibrio tra posizioni attive e passive delle parti coinvolte. Tale regolamentazione, tuttavia, per quanto una piattaforma come quella di Twitter, Facebook o YouTube abbia delle facoltà superiori rispetto a quelle di altre che permettono di creare un solo un blog personale, non sarebbe congrua se associasse un *social network* alla posizione ricoperta da un editore solo per la rilevante dimensione, in quanto il controllo preventivo dei contenuti di diversi miliardi di utenti non potrebbe essere gestito in modo adeguato.

Un'eventuale disciplina sul punto dovrebbe prevedere solo la possibilità di effettuare un controllo successivo sulla singola attività di un utente, a seguito di un congruo numero di segnalazioni e con la possibilità di accedere a una composizione amichevole della questione. Ciò perché dietro la valutazione di un atteggiamento apparentemente lesivo per taluno potrebbe celarsi una condotta lecita e per nulla censurabile da parte di alcuno.

Si pensi a un video caricato su un *social network*, e successivamente segnalato dagli utenti per violazione di una eventuale regola che vieti il turpiloquio o un linguaggio aggressivo. Tali segnalazioni, alle condizioni descritte, non porterebbero alla rimozione del contenuto dalla piattaforma qualora, se pure il turpiloquio o le espressioni aggressive fossero effettivamente presenti nel video, si accertasse che gli scopi di esso non fossero lesivi della sensibilità altrui in quanto mere riproposizioni parodistiche della vita reale all'interno di una rappresentazione comico-teatrale. Non stupisce, da Plauto in poi, che l'autore di una rappresentazione comica usi persino un linguaggio scurrile al fine di suscitare la risata dello spettatore.

Si aggiunga che, salvo nei casi di violazione di leggi penali o gravi violazioni in ambito privatistico (tali da comportare il risarcimento del danno), qualora l'ente gestore di una piattaforma non possa o si rifiuti di porre fine al trattamento dei dati acquisiti durante il rapporto, la sanzione applicabile all'utente potrebbe avere solo natura temporanea e limitativa (quindi non interruttiva del rapporto). Ciò perché, mentre l'utente accetta le condizioni generali di un servizio, l'impresa acquisisce dei dati per trarne profitto: sarebbe ingiusto che un soggetto possa interrompere il rapporto, negando l'esecuzione della prestazione, pur continuando ad usufruire dei dati acquisiti solo ai fini del contratto.

[12] Ci si riferisce a due interessanti progetti: il *Digital Service Act* e il *Digital Market Act*. Secondo l'opinione di chi scrive, tuttavia, entrambe le proposte, seppure interessanti, necessitano di un'ulteriore integrazione nella direzione che meglio sarà spiegata di qui in avanti nel presente saggio.

Tutto ciò premesso, il rispetto di una simile disciplina richiederebbe il controllo da un soggetto terzo, imparziale e vincolato al rispetto dei principi normativi su cui è improntato l'ordinamento. Un tale soggetto potrebbe essere solo il giudice (o al più un'autorità garante indipendente), libero da conflitti di interessi e vincolato al rispetto di un codice deontologico adeguato. Soggetti del genere, se pure idonei a tutelare l'individuo all'interno dei confini nazionali del singolo Stato, potrebbero solamente dare inizio a un processo più organico che richiede uno sforzo comune all'interno di organizzazioni internazionali, in virtù del fatto che internet non conosce confini e coinvolge la sfera giuridica di un'enorme varietà di soggetti.

A tal fine, al pari dei regimi di tutela offerti da carte internazionali, dal GDPR o dalla Direttive e-commerce, sarebbe opportuno disciplinare la materia tramite una sorta di "Carta internazionale dei diritti e dei doveri nel *web*", che preveda l'esistenza di una Corte internazionale che assuma il ruolo di giudice di ultima istanza e della nomofilachia sulle disposizioni in questione. Solo in questo modo si riuscirebbe a restituire, anche in rete, dignità alla tutela di diritti preminenti nel mondo reale.

Non si trascuri che la sempre maggiore presenza dell'individuo sulla rete e la contemporanea spinta degli ordinamenti a rendere accessibile anche il servizio pubblico tramite strumenti digitali rappresentano la sfida che oggi si prospetta davanti agli Stati sovrani e ne determinerà il percorso futuro Pertanto, è necessario che il legislatore utilizzi le migliori energie allo scopo di produrre la migliore regolamentazione possibile, in quanto non affrontare o uscire sconfitti da questa battaglia potrebbe avere conseguenze anche sulla già fragile credibilità delle istituzioni statali

Bibliografia

AUTORITÀ GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Comunicato stampa*, 14 gennaio 2021, in https://bit.ly/3f6ljgW

CAMERON D., *Parler CEO Says He'll Ban Users for Posting Bad Words, Dicks, Boobs, or Poop*, in *Gizmodo*, 30 giugno 2020;

CULLIFORD E., *Unhappy with Twitter, thousands of Saudis join pro-Trump social network Parler*, in *Reuters*, 14 giugno 2019;

DI STEFANO M. - SPENCE A. - MAC R., *Pro-Trump Activists Are Boosting A Twitter App Used By Banned Personalities And It Appears To Have Already Stalled*, in *BuzzFeed News*, 12 febbraio 2019;

DWOSKIN E. - TIKU N. - KELLY H., *Facebook to start policing anti-Black hate speech more aggressively than anti-White comments, documents show*, in *The Whashington Post*, 3 dicembre 2020;

G. CERRINA FERONI, *Sicurezza e diritti, la tutela della libertà nel "permanente stato d'eccezione"*, in https://www.garanteprivacy.it, 17 dicembre 2020;

HADAVAS C., *What's the Deal With Parler?*, in *Slate*, 3 luglio 2020;

LERMAN R., *The conservative alternative to Twitter wants to be a place for free speech for all. It turns out, rules still apply*, in *The Washington Post*, 15 luglio 2020;

PRESSMAN A., *Parler is the new Twitter for conservatives. Here's what you need to know*, in *Fortune*, 29 giugno 2020

SAUL I., *This Twitter Alternative Was Supposed To Be Nicer, But Bigots Love It Already*, in *The Forward*, 18 luglio 2019

SIMONETTA B., *I social hanno bloccato gli account di Trump, ma forse è troppo tardi, in Mashable Italia*, 7 gennaio 2021;

Tribunale di Roma, Sezione specializzata in materia di Impresa, Ordinanza 11 dicembre 2019, resa nel ricorso n. 59264/2019 R.G.

Abstract

SEBASTIANO FLAMINIO*, Social network* contro Trump: l'esigenza di regolare la vita sul *web*

In un mondo che divide la personalità del singolo tra il mondo reale e quello virtuale, deve ancora essere affrontata la sfida di una regolamentazione che tuteli compiutamente l'individuo e i diritti della personalità dalle aggressioni che ogni giorno subiscono sul *web*. Nonostante gli sforzi degli ultimi decenni, è ancora tanta la strada per far sì che l'utente venga posto sullo stesso piano delle multinazionali della comunicazione. Numerosi sarebbero i precedenti che avrebbero potuto dare il via al dibattito sulla materia, ma nessun governo ha mai preso seriamente la discussione finché non si è verificato quello che il creatore di Twitter Jack Dorsey ha definito come un "grave precedente": l'esclusione da più parti della rete internet dell'ex presidente Donald Trump. Per gli Stati questa è l'occasione per lavorare a una "Carta internazionale dei diritti e dei doveri nel *web*".

Parole chiave: internet, tutela dei diritti, esclusione dai social network, carta dei diritti, tutela della personalità sul *web*.

SEBASTIANO FLAMINIO*, Social network* against Trump: the story that has awakened the need to regulate life on the *web*

In a world that divides the personality of the individual between the real and the virtual world, giving equal dignity to the activities carried out on both fronts, the challenge of a regulation that fully protects the individual and the rights of the personality from the aggressions they suffer every day on the web has yet to be addressed. Despite the efforts of recent decades, in fact, there is still a long way to go to ensure that the user is placed on an equal footing with the multinational communications companies. There would be many precedents that could have started the debate on the subject, but no government has ever taken the debate seriously until what Jack Dorsey himself has called a "serious precedent": the exclusion from several parts of the internet of the former President of the United States. Perhaps for states this is an opportunity to get to work on an "International Charter of Rights and Duties on the Web", in the hope that it will safeguard an almost unprecedented space for the law.

Key words: internet, protection of rights, exclusion from social networks, charter of rights, protection of personalities on the *web*.

ALBERTO TOMER
Dottorando in Scienze Giuridiche
Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

POLITICI "CATTOLICI" PRO ABORTO E DIRITTO CANONICO. UN CASO DI NON AMMISSIONE ALLA COMUNIONE EUCARISTICA? [*]

SOMMARIO: 1. Attività politica e promozione dell'aborto negli USA. L'insegnamento della Congregazione per la dottrina della fede – 2. 'Perseveranza ostinata in peccato grave manifesto' e 'manifesta indisposizione morale': il can. 915 – 3. Politici cattolici e 'comportamenti esterni gravemente, manifestamente e stabilmente contrari alla norma morale': un caso concreto di applicazione della norma? – 4. Lo sforzo della Conferenza episcopale USA, con particolare riferimento al ruolo del Vescovo.

1. Attività politica e promozione dell'aborto negli USA. L'insegnamento della Congregazione per la dottrina della fede

«*Quando l'azione politica viene a confrontarsi con principi morali che non ammettono deroghe, eccezioni o compromesso alcuno, allora l'impegno dei cattolici si fa più evidente e carico di responsabilità. Dinanzi a queste esigenze etiche fondamentali e irrinunciabili, infatti, i credenti devono sapere che è in gioco l'essenza dell'ordine morale, che riguarda il bene integrale della persona. È questo il caso delle leggi civili in materia di aborto e di eutanasia* […]*, che devono tutelare il diritto primario alla vita a partire dal suo concepimento fino al suo termine naturale*». Con queste parole, la Congregazione per la dottrina della fede – coadiuvata dal Pontificio Consiglio per i laici – nel 2002 identificava uno dei principali punti nodali della partecipazione dei fedeli al dibattito culturale e politico nelle società democratiche contemporanee: tema nei confronti del quale l'insorgere di «*orientamenti ambigui e posizioni discutibili*» aveva dimostrato l'opportunità di dedicare alcune chiarificazioni fondamentali, che si erano sostanziate nella *Nota dottrinale circa alcune questioni riguardanti l'impegno e il comportamento dei cattolici nella vita politica*.

Nonostante il tempo trascorso e la chiarezza di tali affermazioni, è agevole riconoscere come i problemi denunciati dalla Congregazione non appartengano al passato: circostanza che del resto non risulta certo circoscritta al solo contesto italiano, apparendo

[*] *Contributo sottoposto a valutazione*. Una sintesi del saggio è già stata pubblicata sul sito del Centro Studi Livatino, https://bit.ly/3rDNoB0

invece comune a molte realtà politiche nel mondo. Com'è noto, dibattiti particolarmente accesi sono sorti ad esempio in ambito statunitense, sia in conseguenza dell'approvazione di legislazioni estremamente permissive nei confronti delle pratiche abortive, adottate anche attraverso il sostegno di cattolici in ruoli istituzionali rilevanti, sia – com'era inevitabile – in seguito all'elezione alla stessa Presidenza del Paese di un candidato cattolico, che su questa materia ha però sostenuto posizioni in contrasto con il magistero appena richiamato[1]. Al centro delle discussioni sviluppatesi anche all'interno dell'Episcopato locale, vi è in particolare la questione relativa alla non ammissione di questi soggetti alla Sacra Comunione, che il can. 915 del *Codex Iuris Canonici* prevede non solo per gli scomunicati e gli interdetti (una volta che la pena sia stata irrogata o dichiarata), ma pure per «*gli altri che ostinatamente perseverano in peccato grave manifesto*»: categoria nella quale ci si è quindi interrogati se rientrino anche i politici cattolici che promuovono l'aborto.

2. 'Perseveranza ostinata in peccato grave manifesto' e 'manifesta indisposizione morale': il can. 915

Il significato di tale norma, anche al di là di questo specifico contesto, è tuttavia oggetto di numerosi fraintendimenti. Alcuni riguardano la natura stessa del divieto, spesso erroneamente qualificato come 'sanzione' – una materia, quella delle pene, che nel Codice riceve peraltro una diversa collocazione, essendo trattata al Libro sesto –: al contrario, come spiegava San Giovanni Paolo II al n. 84 dell'Esortazione Apostolica *Familiaris Consortio* (con riferimento particolare ai fedeli civilmente divorziati e risposati, ma enunciando un principio comune a tutti i casi analoghi), il mancato accesso alla Comunione eucaristica dei soggetti indicati al can. 915 discende dal fatto che «*sono*

[1] Per approfondimenti al riguardo, si vedano R.L. BURKE, *Prophecy for Justice. Catholic politicians and bishops*, in *America*, CXC (2004), n. 20 del 21-28 giugno, pp. 11-15; ID., *Canon 915: The Discipline Regarding the Denial of Holy Communion to Those Obstinately Persevering in Manifest Grave Sin*, in *Periodica de re canonica*, XCVI (2007), pp. 3-58; T.D. WILLIAMS, *On Refusing Holy Communion to Anti-Life Legislators: Canonical, Moral and Pastoral Considerations*, in *Alpha Omega*, VII (2004), pp. 391-406; J.J. COUGHLIN, *Canon Law. A Comparative Study with Anglo-American Legal Theory*, New York, 2011, pp. 139-171; C.J. CHAPUT, *Mr. Biden and the Matter of Scandal*, pubblicato *online* in *First Things* il 12 aprile 2020 e consultabile all'indirizzo *https://www.firstthings.com/web-exclusives/2020/12/mr-biden-and-the-matter-of-scandal*. Per una più completa trattazione dell'oggetto del presente contributo, ci permettiamo inoltre di rinviare a A. TOMER, *"Ad Sacram Communionem ne admittantur": il can. 915 e la promozione dell'aborto da parte di cattolici impegnati nella vita politica alla luce di un recente decreto episcopale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 4 del 2021, pp. 47-76.

essi a non poter esservi ammessi, dal momento che il loro stato e la loro condizione di vita contraddicono oggettivamente a quell'unione di amore tra Cristo e la Chiesa, significata e attuata dall'Eucaristia»[2].

Non pochi malintesi derivano invece dalla mancanza di un'adeguata distinzione tra il contenuto della disposizione in esame e quello del successivo can. 916, il quale – in continuità con il n. 1457 del *Catechismo della Chiesa cattolica* – ricorda come siano tenuti ad astenersi dal ricevere la Sacra Comunione tutti coloro che sono consapevoli di trovarsi in peccato grave. Pur riguardando evidentemente lo stesso ambito, le due proibizioni si riferiscono infatti a destinatari e a circostanze differenti, così come diverso ne è il presupposto, e non possono perciò essere confuse.

Per non cadere in simili equivoci, conviene fare riferimento ad altri due testi che proprio su questi profili hanno insistito con grande chiarezza: la *Dichiarazione circa l'ammissibilità alla Santa Comunione dei divorziati risposati* del Pontificio Consiglio per i testi legislativi (2000), anch'essa rivolta in primo luogo a questa specifica fattispecie, ma contenente indicazioni generali valide per l'esegesi del can. 915 a prescindere dai singoli casi[3], e il n. 37 della Lettera Enciclica *Ecclesia de Eucharistia* del 2003, che richiamando espressamente il contenuto della stessa norma ne è stata considerata in dottrina un'interpretazione autentica[4]. In quest'ultimo documento, in particolare, dopo avere ricordato che «*il giudizio sullo stato di grazia, ovviamente, spetta soltanto*

---

[2] A questo proposito, C.J. ERRÁZURIZ M., *Corso fondamentale sul diritto nella Chiesa*, vol. II, *I beni giuridici ecclesiali – La dichiarazione e la tutela del diritto nella Chiesa – I rapporti tra la Chiesa e la società civile*, Milano, 2017, p. 176, osserva come «*ogni cristiano interiormente indegno di accostarsi ai sacramenti non abbia in realtà un diritto al riguardo. In effetti, il sacramento appartiene alla persona come suo diritto nella misura in cui la sua ricezione costituisce davvero un segno efficace di grazia. Non esiste una separazione tra realtà giuridica e realtà salvifica: non è giusta una pretesa sacramentale priva di valore salvifico*»: cosicché «*Se* […] *esiste un'ingiustizia stabile e manifesta, l'assenza del diritto del fedele può e deve comportare l'impossibilità da parte del ministro della sacra comunione di amministrarla fin quando sussistano quelle circostanze*».

[3] Per commenti alla *Dichiarazione* – pubblicata in *Communicationes*, XXXII (2000), pp. 159-162 –, si vedano inoltre l'apposita *nota* di J.I. ARRIETA, *Il profilo sostanziale dell'interpretazione canonica delle norme*, in *Ius Ecclesiae*, XII (2000), pp. 886-892; nonché J. BONET ALCÓN, *Comentario a la declaración del Pontificio Consejo para la Interpretación Auténtica de los Textos Legislativos sobre la comunión de los divorciados (Vaticano, 24/6/2000)*, in *Anuario Argentino de Derecho Canónico*, VII (2000), pp. 157-160; J. HERRANZ, *Allocutio Em.mi Praesidis apud Universitatem Catholicam Murcensem Sancti Antonii occasione Congressus Eucharistici Internationalis Universitarii habita:* La Eucaristía en el ordenamiento jurídico de la Iglesia, 12 novembre 2005, in *Communicationes*, XXXVII (2005), pp. 154-174.

[4] Cfr. A.S. SÁNCHEZ-GIL, *La pastorale dei fedeli in situazioni di manifesta indisposizione morale. La necessità di un nuovo paradigma canonico-pastorale dopo l'*Evangelii gaudium, in *Ius Ecclesiae*, XXVI (2014), pp. 564-567. Più in generale, per un commento riguardo al n. 37 della Lettera Enciclica, si veda J.J. CONN, *Juridical themes in Eucharistic documents of the pontificate of John Paul II*, in *Periodica de re canonica*, XCIV (2005), pp. 399-402.

all'interessato, trattandosi di una valutazione di coscienza» – precisazione relativa al principio enunciato al can. 916 –, San Giovanni Paolo II proseguiva affermando: «*nei casi però di un comportamento esterno gravemente, manifestamente e stabilmente contrario alla norma morale, la Chiesa, nella sua cura pastorale del buon ordine comunitario e per il rispetto del Sacramento, non può non sentirsi chiamata in causa. A questa situazione di manifesta indisposizione morale fa riferimento la norma del Codice di Diritto Canonico sulla non ammissione alla comunione eucaristica di quanti "ostinatamente perseverano in peccato grave manifesto"*». Allo stesso modo, il Pontificio Consiglio individuava analiticamente gli elementi essenziali dell'ultima fattispecie elencata dal can. 915 in tre condizioni: «*a) il peccato grave, inteso oggettivamente, perché dell'imputabilità soggettiva il ministro della Comunione non potrebbe giudicare; b) l'ostinata perseveranza, che significa l'esistenza di una situazione oggettiva di peccato che dura nel tempo e a cui la volontà del fedele non mette fine, non essendo necessari altri requisiti (atteggiamento di sfida, ammonizione previa, ecc.) perché si verifichi la situazione nella sua fondamentale gravità ecclesiale; c) il carattere manifesto della situazione di peccato grave abituale*».

Si rende così più facilmente comprensibile la distinzione tra le due norme. Il can. 916 si rivolge direttamente a quei soggetti che siano consapevoli di trovarsi essi stessi in peccato mortale – cioè di avere commesso un peccato «*che ha per oggetto una materia grave e che, inoltre, viene commesso con piena consapevolezza e deliberato consenso*», secondo la definizione riportata al n. 1857 del *Catechismo* –, ricordando loro il conseguente divieto di comunicarsi al Corpo del Signore senza avere premesso la confessione sacramentale («*a meno che*», prevede l'unica eccezione contemplata dallo stesso canone, «*non vi sia una ragione grave e manchi l'opportunità di confessarsi; nel qual caso si ricordi che* [il fedele] *è tenuto a porre un atto di contrizione perfetta, che include il proposito di confessarsi quanto prima*»)[5]. Il can. 915, pur producendo i propri effetti nei confronti dei fedeli appartenenti alle categorie segnalate, è invece indirizzato in primo luogo ai ministri del Sacramento, che sono fatti destinatari del divieto di ammettere i primi alla Sacra Comunione secondo una valutazione che ha per oggetto esclusivamente 'un comportamento esterno gravemente, manifestamente e stabilmente

[5] In merito al contenuto del can. 916, si rinvia in particolare a C.J. ERRÁZURIZ M., *Le disposizioni richieste per ricevere l'Eucaristia, alla luce del canone 916 del Codice di Diritto Canonico*, in *Ius Ecclesiae*, XIX (2007), pp. 37-54.

contrario alla norma morale', prescindendo quindi da qualsiasi considerazione circa l'imputabilità soggettiva[6].

La rilevanza di tale diversità di prospettive emerge anche con riguardo ai 'beni' tutelati dal can. 915, tra i quali lo stesso n. 37 di *Ecclesia de Eucharistia* menziona pure la 'cura pastorale del buon ordine comunitario'. Quest'ultimo profilo si riferisce in particolare alla necessità di prevenire i rischi di scandalo nella comunità dei fedeli: termine che – è bene precisarlo – in questo contesto non è utilizzato per indicare il significato corrente del concetto di 'scandalo', bensì quello proprio illustrato al n. 2284 del *Catechismo*, al quale corrisponde cioè «*l'atteggiamento o il comportamento che induce altri a compiere il male*». Tale accezione è d'altronde confermata anche dalla *Dichiarazione* del Pontificio Consiglio, che spiega ulteriormente come lo scandalo continui a sussistere anche nel caso in cui «*purtroppo, siffatto comportamento non destasse più meraviglia: anzi è appunto dinanzi alla deformazione delle coscienze, che si rende più necessaria nei Pastori un'azione, paziente quanto ferma, a tutela della santità dei sacramenti, a difesa della moralità cristiana e per la retta formazione dei fedeli*»[7].

3. Politici cattolici e 'comportamenti esterni gravemente, manifestamente e stabilmente contrari alla norma morale': un caso concreto di applicazione della norma?

Alla luce di tali elementi, è perciò possibile trarre alcune considerazioni anche in merito al caso particolare da cui abbiamo preso le mosse. Quanto alla gravità del comportamento, se la costante e inequivocabile condanna dell'aborto nel magistero della Chiesa non richiede ulteriori specificazioni, indicazioni sufficientemente chiare possono

[6] C.J. ERRÁZURIZ M., *Brevi riflessioni sul rapporto tra diritto e morale nell'ammissione ai sacramenti: il ruolo della giustizia*, in *Opus humilitatis iustitia. Studi in memoria del Cardinale Velasio De Paolis*, vol. I, a cura di L. Sabbarese, Città del Vaticano, p. 185: «*abitualmente si presenta una situazione del genere come oggettivamente e gravemente immorale, il che è senz'altro vero; ma penso che sia più preciso parlare di situazione ingiusta, cioè contraria a un diritto dell'altro – delle persone ma anche della Chiesa –, poiché è solo in tal modo, in virtù dell'alterità e dell'esteriorità propria del diritto, che si può configurare una situazione immorale d'indole stabile e oggettiva, la cui esistenza è compatibile con una grande diversità soggettiva sul piano della colpevolezza*». Più in generale, in merito alla differenza tra i cann. 915 e 916, I. GRAMUNT, *Non-Admission to Holy Communion: The Interpretation of Canon 915 (CIC)*, in *Studia canonica*, XXXV (2001), pp. 179-180, osservava: «*When the breach of communion with the Lord and with the Church is public because the person's grave sin is notorious, or because the person is under the penalties of excommunication or of interdict (which are publicly imposed or declared* ratione peccati*), c. 915 formulates the prohibition for the external forum. When the breach of ecclesial communion is not public, c. 916 declares the prohibition for the internal forum*».

[7] Riguardo al tema dello scandalo, cfr. D.G. ASTIGUETA, *Lo scandalo nel CIC: significato e portata giuridica*, in *Periodica de re canonica*, XCII (2003), pp. 589-651.

riscontrarsi riguardo alla promozione di tali pratiche per via legislativa. Innanzitutto nello stesso *Catechismo*: che non solo al n. 2273 ricorda che «*il diritto inalienabile alla vita di ogni individuo umano innocente rappresenta un elemento costitutivo della società civile e della sua legislazione*», ma che al n. 2286, per ricollegare al tema dello scandalo, precisa come quest'ultimo possa essere altresì provocato «*dalla legge o dalle istituzioni, dalla moda o dall'opinione pubblica*», rendendosi di conseguenza colpevoli di scandalo «*coloro che promuovono leggi o strutture sociali*» che portano alla degradazione dei costumi, alla corruzione della vita religiosa o a condizioni sociali che rendono ardua o praticamente impossibile una condotta di vita cristiana.

Sul punto si soffermava pure la già richiamata *Nota dottrinale circa alcune questioni riguardanti l'impegno e il comportamento dei cattolici nella vita politica*, che citava espressamente il n. 73 della Lettera Enciclica *Evangelium Vitae* per evidenziare che «*Giovanni Paolo II, continuando il costante insegnamento della Chiesa, ha più volte ribadito che quanti sono impegnati direttamente nelle rappresentanze legislative hanno il "preciso obbligo di opporsi" ad ogni legge che risulti un attentato alla vita umana*»; questione che la stessa Congregazione per la dottrina della fede aveva affrontato nella Dichiarazione *De abortu procurato* del 1974, al cui n. 22 veniva sottolineato che non è lecito «*né partecipare ad una campagna di opinione in favore di una legge siffatta, né dare ad essa il suffragio del* [proprio] *voto*». Ancora più esplicite le osservazioni contenute nel *memorandum Worthiness to Receive Holy Communion: General Principles* del 2004, inviato all'Episcopato statunitense dall'allora Cardinale Prefetto Joseph Ratzinger proprio in occasione del menzionato dibattito e nel quale il caso di «*a Catholic politician* […] *consistently campaigning and voting for permissive abortion and euthanasia laws*» veniva indicato espressamente come un'ipotesi di applicazione del can. 915[8].

Quest'ultima precisazione, riferendosi alla stabilità della condotta, fornisce informazioni utili anche a proposito del carattere della 'perseveranza ostinata', che – riguardando la sola continuità nel tempo del comportamento, secondo quanto chiarito del Pontificio Consiglio per i testi legislativi – nel caso di specie deve sostanziarsi in una posizione politica portata avanti in maniera sistematica: circostanza che, pur complicando

[8] Cfr. J. RATZINGER, *Worthiness to Receive Holy Communion: General Principles*, in *Origins*, XXXIV (2004), pp. 133-134.

il compito del sacerdote sul piano pastorale, rende amaramente più semplice la sua valutazione su quello giuridico. Circa l'ultima condizione di cui al can. 915, infine, nessun problema interpretativo particolare sembra essere sollevato dal caso dei fedeli impegnati in contesti istituzionali ed elettorali, essendo il primo per sua natura 'manifesto' e il secondo addirittura attivamente indirizzato a raggiungere il più ampio pubblico possibile: cosicché verrebbe anzi da dire che maggiore è la 'fortuna politica' del soggetto in questione, minori sono i dubbi che si pongono riguardo a questo requisito[9].

È perciò in base a questi criteri che la *Dichiarazione* del Pontificio Consiglio per i testi legislativi riserva al sacerdote responsabile della comunità «*il discernimento dei casi di esclusione dalla Comunione eucaristica dei fedeli, che si trovino nella descritta condizione*». Questo non significa che al sacerdote sia affidata la facoltà di applicare o non applicare il can. 915, giacché (come sottolinea lo stesso documento al n. 4) «*tenuto conto della natura della succitata norma* […], *nessuna autorità ecclesiastica può dispensare in alcun caso da quest'obbligo del ministro della sacra Comunione, né emanare direttive che lo contraddicano*»: egli è invece tenuto a discernere, in coerenza con la disposizione e in virtù della sua conoscenza della comunità, se effettivamente ricorrono tutti i requisiti indicati dal canone, nonché a definire quale sia il percorso pastorale più opportuno da intraprendere caso per caso (aspetto a cui si rivolge il n. 3, ricordando che «*naturalmente la prudenza pastorale consiglia vivamente di evitare che si debba arrivare a casi di pubblico diniego della sacra Comunione. I Pastori devono adoperarsi per spiegare ai fedeli interessati il vero senso ecclesiale della norma, in modo che essi possano comprenderla o almeno rispettarla. Quando però si presentino situazioni in cui quelle precauzioni non abbiano avuto effetto o non siano state possibili, il ministro della distribuzione della Comunione deve rifiutarsi di darla a chi sia pubblicamente indegno. Lo farà con estrema carità, e cercherà di spiegare al momento*

[9] A proposito del carattere 'manifesto' della condotta indicata al can. 915, si vedano inoltre J. HENDRIKS, «*Non siano ammessi alla sacra comunione...*». *Il c. 915 e le ulteriori prescrizioni ecclesiastiche sull'accesso alla comunione*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, V (1992), pp. 192-204; W. KOWAL, *The Non-Admission of the Divorced and Remarried Persons to Holy Communion: Canon 915 Revisited*, in *Studia canonica*, XLIX (2015), pp. 411-441. Diversamente, con riferimento a quei soggetti che il can. 855 §2 del *Codex* del 1917 indicava come 'peccatori occulti', J. HERRANZ, *Los límites del derecho a recibir la Comunión*, in *Ius Canonicum*, XLIV (2004), p. 81, ricorda che «*es obvio que sí solo el sacerdote conociese esa situación de pecado, y el fiel se acercase a comulgar, debería darle la Comunión para no difamarlo ante la comunidad, aunque tiene la obligación de amonestarle después en privado para que adapte su proceder a la doctrina de la Iglesia*».

opportuno le ragioni che a ciò l'hanno obbligato. Deve però farlo anche con fermezza, consapevole del valore che tali segni di fortezza hanno per il bene della Chiesa e delle anime»)[10].

4. Lo sforzo della Conferenza episcopale USA, con particolare riferimento al ruolo del Vescovo

Sulla base dei principi descritti e sulla spinta delle circostanze concrete richiamate, nei tempi più recenti si è nuovamente acceso il dibattito interno all'Episcopato statunitense, mosso dall'intento di definire l'indirizzo comune che meglio permetta di far fronte all'angosciosa questione. In questa stessa cornice si colloca peraltro un elemento ulteriore, rappresentato dalla lettera inviata lo scorso 7 maggio dal Cardinale Prefetto della Congregazione per la dottrina della fede al Presidente della relativa Conferenza episcopale. Il testo, nel guidare il percorso del clero nordamericano, rinvia a quella stessa *Nota dottrinale circa alcune questioni riguardanti l'impegno e il comportamento dei cattolici nella vita politica* dalla quale abbiamo preso le mosse, indicandola come il punto fermo al quale i Vescovi devono fare riferimento nel procedere nella loro discussione, al fine di «*discernere la migliore via da seguire per la Chiesa negli Stati Uniti per dar prova della grave responsabilità morale dei funzionari pubblici cattolici di proteggere la vita umana in tutti i suoi stadi*»[11].

Il documento si sofferma in modo specifico su due aspetti. Da un lato, sul processo interno alla Conferenza episcopale, la cui unità – si sottolinea – deve il più possibile essere preservata dai rischi che l'esacerbarsi del confronto potrebbe comportare: in questo senso, la consapevolezza dell'urgenza di evitare dolorose lacerazioni nell'Episcopato locale dovrebbe impegnare i Vescovi, nella ricerca della giusta soluzione, a un dialogo ancor più approfondito e attento. Dall'altro, sul risultato di una simile discussione, il cui documento finale deve mirare a far comprendere nitidamente che «*quanti sono impegnati*

[10] Circa il ruolo della dimensione pastorale e il suo rapporto con quella dottrinale e con quella giuridica, con specifico riferimento alle questioni poste dal can. 915, si rinvia in particolare a V. DE PAOLIS, *I divorziati risposati e i sacramenti dell'Eucaristia e della penitenza*, in *Permanere nella verità di Cristo. Matrimonio e comunione nella Chiesa cattolica*, a cura di R. Dodaro, Siena, 2014, pp. 169-197.

[11] Il testo completo della lettera è stato pubblicato *online* da S. MAGISTER, *Le istruzioni di Roma non fanno pace tra i vescovi americani. Fatti e documenti di una guerra infinita*, sul *blog Settimo cielo* il 28 maggio 2021 (https://bit.ly/2Vsc1ok).

direttamente nelle rappresentanze legislative hanno il preciso obbligo di opporsi ad ogni legge che risulti un attentato alla vita umana»: una dichiarazione, chiara e inequivocabile, di cui la missiva richiama pure la necessità di curare adeguatamente la stesura concreta, in modo tale da evitare di dare l'erronea impressione secondo cui, nel dedicare un'attenzione doverosamente alle legislazioni in materia di aborto e eutanasia, il magistero cattolico resterebbe invece indifferente nei confronti di ogni altro pur grave problema di ordine morale o sociale.

Quanto allo svolgimento della consultazione in corso e al corrispondente tentativo di formulare una dichiarazione comune, la lettera ricorda come tale sforzo non si basi ovviamente sull'obiettivo di delineare criteri validi per una sola categoria di individui – quelli impegnati nell'attività politica, appunto –, bensì sulla necessità di collocare tale fattispecie nel quadro generale dei principi e dei limiti riguardanti la partecipazione di tutti i fedeli alla Santissima Eucaristia. Rispetto a questo contesto di riferimento – le cui coordinate abbiamo qui cercato di illustrare, seppur rapidamente, almeno nelle loro linee essenziali –, il testo evidenzia l'importanza di mettere in atto quelle 'cautele pastorali' a cui faceva riferimento anche la *Dichiarazione* del Pontificio Consiglio per i testi legislativi, consistenti nell'instaurazione di un dialogo con il soggetto in questione: misura che – benché non richiesta come condizione 'giuridicamente' indispensabile dal canone – nei confronti di simili fedeli si rivela tanto più necessaria dal punto di vista pastorale in quanto capace di permettere al Vescovo sia di «*comprendere la natura delle loro posizioni e la loro comprensione dell'insegnamento cattolico*», ammonendoli circa l'incompatibilità tra le prime e il secondo, sia di assumere le precauzioni idonee a prevenire, per quanto possibile, i fraintendimenti e le strumentalizzazioni che il coinvolgimento della sfera politica inevitabilmente comporta.

In questa prospettiva – e in attesa di osservare se e a quali esiti giungerà la discussione avviatasi nella Conferenza episcopale statunitense –, si confermano perciò a pieno i principi richiamati. Il ruolo affidato al Vescovo non consiste infatti nello stabilire l'opportunità o meno di ricorrere al can. 915, bensì corrisponde alla medesima funzione – 'trasposta' a livello diocesano – che la citata *Dichiarazione* riservava al 'sacerdote responsabile della comunità': a lui è riconosciuto il dovere di garantire l'osservanza della norma, discernendo con attenzione se sussiste una situazione di 'manifesta indisposizione

morale' secondo le condizioni descritte e valutando il corso pastorale più adeguato da adottare in circostanze tanto delicate.

Nel caso tale valutazione dia esito affermativo, egli sarà chiamato non ad infliggere una sanzione, ma esclusivamente a dichiarare l'effettivo riscontrarsi di un 'comportamento esterno gravemente, manifestamente e stabilmente contrario alla norma morale'. Una simile statuizione, conformemente alla disposizione del codice e come già segnalato, risulterebbe peraltro indirizzata in via immediata non ai fedeli che ostinatamente perseverano in peccato grave manifesto, bensì a coloro che svolgono il ruolo di ministri della Comunione nella Diocesi, i quali sarebbero in questo modo portati a conoscenza del fatto che l'ammissione dei soggetti indicati è proibita dal diritto, nonché – implicitamente – delle conseguenze in cui essi stessi possono incorrere qualora tale precetto venisse violato: comunemente, infatti, si ritiene che una trasgressione in tal senso possa essere sanzionata a norma degli attuali cann. 1399 e 1389[12], il quale a partire dal prossimo 8 dicembre sarà sostituito, nella versione recentemente revisionata del summenzionato Libro sesto del *Codex Iuris Canonici*, dal can. 1378.

Proprio con riferimento a tale riforma, non sfugge peraltro come un fattore verosimilmente destinato a formare ulteriore oggetto di dibattito sia rappresentato dal dettato del nuovo can. 1379 § 4, il quale prevede che debba essere punito con la sospensione – alla quale possono eventualmente essere aggiunte altre pene secondo il can. 1336 §§2-4 – chi deliberatamente amministra un sacramento a colui al quale è proibito riceverlo: sebbene possa prospettarsi che ad escludere da tale disposizione la fattispecie di cui al can. 915 sia sufficiente il fatto che quest'ultima, come già sottolineato, non riveste natura di sanzione, è d'altra parte evidente come una formulazione tanto estesa – addirittura più ampia, almeno sul piano testuale, di quella utilizzata al can. 912, che si

[12] Cfr. D. SALACHAS, *Teologia e disciplina dei sacramenti nei Codici latino e orientale. Studio teologico-giuridico comparativo*, Bologna, 1999, pp. 173-174; I. GRAMUNT, *Non-Admission to Holy Communion: The Interpretation of Canon 915 (CIC)*, cit., pp. 181-182; ID., *Sub can. 915*, in *Comentario exegético al código de derecho canónico*, vol. III/1, a cura di Á. Marzoa, J. Miras, R. Rodríguez-Ocaña, 3ª ed., Pamplona, 2002, p. 632; D. MUSSONE, *L'Eucaristia nel Codice di Diritto Canonico. Commento ai Can. 897-958*, Città del Vaticano, 2002, p. 83, nota 35; Á. MARZOA, *Sub can. 915*, in *Codice di Diritto Canonico e leggi complementari commentato*, a cura di J.I. Arrieta, 6ª ed., Roma, 2018, p. 618; B.F. PIGHIN, *I sacramenti: dottrina e disciplina canonica*, Venezia, 2020, p. 155.

rivolge appunto a chi è 'proibito dal diritto' – non potrà che agitare una volta di più le acque di una discussione già non certo distesa[13].

Alla luce degli elementi fin qui sinteticamente tratteggiati, si comprende tanto la complessità quanto l'ineludibilità del compito a cui è chiamato il Vescovo: un incarico che i molteplici profili spinosi impongono di svolgere con attenzione e cautela, nell'inderogabile rispetto dell'obbligo e del magistero che ne informa il contenuto.

[13] Cfr. FRANCESCO, Costituzione Apostolica *Pascite gregem Dei*, 23 maggio 2021, in *L'osservatore romano*, 1° giugno 2021, pp. 2-4. È rimasto invece immutato il testo latino del precedente can. 1398, ora al can. 1397 §2, in base al quale chi procura l'aborto ottenendo l'effetto incorre nella scomunica *latae sententiae*: una disposizione ulteriore è stata però aggiunta al paragrafo successivo, secondo cui, nei casi più gravi contemplati dallo stesso canone – il cui §1 si riferisce anche a chi commette omicidio, rapisce oppure detiene con la violenza o la frode una persona, o la mutila o la ferisce gravemente – e qualora il reo fosse un chierico, quest'ultimo deve essere inoltre dimesso dallo stato clericale. Una precisazione lessicale, tuttavia, è intervenuta anche nella traduzione inglese del §2, nella quale è stato aggiunto che la sanzione in questione concerne coloro che 'effettivamente' procurano l'aborto («*A person who actually procures an abortion incurs a* latae sententiae *excommunication*»). Secondo quanto osservato da E. CONDON, J.D. FLYNN, *The Church's new penal canon law: the good, the bad, and the ugly*, in *The Pillar*, 1° giugno 2021, consultabile *online* all'indirizzo *https://www.pillarcatholic.com/p/the-churchs-new-penal-canon-law-the*, la ragione di tale modifica sarebbe da ricondurre proprio alla volontà di sottolineare – in risposta indiretta alle ricostruzioni in senso contrario talora avanzate da commentatori a livello 'divulgativo' e giornalistico – come la canonistica abbia precisato che la disposizione riguarda esclusivamente i soggetti coinvolti in via diretta nel delitto, e non anche le figure politiche che pure lo hanno promosso: difatti, come compendiato da B.F. PIGHIN, *Diritto penale canonico*, nuova edizione riveduta e ampliata, Venezia, 2014, p. 538, «*La pena canonica è inflitta direttamente alla donna gravida interessata ad abortire e attivatasi per realizzare l'obiettivo, quando questo viene raggiunto con certezza in forma chirurgica. Nella consumazione del delitto, essa figura come mandante e complice necessaria, mentre il medico abortista si fa esecutore materiale del reato richiesto, del quale sono pure imputabili e quindi punibili con la sanzione* latae sententiae *gli operatori sanitari complici necessari (cfr. can. 1329, §2). Assumono questo ruolo il medico anestesista, gli infermieri e altre figure professionali che cooperano direttamente e specificamente nell'operazione chirurgica abortiva, sia in forma immediata che prossima. Invece rimangono esclusi dal novero, a parte la loro grave responsabilità morale, gli istigatori – tali possono essere il padre del feto abortito e i genitori della madre del medesimo concepito – e i complici accessori nonché i cooperatori in forma remota*».

Abstract

ALBERTO TOMER, Politici cattolici e sostegno all'aborto sotto la lente del diritto canonico. Un caso di non ammissione alla Comunione eucaristica?

Facendo seguito al dibattito recentemente ripropostosi, specie in ambito statunitense, circa la non ammissione alla Sacra Comunione di politici cattolici che promuovono l'aborto, il presente contributo si propone di esaminare la questione alla luce delle disposizioni di diritto canonico e dell'insegnamento dei documenti magisteriali, cercando di comprendere se un simile caso rientri nella categoria di coloro che «*ostinatamente perseverano in peccato grave manifesto*», indicata a questo riguardo al can. 915 del Codex Iuris Canonici.

Parole chiave: politici cattolici, ammissione alla Sacra Comunione, partecipazione alla Santissima Eucaristia, diritti dei fedeli, leggi sull'aborto.

ALBERTO TOMER, Catholic politicians who promote abortion under the lens of Canon law. A case of non-admission to the Eucharistic communion?

Following the debate that recently re-emerged – namely in the United States – about Catholic politicians who promote abortion and their consequent non-admission to Holy Communion, the paper aims to examine the issue in light of the principles of Canon law and of the teaching of magisterial documents, in order to understand whether such a case falls into the category of those who «*obstinately persevere in manifest grave sin*», as provided for in can. 915 of the Code of Canon law.

Key words: Catholic politicians, admission to Holy Communion, participation in the most Holy Eucharist, rights of the faithful, abortion laws.

Sezione Approfondimenti

ANTONIO CASCIANO
Dottore di ricerca in Etica e Filosofia politico-giuridica

LA TEORIA DEL DIRITTO NATURALE DI JOHN FINNIS ALLA LUCE DELL'ONTO-EPISTEMOLOGIA ARISTOTELICO-TOMISTA[*]

SOMMARIO: 1. La nascita del tomismo analitico – 2. Dal tomismo analitico alla scuola neoclassica – 2. 1 L'eredità dell'*analytical jurisprudence* nel pensiero di J. Finnis – 2. 2 *Basic goods* e legge naturale – 2. 3 La legge di Hume – 2. 4 Dei valori come principi pratici per l'agire umano – 2. 5 Fondamentalità, premoralità, incommensurabilità e mancanza di gerarchia dei beni fondamentali – 2. 6 Le "esigenze fondamentali della ragion pratica" e la dinamica dell'agire morale – 3. Uno sguardo critico sulla teoria neoclassica.

«*Gli studiosi di etica e di culture umane assumono molto comunemente che queste ultime manifestano preferenze, motivazioni e valutazioni così ampie e caotiche nella loro varietà che nessun valore o principio pratico può dirsi evidente per gli esseri umani, giacché nessun valore o principio pratico è riconosciuto in ogni tempo e in ogni luogo[...]. Ma quei filosofi che hanno recentemente cercato di verificare questo assunto esaminando la letteratura antropologica hanno trovato con stupefacente unanimità che esso è ingiustificato*».

(J. M. Finnis, *Legge naturale e diritti naturali*)

1. La nascita del tomismo analitico

Quest'anno ricorrono quarant'anni dalla pubblicazione di "Natural Law and Natural Rights", l'articolata riflessione di John Finnis che, data alle stampe nel 1980, «ha segnato fin dal suo primo apparire una vera e propria svolta in filosofia del diritto ridando diritto di cittadinanza nel dibattito analitico contemporaneo al tema del diritto naturale e della fondazione oggettiva dei valori e princìpi morali»[1]. Un lavoro, dunque, destinato fin dall'inizio a fare epoca, ridando nuova vitalità al giusnaturalismo moderno per mezzo di un'impostazione analitica congiunta alla ripresa contestuale del diritto naturale classico e della *analytical jurisprudence*.

La Scuola Neoclassica, di cui Finnis è stato uno dei maggiori rappresentanti, nasce, come moto, dall'incontro tra l'onto-epistemologia aristotelico-tomista e lo stile di

[*] *Contributo sottoposto a valutazione*.

[1] F. DI BLASI, *I valori fondamentali nella teoria neoclassica della legge naturale*, in *Rivista Internazionale di Filosofia Del Diritto*, 76, 1999, pp. 209-252, p. 211.

indagine speculativa proprio della filosofia analitica di matrice anglosassone. Il connubio tra le posizioni tomiste e la riflessione di stampo analitico ha generato, per la verità, un filone speculativo singolare ed inedito nella storia del pensiero, filone al quale la storiografia filosofica ufficiale ha scelto di dare il nome di "tomismo analitico". Il carattere, invero, rigidamente antimetafisico e scientista della filosofia analitica delle origini, ispirata ad un'epistemologia di stampo rigorosamente empirista e positivista, permette di escludere, con certezza, qualsiasi indizio di un pregresso confronto dialogico tra le due tradizioni di pensiero, quella tomista e quella analitica appunto, che per un lunghissimo tempo si sono vicendevolmente e consapevolmente ignorate. E se a oggi il contributo di Tommaso è a ragione considerato ineludibile nella riflessione etica di stampo analitico[2], ciò si deve al fatto che, in questo lasso di tempo, molte cose sono cambiate, di cui due degne di nota: 1) la necessità di ripensare completamente l'etica analitica, smarcandola finalmente dall'eredità puramente meta-morale a cui era stata condannata dalla riflessione soprattutto di matrice inglese degli anni 1950; 2) l'opportunità di riconoscere l'assoluta singolarità e necessità del «*rapporto con Tommaso d'Aquino e non invece solo, o soprattutto, con Aristotele*»[3], e ciò in ragione del «*ruolo che svolge, in questi autori, il tema della legge naturale o più in generale della norma morale*»[4].

Le ragioni di questo cambiamento di paradigma nei rapporti tra tomismo e filosofia analitica, preludio alla nascita del tomismo analitico, possono rinvenirsi nell'influenza che ebbe non solo il cosiddetto *Movimento di Oxford*, ma anche la decisiva opera di progressiva alfabetizzazione tomista svolta, negli Stai Uniti e nel Canada, da Étienne Gilson e Jacques Maritain, tanto nell'ambito del *Pontifical Institute of Medieval Studies* di Toronto, quanto in quello della *Faculté de Philosophie* di Laval, Québec: «*In questi anni si formò un'intera generazione di tomisti costituita in prevalenza da convertiti dal cattolicesimo che impararono a studiare ed apprezzare Tommaso da* autodidatti, *perché motivati da studio personale e sollecitati dal desiderio di trovare nuove argomentazioni e prospettive con cui entrare nei dibattiti analitici*»[5].

[2] Cfr. E. GRIMI, *G.E.M. Anscombe. The Dragon Lady*, Siena, 2014, p. 398.
[3] A. CAMPODONICO, *Tommaso e l'etica analitica*, *Tommaso d'Aquino e i filosofi analitici*, Nocera Inferiore, 2014, pp. 27-51, 27.
[4] *Ibidem*.
[5] M. DAMONTE, *Criteri storiografici dell'ontologia aristotelico-tomista*, *Doctor Virtualis*, 13, 2015, pp. 201-242, p. 202.

Sul finire degli anni 1990 nell'Università di Notre Dame, John Haldane ebbe l'intuizione, inizialmente da lui stesso ritenuta provocatoria, di coniare l'espressione "tomismo analitico", invitando i filosofi di tradizione cattolica ad aprirsi alla filosofia analitica e viceversa. Egli si rifaceva a una serie di autorevoli filosofi del secondo Novecento, influenzati soprattutto da Wittgenstein, oltre che da Aristotele e da Tommaso, come Elizabeht Anscombe, Peter Geach ed Anthony Kenny. E tuttavia, questa prima fase di contatto non fu particolarmente feconda, essendo scaturita da un clima iniziale di fiera opposizione, quando non di vera giustapposizione. Tuttavia, affinché la filosofia di Tommaso potesse fecondare dall'interno della scuola analitica, si comprese fin da subito come fosse necessario inaugurare, in seno a essa, un nuovo filone di studi interamente dedicato alla riscoperta della filosofia antica, e, in particolare, della feconda riflessione dello Stagirita. Fu così che la storia della filosofia antica smise di essere considerata come «*una mera storia degli errori da evitare, da criticare o su cui ironizzare, ma le si riconobbe un valore intrinseco basato sulla capacità di portare argomentazioni e punti di vista validi nel dibattito analitico. Non si trattò semplicemente di riprendere gli studi storiografici – mai tralasciati dalla tradizione inglese – ma di fruirne in ordine allo sviluppo delle ricerche contemporanee*»[6].

L'approdo al pensiero di Tommaso, infine, avrebbe rappresentato la precondizione ultima per il superamento definitivo dell'ingombrante eredità anti-metafisica e anti-ontologica del pensiero moderno per mezzo della riproposizione dello spirito della filosofia medievale, di quella linea di riflessione cioè che, recuperando il valore della trascendenza e la dimensione sapienziale della speculazione, consentisse di far fronte tanto alla frammentazione tipica del pensiero moderno, quanto alle sterili pastoie settorialistiche del razionalismo positivista[7]: «*I filosofi che inneggiarono al cogito e si misero a percorrere la stessa strada di Descartes, la strada dell'io chiuso in se stesso e non dialogante con tutto ciò che esiste esternamente alla sua soggettività, non si resero conto che l'uomo moderno, così indottrinato, correva il rischio, come si è detto, di rappresentarsi il mondo e gli altri suoi simili a propria immagine e somiglianza, trasponendo in esso i propri limiti, i propri pre-giudizi e le proprie soggettive e limitate*

[6] *Ibidem*, p. 203.
[7] Cfr. G.T. COLVERT, *The Spirit of Medieval Philosophy in a Postmodern World*, in A. RAMOS, M.I. GEARGE (ed.), *Faith, Scolarship and Culture in the 21st Century*, CUA Press, Washington, 2002, pp. 32-56.

convinzioni, vere o false che fossero. Né lontanamente immaginarono che, se ogni uomo crea in questo modo dentro di sé una sua, ineliminabilmente interessata, rappresentazione del mondo e dei suoi simili, è inevitabile che ognuna di queste personali rappresentazioni sia in contrasto e in competizione con tutte le altre personali interpretazioni. E poiché manca il metro comune a tutte, ossia la realtà oggettiva "identica per tutti", come aveva detto Aristotele nel primo capitolo del "De interpretatione" […], vengono con ciò stesso a mancare le condizioni necessarie per dialogare e, dialogando, per intendersi»[8].

Il dialogo presuppone una precondizione di mediazione simbolica intersoggettiva che siamo soliti identificare come codice linguistico. Da qui la preoccupazione metodologica costante degli analitici, che scorsero nell'analisi del linguaggio lo strumento principe di chiarificazione e risoluzione dei tradizionali problemi della filosofia, distinti tra quelli che hanno una consistenza effettiva e che dunque debbono a ragione assurgere alla dignità di vere questioni e quelli che, privi di consistenza reale, nascono invece proprio in ragione di patenti improprietà/equivoci nella fruizione dello strumento linguistico. Gli anni a cavallo della metà del Novecento, in particolare, rappresentano il momento di massima espansione delle correnti filosofiche che consideravano il linguaggio come il primo e privilegiato oggetto della riflessione speculativa, strumento principe del lavoro filosofico. Mentre in Inghilterra tuttavia l'analisi filosofica privilegerà, come oggetto di indagine, principalmente il linguaggio ordinario, di uso comune, negli USA l'analisi prediligerà il linguaggio formale, artificiale, elaborato logicamente e purificato dalle inessenzialità del linguaggio quotidiano[9].

Decisivo, nella storia dell'analisi filosofica del linguaggio, è stato, come noto, il contributo di Ludwig Wittgenstein. Dopo aver dato alle stampe il *Tractatus*, il filosofo austriaco si era ritirato a vita privata, svolgendo le più disparate attività lavorative. A circa dieci anni dalla pubblicazione, grazie ai contatti e alle insistenze del giurista Hans Kelsen e dell'economista Frank Ramsey, egli tornò alla docenza al Trinity College e dunque alla filosofia attiva. Proprio dal confronto con Ramsey, nacquero i presupposti sui quali sarà fondata la rivisitazione profonda di molte delle tesi esposte nel *Tractatus.* In particolare, fermo restando l'assunto per il quale le proposizioni complesse possono essere

[8] F. FIORENTINO, *Attualità di San Tommaso d'Aquino*, Napoli, 2018, p. 4.
[9] Cfr. F. D'AGOSTINI, N. VASSALLO, *Storia della filosofia analitica*, Torino, 2002, p. 37.

rappresentate come funzioni di proposizioni elementari, a mutare radicalmente sarebbe stato l'approccio funzionale verso le espressioni del linguaggio, cui viene ora riconosciuto un ruolo squisitamente pragmatico, cioè di orientamento del comportamento umano: le proposizioni hanno dunque un significato che non dipende solo dalla connessione tra le espressioni di cui sono composte, o tra queste e gli oggetti che esse designano, ma anche dall'uso che gli uomini normalmente ne fanno. Tuttavia l'uso non è riconducibile a regole positive applicabili, una volta per tutte, alle elaborazioni espressive, ma è invece il modo d'essere stesso del linguaggio, nelle sue dinamiche di concretizzazione sintattica, di strutturazione significante.

Il linguaggio ideale, logicamente perfetto, del *Tractatus* - a cui il linguaggio ordinario avrebbe dovuto incessantemente tendere e su cui avrebbe pedissequamente misurato la sua significanza e funzionalità – non è più al centro degli interessi di Wittgenstein. Ora il linguaggio ha un senso in funzione dello *scopo* a cui assolve e la spiegazione del suo significato non è unico e univoco, ma particolare, contingente, legato al farsi della situazione concreta.

Il linguaggio insomma non è più un'entità idealmente fissata una volta per tutte, ma una forma di vita, svolgimento di un'attività governata da regole diverse a seconda delle circostanze concrete, dell'intenzione del parlante.

Non esiste un modello capace di unificare tutte le forme possibili, ma una pluralità di usi alternativi e complementari, che si modificano ed aumentano in ragione dell'evoluzione delle umane esigenze e conoscenze: si tratta di una sorta di gioco, governato da regole predeterminate, ma i cui esiti possono essere tanto imprevedibili quanto incalcolabile può essere il numero delle mosse che ogni giocatore può ipoteticamente compiere[10].

Elizabeth Anscombe, allieva prediletta di Wittgenstein, esattamente come il suo maestro, segnerà un nuovo inizio in filosofia, in particolare, nella riflessione morale. Nella sua critica alla distinzione fatti-valore, alla concezione legalistica della moralità e al consequenzialismo situazionista, ella ricorse alla filosofia della mente, alla filosofia del linguaggio, a una particolare prospettiva storica, occasionando una focalizzazione

[10] Cfr. N. ABBAGNANO, G. FORNERO, *Itinerari*, *op. cit.*, p. 763.

immediata sui temi etici concreti[11]. La prospettiva proposta da Anscombe, nella specie, implicava la messa in discussione radicale dei principi fondanti la filosofia morale moderna e un recupero della terminologia aristotelica e tomista riguardo ai concetti morali fondamentali. Molti seguiranno Anscombe, in particolare l'amica e collega Philippa Foot. Quest'ultima, in due articoli pubblicati negli anni 1950 – *Moral Arguments* e *Moral Beliefs*, entrambi del 1958[12] –, argomentando contro il prescrittivismo di Hare, espose le idee centrali della sua riflessione in ambito etico: le credenze morali devono concernere tratti del carattere e comportamenti che sono *dimostrabilmente* benefici o dannosi agli uomini; ciò che sarà considerato come benefico e dannoso non è questione di decisione umana, ma implica il riferimento ad attività e disposizioni che sono costitutive degli esseri pensanti come l'uomo. Il riferimento a tali elementi naturali esterni all'uomo vincola necessariamente il contenuto delle valutazioni morali. I termini morali, infatti, hanno dei significati descrittivi intrinseci. Ci sono cioè limiti e vincoli imposti dalla nostra natura, dal tipo di esseri viventi che siamo; dunque, date le condizioni in cui, come esseri umani, inevitabilmente ci troviamo, sarà impossibile, per una persona, vivere una vita soddisfacente senza esercizio delle virtù. Ma l'influsso di Anscombe in etica si diffuse anche attraverso il contributo di MacIntyre che, pur non essendo un filosofo analitico, risentì profondamente della critica di Anscombe alla filosofia morale moderna e contemporanea e, lavorando in un contesto analitico, entrerà ben presto in una relazione dialettica con questo[13].

Ma perché tali impostazioni potessero venire implementate in un discorso organico tale da mettere capo ad un nuovo filone di pensiero, fu necessaria una lunga gestazione, durante la quale, dall'approccio inizialmente circospetto nei confronti nell'elaborazione tomista, si giunse al punto di scorgere in essa i presupposti di una nuova semantica da porre al servizio della filosofia della prassi. Il pensiero dell'Aquinate, infatti,

[11] Anscombe affermava che il suo interesse era rivolto più alle questioni di etica speciale piuttosto che alla metaetica in un'epoca in cui l'etica anglosassone si riduceva in gran parte alla metaetica. Cfr. G.E.M. ANSCOMBE, *Ethics, Religion and Politics. The Collected Philosophical Papers of G.E.M. Anscombe*, vol. III, Blackwell, Oxford, 1981, p. VIII. Sul pensiero della Anscombe in etica, cfr., in particolare, R. TEICHMANN, *The Philosophy of Elizabeth Anscombe*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 83-127. Per una introduzione complessiva al pensiero della Anscombe in lingua italiana cfr. E. GRIMI, *The Dragon Lady. Elizabeth Anscombe*, Siena, 2013.

[12] Cfr. P. FOOT, *Moral Arguments*, *Mind*, LXVII (1958); ID., *Moral Beliefs*, in *Proceedings of Aristotelian Society*, LIX, 1958.

[13] Cfr. G.E.M. ANSCOMBE, *Modern Moral Philosophy*, pp. 11-19; P. FOOT, *Moral Beliefs*, in IDEM, *Virtuesand Vices and Other Essays in Moral Philosophy*, Basil Blackwell, Oxford, 1978, pp. 157-173.

rappresentava un luogo teoretico irripetibile, nel quale cogliere la magistrale composizione del momento *analitico* – si pensi alle sottili distinzioni che compie Tommaso nell'affrontare una qualsiasi *quaestio*, all'analisi dei vari significati che può assumere un qualsivoglia termine, alle suddivisioni concettuali genere-specie che sono l'impalcatura portante di tutta la *Summa Theologiae* – con quello *sintetico* – Tommaso riesce ricondurre tutto a Dio, vertice della piramide teoretica in cui inserire ogni argomentazione. La riproposizione di tale pensiero condurrà ad un'apertura di credito, da parte di filosofi analitici, a favore di temi che fino a quel momento erano rimasti ai margini della loro attenzione speculativa, anche grazie alla «*critica di Wittgenstein al mentalismo cartesiano e, nel contempo, al rappresentazionalismo, specialmente di matrice empirista*»[14].

Del resto, quando Haldane usò per la prima volta, durante una conferenza tenuta nel 1992, coniandola *ex novo*, l'espressione "tomismo analitico", lo fece muovendo dal presupposto che un difetto costante della riflessione di matrice analitica fosse stato proprio l'assenza di una dimensione metafisica nella trattazione dei problemi filosofici tradizionali:«*Ritengo che il pensiero di Tommaso sia interessante, completo e coerente, ma sono anche dell'idea che gran parte di esso – certamente le parti filosofiche centrali ed importanti – sia vero. Penso anche che esso sia complementare alla parte metodologica enfatizzata dalla filosofia analitica: se questa è la forma di analisi critica e di rigore argomentativo più sviluppata della nostra storia, la prima è una fonte ricchissima di idee metafisiche in forme che sono esse stesse ben definite e logicamente curate*»[15].

Mentre, risale al 1995 il suo primo tentativo di abbozzare una definizione sintetica ed esaustiva di come intendesse il nascente "tomismo analitico": «*Un tipo di approccio filosofico ad ampio raggio che mutua insieme gli stili e le preoccupazioni della filosofia recente di lingua inglese e i concetti e i temi condivisi da Tommaso e dai suoi seguaci. Tale approccio ha qualche relazione con quei filosofi di Oxford, per esempio Austin e Ryle, che hanno cercato di rintrodurre nell'analisi del pensiero e dell'azione concetti quali quelli di capacità e disposizioni, che sono centrali nella filosofia aristotelica*»[16].

[14] M. MICHELETTI, *Tomismo analitico*, Brescia, 2007, p. 59.
[15] J. HALDANE, *Dopo Ludwig*, *Il Sole 24 ore*, 2 agosto 1998.
[16] J. HALDANE, *Thomism, analytical*, in T. HONDERICH (ed.), *The Oxford Companion to Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1995, p. 875.

La ripresa di Tommaso, doveva insomma avvenire non all'insegna di una sterile, ancorché meritoria, opera filologica, tesa a consegnare alla posterità una esegesi rigorosa della sua riflessione, ma nella prospettiva di offrire alla filosofia contemporanea un armamentario concettuale utile in vista della concreta risoluzione di problematiche filosofiche reali, scongiurando le secche contenutistiche a cui ci aveva abituati la filosofia analitica, «*patologicamente afflitta da crampi mentali che rischiano di condurla a un prematuro decesso. […] Questi difetti, [della filosofia analitica, nda], secondo Haldane, furono quelli che determinarono la decadenza della tarda scolastica: evitarli è vitale per la filosofia analitica*»[17].

Orbene, l'intento esplicito di reinterpretare l'etica e la politica di Aristotele e di Tommaso, che ha spinto gli ideatori a denominare *neoclassica* la loro teoria, ha suscitato interessi in molte aree del pensiero, ben oltre i confini della filosofia del diritto, in ambito cioè più propriamente etico-filosofico[18], in teologia morale[19] e nel dibattito etico-politico contemporaneo[20], così che pare sia divenuto sempre più urgente delineare i singoli tratti della teoria secondo il preciso ordine logico che li intesse e che di seguito cercheremo di presentare sistematicamente, muovendo dapprima «*dal* concetto *stesso di valori fondamentali dell'esistenza umana, e da una comprensione adeguata delle caratteristiche formali con cui vengono descritti. Tale concetto infatti, come vedremo subito, è il vero punto di origine del sistema di Finnis e Grisez da cui bisogna partire se si vuole valutarne appieno la coerenza*»[21].

2. Dal tomismo analitico alla scuola neoclassica

Stiamo assistendo, già da qualche decennio, a una ripresa vigorosa degli studi tomisti, in particolare da correnti di pensiero di ispirazione analitica. Ciò potrebbe, a prima vista sorprendere, se solo si consideri che, come già evidenziato, i filosofi analitici, in particolare per ciò che riguarda la riflessione filosofica avente ad oggetto la morale e il

[17] M. DAMONTE, *Criteri storiografici dell'ontologia analitico-tomista, op. cit.*, p. 208.
[18] Cfr. M. RHONHEIMER, *La prospettiva della morale. Fondamenti dell'etica filosofica*, Roma, 1994.
[19] Cfr. L. MELINA, *Morale: tra crisi e rinnovamento*, Milano, 1993; E. MOLINA, *La moral entre la convicción y la utilidad. La evolución de la moral desde la manualística al proporcionalismo y al pensamiento de Grisez-Finnis*, EUNSA, Pamplona, 1996.
[20] M. MICHELETTI, *Tomismo analitico, op. cit.*, p. 60.
[21] F. DI BLASI, *I valori fondamentali nella teoria neoclassica, op. cit.*, p. 213.

diritto, hanno fin dall'inizio mostrato un certo disagio nei confronti delle dottrine della legge naturale, professando, di contro, una fede incondizionata per quegli approcci speculativi ispirati alla meta-etica non-cognitivista, piuttosto che alle teorizzazioni proprie del positivismo giuridico formalista[22]. Lo stesso Finnis, del resto, avrebbe affermato che «*Bentham, Austin, Kelsen, Weber, Hart e Raz hanno tutti vigorosamente ripudiato quella che essi intesero come la teoria della legge naturale*»[23].

Eppure, lo studio sistematico del pensiero dell'Aquinate ha progressivamente rivelato, agli occhi di pensatori di formazione diversissima, la perenne attualità della sua poderosa struttura teoretica, idonea, come nessun'altra a realizzare, l'integrazione della razionalità scientifica con quella filosofica, della ragione naturale con la fede religiosa, della filosofia con la teologia – interpellando ora la gnoseologia (i diversi livelli di astrazione e conoscenza della realtà), ora l'epistemologia (il problema dei fondamenti del sapere scientifico), ora l'antropologia (le risposte alle domande di senso che sorgono sul soggetto conoscente a partire dall'esperienza del reale). Nella misura in cui, cioè, la teoresi di ispirazione tomista ha reso nuovamente pensabile il superamento definitivo della frammentazione del sapere consegnataci dalla modernità, è risultato altresì nuovamente plausibile tanto il superamento della postura anti-ontologica dell'agnosticismo, con la conseguente riaffermazione della questione della verità e della sua unità (esiste una verità fuori di me ed io posso conoscerla), quanto la consegna agli archivi della storia del pensiero della gnoseologia cartesiana del kantismo, con la teorizzata divisione fra il "conoscere" della ragion pura ed il "pensare operativo" della ragion pratica, così da approdare finalmente al riconoscimento del *reale* come luogo teorico insieme oggetto della conoscenza scientifica e fonte della normazione morale.

Ebbene, la Scuola Neoclassica, tenuta a battesimo, nel 1962, da German Grisez, John Finnis e John Boyle, si inserirà esattamente in questo nuovo fermento culturale[24]. L'impostazione teorica prescelta lascia emergere fin da subito echi metodologici della *analytical jurisprudence*, non rinunciando tuttavia ad attingere ai contenuti del realismo classico, in particolare aristotelico e tomista, nei confronti della cui eredità essi

[22] Cfr. R.A. DWORKIN, *Natural Law Revisited*, in J.M. FINNIS (ed.), *Natural Law*, Dartmouth, Oxford, 1991, Vol. II, p. 187.
[23] J.M. FINNIS, *Legge naturale e diritti naturali*, Torino, 1996, p. 18.
[24] Cfr. G.G. GRISEZ, J.M. BOYLE, J. M. FINNIS, *Practical Principles, Moral Truth, and Ultimate Ends*, in *Natural Law*, Dartmouth, Aldershot, 1991, vol. I, p. 237; cfr. anche J.M. FINNIS, J. M. BOYLE, G.G. GRISEZ, *Nuclear Deterrence, Morality and Realism*, Prefazione, Oxford University Press, Oxford, 1987.

mostreranno di sentirsi talvolta come i depositari ultimi della sola possibile interpretazione, e talaltra come i soli pensatori capaci di una distanza veramente critica dalla lettera dei relativi testi, al punto di tacciare di convenzionalità quanti non avessero accettato gli esiti della loro impresa ermeneutica[25]. Ma, al di là delle considerazioni possibili sulle conseguenze di tali distanze, sulle quali si dovrà tornare, va detto che la Scuola Neoclassica, inaugurava di certo uno sguardo innovativo sulla legge naturale, una visione teorica che pretendeva «*di incorporare e riesaminare le generali intuizioni del cosiddetto positivismo giuridico moderno, ma anche di trascenderle e di reinserirle all'interno di una teoria della* natural law *adeguatamente sviluppata*»[26].

Finnis, da parte sua, avrebbe messo a punto una prospettiva teorica capace di coniugare l'eredità del pensiero tomista con gli studi più recenti della *analytical jurisprudence*, in particolare con le riflessioni, sul punto di vista interno, del giuspositivista Herbert Hart, di cui era stato allievo e al quale riconoscerà sempre il merito di aver ridato vigore alla *jurisprudence*, riaprendo al suo interno la strada verso un'*analisi* dei valori che guidano concretamente la condotta umana: «*Ogni autore ha il suo ambiente; questo libro* [Natural Law, Natural Rights, nda] *affonda le sue radici in una tradizione moderna che può essere chiamata* analytical jurisprudence, *ed il mio personale interesse per quella tradizione precede il tempo in cui cominciai a sospettare per la prima volta che ci sarebbe potuto essere qualcosa di più nelle teorie della legge naturale che superstizione e oscurità*»[27].

2. 1 L'eredità dell'*analytical jurisprudence* nel pensiero di J. Finnis

Prima di procedere oltre, una doverosa premessa. Finnis, prima ancora di essere un filosofo generale, è stato un eminente filosofo e teorico del diritto, interessato a mettere a punto una teoria che si situasse nel punto di convergenza tra il portato culturale classico, anche se profondamente rielaborato, e le esperienze filosofiche di matrice anglosassone: una sintesi tuttavia mai sfociata nel sincretismo, ma che ha dato vita piuttosto ad un originale costrutto teorico, basato su una metodologia che ha prediletto un approccio al fenomeno giuridico a partire dagli strumenti di analisi offerti dalla filosofia del linguaggio

[25] Cfr. G.G. GRISEZ, *The way of the Lord Jesus,* vol. I, Franciscan Herald Press, Chicago, 1983; cfr. anche T. SCANDROGLIO, *La teoria neoclassica sulla legge naturale dì Germain Grisez e fohn Finnis,* Torino, 2012, p. 135 ss.
[26] N. MACCORMICK, *Natural Law Reconsidered,* in *Natural Law*, vol I, *op. cit*., p. 227.
[27] J.M. FINNIS, *Legge naturale e diritti naturali*, *op.* cit., p. XXVIII.

oltre che dalla sociologia[28]. In che modo, allora, il ricorso congiunto alla filosofia analitica e all'eredità teoretica del tomismo ha permesso a Finnis di elaborare una sua personalissima teoria del diritto?

Si è già detto che Finnis è stato un allievo di Herbert Hart. Questi, sulla scia del secondo Wittgenstein, fa sua l'ispirazione di riabilitare il linguaggio ordinario o quotidiano, rispetto alla elaborazione meta-linguistiche del neopositivismo. La *teoria del significato come uso* era appunto diretta non a costruire artificialmente linguaggi scientifici, ma a scoprire l'effettiva modalità di funzionamento del linguaggio ordinario. Si prepara così la *svolta pragmatica* nella teoria del linguaggio. A differenza degli analitici della prima ora, che muovevano dal considerare l'analisi del linguaggio ordinario come strumento per la *dissoluzione* dei tradizionali "pseudo-problemi" della filosofia, Hart, sulla scia di John Austin, sarà tra quanti riterranno che tali problemi hanno invece una dignità filosofica loro propria e che l'analisi del linguaggio ordinario debba fornirci quanto necessario alla loro *risoluzione* e non alla loro dissoluzione.

Il linguaggio ordinario era per Austin il prodotto di un secolare processo di sedimentazioni linguistiche, di un'elaborazione ininterrotta di soluzioni espressive che presuppone esperienze in numero incomparabilmente maggiore rispetto a quelle presupposte da qualsiasi costruzione teorica; ciò però non esclude errori, falsità, incongruenze, superstizioni, che rischierebbero di non essere colti nel caso di un approccio acritico ed immediato al linguaggio ordinario: da qui la necessità di integrarlo ed emendarlo, facendo di esso il punto di partenza e mai di arrivo di ogni ricerca. In pratica, non esisterebbe un modello ideale di linguaggio, messo a punto una volta per tutte in sede teorica e capace in quanto tale di unificare tutte le sue possibili declinazioni espressive, ma una pluralità di *usi* alternativi e complementari dello stesso, che si modificano in ragione dell'evoluzione delle umane esigenze e conoscenze.

La teoria del *significato come uso*, allora, non permette più di pensare il linguaggio come indipendente dal contesto in cui si esercita, contesto la cui considerazione permette invece di riportare al centro tutto ciò che concorre a determinarlo, ovvero, bisogni, desideri, interessi, in uno con quella concezione del linguaggio inteso come un'attività legata alle forme più varie del vivere e del fare umano, inteso cioè come "forma di vita"

[28] Cfr. G.G. GRISEZ, *A Tentative Problematic for a Philosophy of the Social Sciences*, in *The Thomist*, 25, 1962.

nel senso di Wittgenstein. Ad Hart, dunque, il merito di avere inaugurato questa strada nell'ambito della riflessione sul diritto, di avere cioè «*offerto la possibilità di un uso della filosofia analitica nell'ambito della scienza giuridica, che aspira a collocarsi in quel ristretto spazio intermedio tra puro rigore metodico e concezione sostantiva, configurando la teoria del diritto positivo come programma di ricerca aperto alla filosofia dell'azione umana senza veti preconcetti*»[29]. A Finnis, invece, il merito di aver riabilitato, forte del metodo offerto dalla filosofia analitica del linguaggio e della pregressa elaborazione hartiana, l'uso pratico della ragione, di quella famigerata "ragion pratica" che Kelsen avrebbe considerato come la madre di tutti i più gravi errori filosofici[30].

Orbene, fin dall'inizio della sua opera, Finnis, nel riaffermare il carattere puramente descrittivo della scienza giuridica, sulla scia della *analytical jurisprudence*, sottolinea come la definizione del diritto presupponga pur sempre una precomprensione del luogo teorico nel quale sia possibile rinvenirne le tracce. Ebbene, se è dato riconoscere l'esistenza, a diversi livelli, di ordinamenti di diritto positivo, vuol dire che esistono dei beni che non potrebbero essere tutelati se non attraverso tali strumenti. Dunque, è esattamente in tale prospettiva teleologica, in ordine cioè alla necessaria tutela tali beni, che può essere avviata la ricerca sullo statuto ontologico del diritto.

Tra i beni tutelati dal diritto vi è anzitutto quello della pacifica convivenza umana e sociale, bene in assenza del quale nessuno potrebbe ragionevolmente puntare al fine della piena fioritura personale. L'accettazione condivisa di tale fine, come prospettiva teleologica propria della natura umana, e della necessità conseguente di postulare strumenti sociali che ne permettono la realizzazione – le regole che assicurano la convivenza sociale – è esattamente ciò che siamo soliti definire "diritto": «*Come ha mostrato Hart, una 'concezione' di un 'sistema giuridico' come 'fenomeno sociale' è 'realistica' solamente se riproduce il modo in cui le regole funzionano come regole nelle*

[29] F. VIOLA, *John Finnis: tomismo e filosofia analitica*, in P. BETTINESCHI, R. FANCIULLACCI (ed.), *Tomismo e filosofia analitica*, Napoli, 2014, p. 231.

[30] «*L'interpretazione flessibile della legge di Finnis naturale è per molti aspetti complementare alla teoria giuridica positivista, di più di un suo rivale. […]. Il merito principale, e grandissimo, di questo approccio di diritto naturale, è che mostra la necessità di studiare legge in il contesto di altre discipline e favorisce la percezione del modo in cui le ipotesi non dette, il buon senso e gli scopi morali influenzano la legge e truccare la magistratura*», in H.L.A. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1983, pp. 10-11.

vite di quei membri della società che volontariamente accettano le regole come standard comune di condotta: quei membri che hanno un'attitudine 'interna' per le regole»[31].

Siamo al cuore della teoria hartiana, alla definizione di quel "punto di vista interno" che lo scienziato intento a definire obbiettivamente il fenomeno del "diritto" deve necessariamente far proprio. Il punto di vista esterno, oggettivo, scientifico, dello studioso, cioè, dovrà necessariamente coincidere con quello interno, connotato com'è da una ineludibile qualificazione morale: «*Una teoria sociale descrittiva […], nelle sue descrizioni, non può fare a meno dei concetti che gli uomini forniti di ragionevolezza pratica hanno ritenuto adatti per* descrivere a se stessi *ciò che stimano degno di essere fatto e realizzato, a dispetto di qualunque contingenza, incomprensione e mito che si opponga alla loro prassi*»[32].

Il debito di Finnis nei confronti di Hart, quindi, non può essere limitato alla sola teorizzazione da parte di quest'ultimo del cosiddetto contenuto "minimo" del *diritto naturale*, bensì, e soprattutto, nella concezione che quegli inaugura del diritto considerato nella sua parte puramente fattuale, ossia, come regola per la condotta dei consociati: «*Invitandoci e incitandoci a riflettere sulle implicazioni delle nostre proprie disposizioni ad agire, "The Concept of Law" ripristina il vigore teoretico della jurisprudence e la sua apertura verso tutta quanta la filosofia e le altre scienze delle cose umane. […]. Ma essendo stati spinti oltre l'osservazione e la correlazione di eventi esterni e risposte comportamentali, veniamo invitati non solo a collegare tali modelli di attività con modelli di usi linguistici, ma anche, e più fruttuosamente, a collegare sia l'attività esterna sia l'uso del linguaggio con le attitudini, disposizioni, desideri, interessi, benevolenze, presupposizioni e, invero, le ragioni che abbiamo, o potremmo renderci conto di avere, in relazione a tali modi di agire e parlare. Modelli di condotta e di attività linguistica rivelano in pari misura modelli di ragione (ragionamento) e volontà (willingness); la jurisprudence avanza andando dietro il display*»[33].

Modelli di condotta, dunque, ovvero regole intese a normare tanto la vita dei governati come dei governati. E siccome questa tipologia di regole assume una connotazione

---

[31] J.M. FINNIS, *Revolutions and Continuity of Law*, in A.W.B. SIMPSON, *Oxford Essays in Jurisprudence: Second Series*, Oxford University Press, Oxford, 1971, p. 73.
[32] J.M. FINNIS, *Legge naturale e diritti naturali*, *op. cit.*, p. 17.
[33] J.M. FINNIS, *Scepticism, Self-Refutation, and the Good of Truth*, in P.M.S. HACKER, J. RAZ, (ed.), *Law, morality and society, Essays in honour of H. L. A. Hart*, Clarendon Press, Oxford, 1977, p. 312. Nostra la traduzione.

morale, in ragione del fatto che dalla loro osservanza dipendono le precondizioni della piena fioritura individuale all'interno del consesso civile, ecco che esse verranno fatte proprie da tutti i consociati, verranno cioè *introiettate* per mezzo dell'assunzione generalizzata, in ordine ad esse, del cosiddetto punto di vista interno.

È in tale prospettiva, teleologica e insieme psico-sociale, tesa a dimostrare l'esistenza delle ragioni che giustificano il "perché" del diritto, che si introduce il contributo del realismo classico aristotelico-tomista. Il diritto descrive infatti l'insieme delle motivazioni ragionevoli che spingono l'uomo saggio ad agire per far suoi alcuni beni fondamentali. Ecco allora che il diritto trova il suo fondamento ultimo proprio nella ragionevolezza umana e qui acquisisce il suo carattere oggettivo ed astratto. Ma non bisogna dimenticare che il valore della ragionevolezza, come norma generale delle azioni, delle attività, delle opere umane, era già presente nelle analisi wittgensteiniane sul linguaggio ordinario.

Ciò vuol dire che l'attenzione agli aspetti pratici del linguaggio o al "punto di vista pratico" dell'agire umano, richiede pur sempre un uomo capace di essere *praticamente* ragionevole, cioè di avere la virtù della ragionevolezza, la virtù di colui che è capace di vagliare ogni singola operazione umana, cogliendone le ragioni al di sotto dei desideri, degli interessi e dei fini estemporanei che possono muoverle: «*Secondo l'Aquinate, il modo per scoprire che cosa è moralmente giusto (virtù) o sbagliato (vizio) consiste nel chiedersi non che cosa sia in accordo con la natura umana, ma che cosa sia ragionevole [...]. Dall'inizio alla fine dei suoi discorsi morali, per Tommaso d'Aquino le categorie principali sono il "bene" e il "ragionevole"; il "naturale" è, dal punto di vista della sua etica, un'appendice speculativa aggiunta tramite la riflessione metafisica, non uno strumento con cui andare verso, o muoversi da, i pratici* prima principia per se nota»[34].

Secondo Finnis, dunque, l'atteggiamento proprio del teorico del diritto deve essere sì rivolto alla ricerca della *legge naturale,* però non già intesa come un insieme di precetti derivati dalla natura umana, bensì come lo studio del diritto positivo, colto alla luce di quei princìpi pratici che sono per tutti praticamente ragionevoli. Detto altrimenti, se il diritto è un'impresa consociativa, le istanze molteplici e varie di singoli e gruppi tendono a comporsi e a consolidarsi in tendenze comuni e in strutture istituzionali condivise e la ragionevolezza pratica è la sola chiave capace di cogliere unitariamente il senso di tale

[34] J.M. FINNIS, *Legge naturale e diritti naturali*, *op. cit.*, p. 39.

fenomeno articolato e complesso. In quest'ottica, il cosiddetto "diritto naturale" non viene più concepito come altro dal diritto positivo, secondo quanto accaduto nella lunga tradizione del giusnaturalismo di ispirazione cristiana, ma come un metodo per elaborare una teoria del diritto positivo e, in definitiva, l'idea stessa del diritto in generale. Per questo l'obiettivo ultimo di Finnis sarà quello di mettere a punto una *teoria giusnaturalistica del diritto positivo* («a natural law theory of positive law»), dacché «there is no proper piace far a positivism outside natural law theory»[35].

2. 2 *Basic goods* e legge naturale

Descritti il *background* culturale e, più in particolare, l'*humus* filosofico in cui matura la teorizzazione della Scuola Neoclassica, è ora importante spostare il *focus* sui contenuti dottrinali precipui della *New Classical Theory*, a partire dalla concezione della "legge naturale".

Ebbene, essa risulterebbe basata su due elementi fondanti: da una parte, alcuni beni fondamentali, che concorrono a determinare l'orizzonte teleologico di riferimento, ultimo e definitivo, dell'agire umano, dall'altra alcuni criteri d'azione che costituiscono "indicatori pratici" necessari in vista del conseguimento effettivo e reale di tali beni. La "norma morale" risulterebbe dall'intersezione tra la tensione naturale ai "beni fondamentali" e la fruizione operativa degli "indicatori pratici" in vista del conseguimento di detti beni. Muovendo, dunque, dal presupposto dell'universalità delle "legge naturale", ovvero, dall'idea di una legge morale che sia valida per tutti gli uomini di tutti i tempi, siffatta legge deve potersi riscontrare empiricamente nel comportamento degli uomini.

Per questo motivo, assumono un'importanza cruciale le conquiste dell'antropologia culturale, grazie alle quali verificare l'esistenza di alcuni lineamenti assiologici comuni, al di là della diversità delle culture e delle latitudini, che danno ragione del carattere meta-storico di alcuni valori: «*Gli studiosi di etica e di culture umane assumono molto comunemente che queste ultime manifestano preferenze, motivazioni e valutazioni così ampie e caotiche nella loro varietà che nessun valore o principio pratico può dirsi evidente per gli esseri umani, giacché nessun valore o principio pratico è riconosciuto in*

[35] J.M. FINNIS, *What is the Philosophy of Law?*, in *Rivista di filosofia del diritto*, l, 2012, p. 71.

ogni tempo e in ogni luogo [...]. Ma quei filosofi che hanno recentemente cercato di verificare questo assunto esaminando la letteratura antropologica (comprese le analoghe indagini generali fatte dagli antropologi professionisti), hanno trovato con stupefacente unanimità che esso è ingiustificato. Queste ricerche ci autorizzano, in effetti, a fare alcune asserzioni piuttosto promettenti. Tutte le società umane mostrano riguardo per il valore della vita umana; in tutte l'autoconservazione è generalmente accettata come un motivo adeguato per l'azione, e in nessuna l'uccisione di altri esseri umani è permessa senza una giustificazione accuratamente [fairly] definita. Tutte le società umane considerano la generazione di una nuova vita umana come in se stessa una cosa buona, a meno che non sussistano speciali circostanze. Nessuna società umana manca di porre limiti all'attività sessuale; in tutte esiste una certa proibizione dell'incesto, una certa opposizione alla promiscuità illimitata e allo stupro, un certo favore per la stabilità e la permanenza nelle relazioni sessuali. Tutte le società umane mostrano riguardo nei confronti della verità educando i giovani non solo in questioni pratiche (per esempio, come evitare i pericoli) ma anche speculative o teoretiche (per esempio, la religione). […]. Tutte conoscono l'amicizia. Tutte hanno una certa concezione del meum e del tuum, titolo o proprietà, e della reciprocità. Tutte attribuiscono valore al gioco, serio e formalizzato o rilassato e ricreativo. Tutte trattano i corpi dei membri defunti del gruppo in un modo tradizionale e rituale, diverso dalle loro procedure per l'eliminazione dei rifiuti. Tutte mostrano riguardo per poteri o princìpi che devono essere rispettati in quanto sovrumani; in una forma o in un'altra, la religione è universale. […]. Il mio attuale interesse è per l'universalità di quei giudizi fondamentali di valore che si manifestano non solo in varie esigenze e restrizioni morali, ma anche nelle molteplici forme della cultura, dell'iniziativa e delle istituzioni umane»[36].

Esisterebbe dunque una pluralità di *giudizi fondamentali di valore* irriducibili gli uni agli altri – come la vita, la religione, la conoscenza, l'amicizia, il gioco, il culto dei defunti, la regolazione della sessualità – presenti in ogni cultura, ad ogni latitudine, e che, nel loro insieme, verrebbero a comporre il primo nucleo prescrittivo di quella cosa che è stata chiamata, nella tradizione del pensiero occidentale, "legge naturale". Sarebbero tali valori, infatti, «*l'unico sfondo valutativo che colora il quadro dell'etica. La vita morale si muove delineandosi all'interno di questo quadro, e le norme morali non possono che*

[36] J. M. FINNIS, *Legge naturale e diritti naturali*, *op. cit*., pp. 91-92.

trovare in esso il loro orizzonte di significato. Data inoltre l'assenza di altre componenti assiologiche, e vista l'irriducibilità dei valori gli uni agli altri, essi vanno pensati come delle monadi, formalmente identiche tra loro, che si muovono nell'universo morale dell'uomo senza che nessun elemento oggettivo possa indirizzare la motivazione dell'agente verso uno di essi piuttosto che verso un altro»[37].

Dunque, ogni bene *fondamentale* rappresenta un valore assoluto, qualcosa che viene ricercato come fine a se stesso – diversamente, sarebbe infatti un bene meramente *strumentale*. Detto altrimenti, quanto alle ragioni del nostro e dell'altrui agire, troviamo che esistono cose che cerchiamo interamente o principalmente per il loro bene. Queste cose sono i beni di base, sono valori fondamentali in quanto sono ricercati per se stessi. Inoltre, sono da Finnis e Grisez chiamati intelligibili, perché li intuiamo come ragioni ultime per l'agire individuale, come tali proposti dalla stessa ragione pratica ad ogni singolo agente morale.

2. 3 La legge di Hume

Chiarito che esistono, in tutte le culture umane, alcuni valori universali, meta-storici e meta-culturali, in nessun modo da tale dato fattuale si dovrebbe arguire la conseguenza per cui l'uomo debba necessariamente perseguirli. Siamo al cuore di quel principio logico-filosofico che nella storia del pensiero è andato sotto il nome di Legge di Hume. Ebbene, Finnis riconosce la validità di detta legge, assumendo che non è logicamente possibile dedurre il "dovere essere" dall' "essere", ovvero, andare da premesse puramente fattuali e descrittive a conclusioni aventi natura valutativa o prescrittiva. Del resto, secondo il Nostro, i principali autori di diritto naturale (da Platone ad Aristotele a Tommaso d'Aquino) avrebbero riconosciuto la distinzione logica tra "essere" e "dover essere" e ne avrebbero dato piena contezza nella differenza da loro teorizzata tra ragione speculativa e ragione pratica e tra i principi primi, distinti ed auto-evidenti, relativi a ciascuna di essa. Non avrebbero violato, dunque, il principio di non dedurre i precetti direttivi dell'agire pratico dai fatti della natura umana.

La conoscenza pratica, infatti, è pratica fin dall'inizio, dal momento che i principi primi suoi propri non sono dedotti dalla conoscenza speculativa della natura umana. Lo

[37] F. DI BLASI, *I valori fondamentali nella teoria neoclassica della legge naturale*, in *Rivista Internazionale di Filosofia Del Diritto*, 76, 1999, pp. 209-252, p. 221.

stesso Tommaso, secondo Finnis, confermerebbe la validità indiscussa di tale legge: «*Come l'ente è ciò che per primo cade in assoluto nell'apprensione, così il bene è ciò che per primo cade nell'apprensione della ragione pratica, la quale è ordinata all'operazione. Infatti, ogni agente agisce in vista del fine, che ha natura di bene*», e «*i precetti della legge di natura si rapportano alla ragione pratica come i primi principi indimostrabili delle dimostrazioni si rapportano alla ragione speculativa. Infatti, entrambi sono dei principi di per sé noti*». I fini ultimi dell'agire umano, dunque, avrebbero per Finnis valore di bene e sarebbero al contempo i primi princìpi della ragion pratica, che in quanto tali non possono essere dedotti da alcunché, essendo indimostrabili. Il dovere di perseguirli è perciò originario e non dipende in via deduttiva dalla conoscenza dei fatti, né da alcuna ontologia naturale: è così fugato il rischio di incorrere in una forma di fallacia naturalistica.

Tali argomentazioni se da una parte avvicinano le tesi finniane al giusnaturalismo classico, postulando l'esistenza di norme morali universali, assolute ed oggettive, dall'altra le allontanano in ragione del fatto che il valore deontico di tali norme riposerebbe non su una conoscenza descrittiva della natura umana, bensì sulla descrizione fenomenologica dell'agire desiderante dell'uomo: «*La comprensione dell'ordine cognitivo dell'agente ricopre un'importanza fondamentale perché indica che all'origine di ogni scelta umana c'è sempre un giudizio di importanza (valore) che, proprio per questa sua posizione originaria (per il suo essere sempre "la premessa"), non può essere inteso, nell'ordine pratico, come dedotto o derivato da nient'altro. È questo il senso ultimo dell'autonomia della ragion pratica affermata da Finnis e Grisez: non che il giudizio di importanza de quo non dipenda in nessun modo da altre nozioni di natura metafisica o che il ragionamento pratico non implichi necessariamente delle conoscenze fattuali, ma che la natura di "premessa prima del ragionamento pratico" comporta necessariamente che il giudizio di importanza, nel suo ordine, non sia frutto di deduzione ma di una percezione originaria, seppur problematica, del valore da parte dell'agente*».

Qui le teorie neoclassiche confermano una volta ancora la prossimità all'impostazione meta-etica di stampo analitico, che, in ordine a questo specifico aspetto, prevale in maniera evidente sul lascito di matrice aristotelico-tomista. Ma su questo punto, si tornerà oltre. Qui basti ribadire che, per Finnis, la motivazione concreta che spinge all'azione è pur sempre un fatto non della volontà ma della ragione partica, la quale sola può

comprendere, per mezzo di tale percezione valoriale originaria, che quella stessa azione, orientata al conseguimento di un dato oggetto, è al tempo stesso rivolta verso un bene per l'individuo agente. Allo stesso modo, la medesima ragione potrà distinguere le pulsioni buone da quelle cattive, valutandone l'idoneità nella prospettiva della partecipazione ai beni fondamentali. Le pulsioni moralmente buone, in particolare, saranno quelle orientate al conseguimento dei *basic goods,* quelle non buone, invece, risulteranno in contrasto con il conseguimento di tali beni. In questo senso, allora, un comportamento umano non sarà valutato dalla ragione come ragionevole e buono a motivo della sua naturalità, ma, seguendo un percorso opposto, la ragione pratica prima verifica quali azioni sono conformi alla ragionevolezza pratica e poi potrà definire le stesse come buone e naturali. Per l'uomo, infatti, il "naturale" nell'agire consiste nell' agire "secondo ragione". La ragionevolezza assurge a criterio-guida nella messa a punto di una teoria morale della legge naturale rispettosa della legge di Hume.

2. 4 Dei valori come principi pratici per l'agire umano

Abbiamo visto come esista un universo morale fatto di una pluralità di valori fondamentali, incommensurabili e irriducibili tra loro, che costituiscono i fini ultimi dell'agire umano in generale. Siccome essi costituiscono i *princìpi primi e indimostrabili* della *ragion pratica,* non possono in alcun modo dedursi dai fatti dell'osservazione empirica e ciò pone al riparo la teoria morale della Scuola Neoclassica dall'incorrere nella violazione delle Legge di Hume. E tuttavia, la riflessione sui valori come princìpi pratici, è il caso di chiarirlo, non spiega ancora il significato dell'espressione "valori fondamentali", ma serve soltanto a mostrare come «*valori e princìpi entrino in ogni considerazione delle buone ragioni per l'azione e in ogni compiuta descrizione della condotta umana*»[38].

Ebbene, Finnis assume che prestando attenzione alle ragioni del nostro agire, è possibile scorgere un piccolo numero di beni di prima necessità che ogni uomo persegue naturalmente. Le apparentemente numerose e diverse ragioni per l'azione che le persone concretamente hanno e i beni che cercano, possono essere ridotti in un numero limitato di categorie di *basic goods*. Finnis, Grisez e Boyle, in uno scritto pubblicato di

[38] J.M. FINNIS, *Legge naturale e diritti naturali, op. cit*., p. 65.

congiuntamente del 1987[39], hanno proposto sette categorie di beni di base, che sono divisibili in due gruppi: i beni *sostanziali* e i beni *riflessivi*. Il primo gruppo contiene tre categorie di beni che, si potrebbe dire, riguardano l'uomo in quanto creatura animata o vivente, come la vita, la salute e il loro mantenimento; l'uomo in quanto creatura razionale, come la conoscenza e l'esperienza estetica; l'uomo in quanto creatura insieme animale e razionale, come le varie pratiche simboliche per mezzo delle quali "attribuire significato" e "creare valore". Il secondo tipo di beni, quelli riflessivi, sono invece: l'armonia interiore, la socievolezza, la religione. I beni sostantivi esistono di per se stessi indipendentemente dall'azione dell'uomo. Quelli riflessivi vengono invece ad esistenza solo nella misura in cui l'agente li realizza concretamente e sono definiti tali sia perché l'azione volta verso tali beni si riflette, nella sua efficacia, sulla persona dell'agente, sia perché essi stessi assurgono a buone ragioni per scegliere e contengono in sé altri motivi di scelta.

Il passaggio dalla considerazione di tali princìpi pratici ai valori fondamentali dell'esistenza umana avviene mediante un ulteriore livello di analisi. Si leggano le seguenti parole di Finnis: «Ora, oltre a vita, conoscenza, gioco, esperienza estetica, amicizia, ragionevolezza pratica e religione, esistono innumerevoli obiettivi e forme di bene. Ma io suggerisco che, *all'analisi*, si troverà che questi *altri* obiettivi e forme di bene sono modi, o combinazioni di modi, di perseguire (non sempre giudiziosamente) e realizzare (non sempre con successo) *una delle sette* forme fondamentali di bene, o una combinazione di esse»[40]. Dunque, il metodo adottato per l'individuazione dei beni fondamentali è di tipo *analitico*, dunque del tutto scevro da qualsiasi "contaminazione" di carattere metafisico. Il punto di partenza di tale individuazione non si situa non nella natura umana, ma nel dato empirico, sensibile, che la ragione pratica apprende ed elabora direttamente: «*Le forme fondamentali del bene, colte dall'intelletto pratico, sono ciò che è bene per gli esseri umani con la natura che essi hanno. L'Aquinate osserva che il ragionamento pratico non inizia conoscendo questa natura dall'esterno, come se procedesse definendola con osservazioni e giudizi di carattere psicologico,*

[39] Cfr. G.G. GRISEZ, J.M. BOYLE, J.M. FINNIS, *Practical Principles, Moral Truth, e Ultimate Ends*, *American Journal of Jurisprudence*, 32, 1987, pp. 106-108.
[40] *Ibidem*, pp. 98-99. Nostri i corsivi.

antropologico o metafisico, ma sperimentando la propria natura, per così dire, dall'interno, nella forma delle proprie inclinazioni»[41].

La dinamica che porta ad isolare detti beni fondamentali è biunivoca. Si può partire, ai fini del loro rinvenimento, sia da una prospettiva esteriore al soggetto, ovvero, dagli "oggetti" del vivere che, incontrando il favore delle *inclinationes* naturali, è possibile qualificare come "beni". Oppure, muovendo dalla prospettiva opposta, quella interiore, si potrà, assecondando le *inclinationes* naturali, approdare ai fini rispettivi in ordine ai quali poter esprimere un giudizio di valore. Ma sia che il tragitto inizi dall'esterno sia che prenda l'avvio dall'interno dell'uomo, l'aspetto ineludibile per arrivare alla qualificazione dei beni come tali è dato dalla sperimentazione pratica degli stessi, per cui la concreta e pratica esperienza di tali valori diventa la prima forma di conoscenza di essi. Dunque, tale modalità di apprendimento dei beni fondamentali, non ha carattere speculativo, teoretico, bensì appunto pratico, concreto, esperienziale: attraverso l'esperienza diretta, l'agente può isolare i beni fondamentali che si trova a perseguire e contestualmente assegnare loro una qualificazione valoriale. Su questo punto si tornerà ampiamente in seguito.

2. 5 Fondamentalità, premoralità, incommensurabilità e mancanza di gerarchia dei beni fondamentali

Quali sono le caratteristiche di tali beni fondamentali? La prima, in ordine logico, è la *fondamentalità*. Essa sta indicare la proprietà che tali beni hanno di essere forme generali a cui la ricerca di qualunque altro valore può essere ricondotta, in quanto *fini ultimi* delle azioni umane. La fondamentalità di tali valori implica altresì la loro *indimostrabilità*, essendo essi le premesse prime del ragionamento pratico e, di conseguenza, tali da non poter essere propriamente dimostrati ma solo compresi. Ciò presuppone a sua volta tanto l'*irriducibilità* di quei valori a valori ulteriori, quanto la loro *apertura*. Essi, infatti, «*non vanno intesi come limiti ma come il fondamento di un insieme potenzialmente infinito di azioni e di progetti di vita, tutti egualmente buoni e nessuno in grado di esaurirne la realizzazione. La migliore conoscenza dei valori non chiude prospettive ma ne apre di nuove*»[42].

[41] J.M. FINNIS, *Legge naturale e diritti naturali*, *op. cit.*, p. 37.
[42] F. DI BLASI, *I valori fondamentali nella teoria neoclassica della legge naturale*, *op. cit.*, p. 41.

Oltre al requisito della fondamentalità, con il corollario di proprietà ulteriori appena elencate, altra caratteristica essenziale di tali beni è la loro *premoralità*, a dire che essi sono alla base di ogni libera azione umana, a monte di *ogni* giudizio morale[43]. Detto altrimenti, aver accertato l'esistenza di un sistema di valori fondamentali, di una *struttura valutativa universale e necessaria* per il funzionamento della ragion pratica, prova il fatto che «*l'aggettivo* premorale *si può sostituire adeguatamente con la locuzione "che precede la scelta libera". Questo punto è importantissimo. Per renderlo più esplicito bisogna dire che per Finnis e Grisez non è possibile un'azione libera e razionale che non abbia come fine almeno uno dei valori fondamentali. L'alternativa ai valori fondamentali è l'irrazionalità e la mancanza di libertà del pazzo o dell'ubriaco*»[44]. Ciò significa che tutte le azioni, anche quelle moralmente riprovevoli, in quanto umane, cioè compiute da esseri razionali, sono volte a perseguire uno o più dei valori fondamentali: «*I princìpi fondamentali del ragionamento pratico sottostanno e rendono possibile in egual misura il ragionamento sia delle persone buone sia di quelle cattive. Il prezzo per negare questo è dire che l'immorale è puramente irrazionale, e quindi libero da responsabilità morale*»[45].

In quanto premorali, dunque, i valori fondamentali non appartengono al regno della libertà umana ma a quello della *necessità*. Essi infatti descrivono la traiettoria razionale di azione di ogni uomo verso i fini possibili che si propone di realizzare. In tal senso, i princìpi che impongono di perseguire tali fini, «*costituiscono la struttura che è necessario sia già presente e attiva affinché la ragion pratica possa operare: in questo senso sono premorali. Il loro ruolo di "guida delle azioni" si esaurisce, propriamente, "prima" del giudizio, cioè prima dell'esercizio della libertà; più che come guide andrebbero pensati come canali obbligati. Essi non sono propriamente l'oggetto ma la condizione di possibilità della scelta. Io non sono libero di scegliere di perseguirli; semplicemente, poiché* non posso perseguirli tutti contemporaneamente in ogni azione *(altro presupposto che completa il quadro sulla pre-moralità), sono "libero" di scegliere di perseguirne qui ed ora uno invece di un altro o altri, ecc.; ma la ragione di questa scelta non è nei valori*»[46], ma in me.

---

[43] J.M. FINNIS, *Legge naturale e diritti naturali*, *op. cit.*, pp. 59, 62.
[44] F. DI BLASI, *I valori fondamentali nella teoria neoclassica della legge naturale*, *op. cit.*, p. 42.
[45] J.M. FINNIS, G.G. GRISEZ, *The Basic Principles of Natural Law: a Reply to Ralph McInerny*, in J.M. FINNIS, *Natural Law*, Dartmouth, Oxford, Vol. I, 1991, p. 27.
[46] F. DI BLASI, *I valori fondamentali nella teoria neoclassica della legge naturale*, *op. cit.*, p. 45.

In altre parole, la libertà di scegliere comportamenti moralmente cattivi, ma comunque diretti da una certa forma, ancorché parziale, di razionalità pratica, richiede una distinzione tra i primi principi della ragione pratica in generale e la loro corretta o ragionevole applicazione nella scelta del bene morale. Il bene morale è il bene proprio dell'azione libera quando essa risulta conforme a tutti i requisiti di ragionevolezza pratica. Il male morale si ha invece quando la medesima azione non è ordinata secondo le esigenze di ragionevolezza pratica, quantunque anche una cattiva azione possa tendere verso un *quid* considerato come un bene umano (solo il bene può essere, infatti, oggetto dell'atto di volontà), basilare o semplicemente sensibile o sub-razionale: «*Per alcuni il problema fondamentale della teoria etica è l'egoismo. Essi si chiederanno perché noi diciamo così poco su tale argomento. Ecco la ragione. Il dibattito tra l'egoismo e le sue alternative appartiene – come un discorso tra i tanti – all'etica normativa non alla fondazione dell'etica. Si può scegliere liberamente se essere un egoista. Ma non si ha alcuna scelta sul se l'armonia tra le persone sia un bene, o se l'armonia sia favorita o impedita dall'egoismo. E, in generale, i princìpi pratici che rendono le scelte possibili – e che non sono essi stessi scelti, egoisticamente o altrimenti – debbono essere presupposti in ogni indagine sulla valutazione dell'egoismo*»[47].

Vi sono ancora due caratteristiche basilari dei beni fondamentali da segnalare. La prima è la loro *incommensurabilità*. Data infatti l'irriducibilità di tali beni gli uni agli altri, aspetto a cui abbiamo accennato in precedenza, mancherebbe di fatto un'unità di misura comune con cui poterli con-*misurare*, favorendo così una scelta tra essi alla luce di un criterio di pura razionalità: «*Nella misura in cui i beni fondamentali sono ragioni senza ulteriori ragioni, essi sono princìpi primari. E poiché sono princìpi primari, i beni delle diverse categorie sono incommensurabili l'uno con l'altro. Infatti, se fossero commensurabili dovrebbero essere omogenei l'uno con l'altro, o riducibili a qualcosa di precedente con cui potrebbero essere misurati*»[48].

Dall'incommensurabilità dei beni fondamentali, infine, discende, come conseguenza logica ulteriore, l'altra caratteristica loro propria, ovvero, quella relativa alla *mancanza di una gerarchia oggettiva* tra essi. Non essendovi infatti un metro di misura unitario per

[47] J.M. FINNIS, G.G. GRISEZ, J.M. BOYLE, *Practical Principles, Moral Truth, and Ultimate Ends*, *Am. J. Juris*, 99, 1987, p. 101.
[48] *Ibidem*, p. 110.

i diversi beni, che sono, come detto, tra loro irriducibili e disomogenei, neppure sarebbe pensabile un fondamento razionale che consenta di considerare un valore come più importante di altri: «*Se si focalizza l'attenzione sul valore della verità speculativa, esso può ragionevolmente esser considerato più importante di qualunque altra cosa; la conoscenza può essere considerata come la cosa più importante da acquisire; la vita può essere considerata una mera pre-condizione, di scarso o nessun valore intrinseco; il gioco può essere considerato frivolo; l'interesse per le questioni "religiose" può sembrare solo un aspetto della lotta contro l'errore, la superstizione e l'ignoranza; l'amicizia può sembrare degna d'esser tralasciata, o la si può ritrovare esclusivamente nel condividere ed accrescere la conoscenza; e così via. Ma si può spostare la propria attenzione. Se si sta per annegare o, ancora, se si sta pensando al figlio morto subito dopo la nascita, si è inclini a spostare l'attenzione sul valore della vita semplicemente in quanto tale. La vita non sarà ritenuta una mera pre-condizione di nient'altro; piuttosto, saranno il gioco, la conoscenza e la religione a sembrare secondari, e perfino superflui. Ma si può spostare la propria attenzione, in questo modo, su ognuno dei valori fondamentali che costituiscono l'orizzonte delle nostre opportunità*»[49].

Ovviamente, in Finnis, l'esclusione di una gerarchia oggettiva tra i beni fondamentali, non esclude, ma anzi pare implicare, una gerarchia in una prospettiva puramente soggettiva, limitata cioè al singolo agente, che se ne fa promotore con le scelte concrete della sua vita. Detto altrimenti, la negazione di una gerarchia oggettiva tra i beni, porta con sé la necessità di una *gerarchia soggettiva*: «*Naturalmente, ognuno di noi, nella sua vita, può ragionevolmente* scegliere *di attribuire maggiore importanza ad uno o ad alcuni valori*», ma «*il mutamento non è nella relazione tra i valori fondamentali*»[50], bensì nel singolo che se ne fa promotore.

2. 6 Le "esigenze fondamentali della ragion pratica" e la dinamica dell'agire morale

Gli assi che definiscono il piano cartesiano all'interno del quale tracciare il profilo della *natural law*, sono rappresentati, oltre che dai *basic goods*, anche dai cosiddetti *basic*

[49] J.M. FINNIS, *Legge naturale e diritti naturali*, *op. cit.*, pp. 100-101.
[50] *Ibidem*, pp. 101 - 102.

requirements of practical reasonableness. Orbene, dette "esigenze fondamentali della ragionevolezza pratica" sono i criteri pratici che indicano *come* si possa partecipare, in un contesto d'azione specifico, ai beni fondamentali in una maniera eticamente lecita. L'individuazione concreta di tali criteri, poi, è opera esclusiva della *ragion pratica*. Ma, allora, qual è il meccanismo esatto di funzionamento della quest'ultima quanto alla deliberazione morale?

La ragion pratica mette a punto una lista di "principi intermedi" che mediano il passaggio dai beni fondamentali alle concrete e libere decisioni della vita degli uomini nelle situazioni concrete: «*Gli ordinari 'principi morali' sull'omicidio, il furto, il mantenere le promesse, la calunnia e così via, si possono raggiungere mediante argomenti che partono da uno o più principi intermedi, e che hanno come termine medio uno o l'altro dei beni fondamentali. È per questo che ho chiamato questi principi intermedi 'esigenze fondamentali della ragionevolezza pratica'*»[51]. Detto altrimenti, la partecipazione ad uno o più beni di base in una particolare circostanza nella vita del singolo agente, domanda *necessariamente* l'uso di uno o più di tali principi intermedi: «*I principi che esprimono i fini generali della vita umana non acquistano ciò che verrebbe chiamata 'forza morale' finché non sono applicati ad ambiti definiti di progetti, disposizioni o azioni, o a progetti, disposizioni o azioni particolari*»[52]. I beni fondamentali, dunque, per essere partecipati in modo moralmente lecito hanno bisogno di alcuni principi generali d'azione che, declinati nelle situazioni specifiche, produrranno altrettante norme morali puntuali.

Orbene, gli autori della Scuola Neoclassica, elaborano, così come per i beni fondamentali, liste di "principi intermedi" o "esigenze fondamentali della ragionevolezza pratica" non propriamente congruenti, sia per quanto riguarda l'elencazione dei singoli principi, sia per ciò che concerne i requisiti che gli stessi principi dovrebbero avere. Tuttavia, quanto a quest'ultimo aspetto, i principi d'azione che la ragion pratica dispone in vista del concerto conseguimento dei beni fondamentali della vita, presentano caratteri non dissimili da quelli già osservati in ordine ai beni fondamentali. Al pari di questi, infatti, anche quelli risultano auto-evidenti, irriducibili gli agli altri, di pari importanza, non ordinabili gerarchicamente, se non in una prospettiva puramente individuale. Quanto

[51] *Ibidem*, p. 92.
[52] *Ibidem*, p. 110.

alla concreta, possibile individuazione di un elenco di tali "esigenze pratiche", esso dovrebbe contemplare i seguenti principi, identificati da Finnis stesso in *Legge naturale e diritti naturali*[53]: un coerente piano di vita; nessuna arbitrarietà nella scelta dei valori; nessun arbitrario nella preferenza accordata alle persone; fedeltà; efficienza; attenzione preferenziale al bene comune; primato della coscienza; ripudio dei beni apparenti.

Dunque, come la conoscenza a cui può pervenire la ragione speculativa ha bisogno della messa a fuoco previa dei principi primi dell'intelletto, allo stesso modo ogni giudizio della ragione pratica deriva da alcuni principi, evidenti ed inderivabili, noti anch'essi per natura, a cui abbiamo dato il nome di "esigenze della ragionevolezza pratica". Ma oltre a questi "principi intermedi", seguendo l'Aquinate, Finnis e Grisez ipotizzano l'esistenza di un *primo principio della ragione pratica*, autoevidente, comunemente reso per mezzo della formula: "Fai il bene ed evita il male". I teorici della Scuola Neoclassica, tuttavia, contestano la comprensione neoscolastica del primo principio della ragione pratica. In un suo articolo del 1965, Grisez sosteneva che non dovremmo comprendere questo principio come un imperativo morale, ma come un principio che regola concretamente e dall'interno la ragione pratica, ovvero, ogni atto pratico, morale o immorale che sia. La funzione del primo principio della ragione pratica, infatti, secondo l'interpretazione offerta da Grisez, è proibire atti volitivi che sono inutili in quanto non diretti a fini considerati buoni o utili. Per questo motivo, esso non comanda all'agente di agire moralmente, ma più semplicemente gli ordina di agire per un fine di valore, così che anche gli atti immorali possono soddisfare questa condizione nella misura in cui sono diretti a raggiungere qualche fine considerato utile dall'agente. Se si desidera sapere come agire moralmente, allora, bisogna consultare ulteriori principi, in forza dei quali distinguere tra azioni che mirino ad un bene meramente utile, e azioni che, invece, sono dirette al conseguimento di un bene ritenuto sia utile che morale.

In breve, Finnis e i nuovi teorici del diritto naturale dividono la ragione pratica in due parti: la puramente pratica e la propriamente morale. Secondo questa impostazione, i primi principi della ragione pratica – per esempio, "La salute deve essere perseguita" o "L'amicizia deve essere perseguita" – sono "pre-morali", poiché non fanno altro che identificare certe cose come degne di essere perseguite. Tali principi sono pratici nella misura in cui specificano fini degni di essere perseguiti, mentre il primo principio è

[53] Cfr. *Ibidem*, cap. V.

pratico nella misura in cui esclude qualsiasi azione inutile perché irragionevole. I principi premorali, poi, sono tali perché non escludono del tutto mezzi immorali per perseguire i beni di base. Quindi, se avessimo solo questi principi, non ci sarebbe modo di distinguere tra azioni immorali e azioni morali. Per prendere un esempio – dato da uno dei più importanti esponenti della New Natural Theory – un agente potrebbe avere una ragione comprensibile per giocare alla roulette russa (cioè, il bene del gioco), e una ragione intelligibile per non giocarci (cioè il bene della vita). Ma non potremmo mai determinare la moralità della scelta di giocare alla roulette russa facendo appello soltanto ai principi primi della ragione pratica[54]. Da qui la necessità di principi morali che consentano di qualificare la moralità delle scelte intenzionali, e dunque l'immoralità, per rimanere all'esempio, di giocare alla roulette russa, ancorché giocare sia di per sé un bene di base.

Quali sarebbero, dunque, questi principi di *moralità* – non di *premoralità* – secondo Finnis e Grisez? Come abbiamo già detto, essi sono il cosiddetto primo principio di moralità e i suoi corollari, o "esigenze della ragionevolezza pratica". Il primo principio di moralità è un imperativo che vieta tutte le scelte incompatibili con l'obiettivo della piena fioritura umana, uno *standard* ultimo di moralità che richiede il rispetto di tutti i beni di base. Le "esigenze della ragionevolezza pratica, che Grisez chiama "modalità di responsabilità", sono invece imperativi morali particolari che vietano scelte incompatibili con il rispetto di un bene di base specifico. Quindi, per tornare all'esempio precedente, giocare alla roulette russa rappresenta un agire intenzionale ma immorale, poiché implica una mancanza di rispetto per il bene fondamentale della vita. Uno che insegue il bene del gioco persegue un fine utile e, pertanto, agisce in conformità con il primo principio della ragione pratica. Un tale agente è perciò, ma non potrebbe essere chiamato *completamente* razionale se ignorasse una rivendicazione più forte della modalità di responsabilità che vieta di perseguire il bene di giocare a scapito del bene della vita.

È in questo modo, dunque, che Finnis e Grisez derivano norme morali specifiche dal primo principio di moralità, contestando alla radice l'affermazione neoscolastica in base alla quale il criterio morale dell'azione è dato in generale dalla sua conformità alla natura umana. Secondo Finnis, l'Aquinate non ha mai affermato che la bontà morale di un atto si misura in base alla sua conformità alla natura umana, ma al contrario ha sempre sostenuto che la bontà morale di un atto sia da misurare dalla sua conformità a uno

[54] R.P. GEORGE, *In Defense of Natural Law*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 49.

standard di ragionevolezza. Mentire non è immorale perché non si addice a un agente razionale le cui facoltà intellettuali sono dirette, essenzialmente, alla ricerca della verità. Mentire è moralmente illecito perché mostra un rispetto insufficiente per un bene fondamentale, cioè la conoscenza. La persona perciò non è essere passivo che segue supinamente i dettami normativi della ragione agente speculativamente, ma agente attivo che produce, grazie alla *practical reason*, indicazioni pratiche in vista di un agire concreto[55]. E anche su questo punto, si tornerà alla fine per una serie di considerazioni critiche.

La dinamica dell'agire morale domanda il succedersi, in un ordine logico rigoroso, dei seguenti passaggi: il primo principio si mostra con evidenza all'uomo che agisce nel concreto ed assurge a criterio generale di orientamento pratico in vista dell'azione. Sempre nel contesto dell'agire effettivo, l'agente scopre le inclinazioni naturali sue proprie, intese però come possibilità orientate al conseguimento dei beni[56]. Nessuna di dette inclinazioni, tuttavia, è da considerarsi come condizione necessaria per l'agire umano, indicando piuttosto delle mere opportunità di scelta. Una considerazione identica deve farsi per i beni fondamentali, i quali appaiono funzionali alla realizzazione umana integrale, ma che di per se stessi sono elementi incapaci di indicare le azioni moralmente lecite. Una volta sperimentate le inclinazioni e conosciuti per mezzo di esse i beni di base, nasce il desiderio di partecipare a questi ultimi[57], partecipazione che potrà lecitamente realizzarsi solo nel rispetto dei principi intermedi, colti come esigenze evidenti della ragione pratica, ma parimenti privi di qualificazione normativa. Allorquando questi ultimi, calati nella contingenza di un'azione concreta, genereranno le norme morali specifiche, la volontà dell'uomo vedrà finalmente tracciato il percorso, moralmente valido, in vista del conseguimento dei beni di base.

L'orizzonte teleologico ultimo dell'agire morale individuale, infine, è rappresentato, sia per Finnis che per Grisez, dalla "realizzazione umana integrale", ovvero, dalla realizzazione, per quanto possibile contestuale, di tutti i beni di base in tutte le persone

[55] Cfr. G.G. GRISEZ, *The First Principle of Practical Reason: A Commentary on the Summa Theologiae, I-2, Question 94, Article 2, op. cit*., p. 214.
[56] Cfr. G. G. GRISEZ, J.M. BOYLE, J. M., FINNIS, *Practical Principles, Moral Truth, and Ultimate Ends*, *op. cit*., pp. 108-109.
[57] Cfr. TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, PP 82^4 3c.

che vivono in uno stato di armonia[58]. Poiché, tuttavia, nessuna linea di condotta può consentire la realizzazione di tutti i beni di base e tutte le possibili istanze sottese a quei beni, la realizzazione umana integrale è soltanto un ideale il cui scopo è quello di ordinare la volontà verso la migliore esemplificazione possibile dei beni di base.

3. Uno sguardo critico sulla teoria neoclassica

Nei capitoli precedenti, abbiamo tracciato le linee essenziali della nuova teoria del diritto naturale proposta da Finnis e Grisez. In particolare, seguendo la traiettoria di sviluppo della loro riflessione, abbiamo visto intanto come sia possibile scoprire una serie di *beni di base* muovendo dalle ragioni concrete che fondano l'agire dell'uomo e poi come le modalità di conoscenza di tali beni siano risultate incompatibili con l'impostazione teorica classica, cha le fa derivare dai fatti riguardanti la natura umana. Abbiamo anche mostrato come Finnis e Grisez argomentino a favore tanto dell'assenza di una gerarchia oggettiva dei beni di base – a partire dalla riscontrata incommensurabilità degli stessi – quanto dell'esistenza di un criterio di liceità morale fondato sulla conformità dell'atto ai principi della ragion pratica, piuttosto che alle norme dedotte dalla legge naturale. Infine, si è visto che come la messa a punto del primo principio della ragione pratica li abbia costretti a postulare l'esistenza di ulteriori principi morali, utili a distinguere tra atti morali e atti immorali. Ma ciò che pare aver creato maggiori difficoltà, nella complessa opera di reinterpretazione dell'etica classica proposta dai neoclassici, è la loro decisa negazione del concetto di fine ultimo.

Tommaso dal canto suo riconosce espressamente come «*sia necessario che sia* unico *l'oggetto verso cui tende la volontà come al suo ultimo fine*»[59], ovvero, come non ci possano essere più fini ultimi dell'agire umano, aventi tutti pari dignità e come tali incommensurabili e irriducibili gli agli altri. In tale ultimo caso, infatti, sarebbe impossibile operare una scelta tra fini che fra loro non possono essere paragonati. Sappiamo invece che le scelte dell'uomo poggiano tutte su un unico motivo (il bene) e quindi tendono tutte a questo unico fine: «*È necessario che l'uomo desideri in vista dell'ultimo fine tutto ciò che desidera*»[60]. Quindi *non si può non postulare* l'esistenza di

[58] Cfr. G.G. GRISEZ, J.M. BOYLE, J. M. FINNIS, *Practical Principles, Moral Truth, and Ultimate Ends*, *op. cit.*, p. 131.
[59] TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae,* PS 1^5.
[60] *Ibidem,* PS 1^6.

un unico fine ultimo e questo è dall'Aquinate identificato con il bene: «*L'espressione "il bene è ciò verso cui tutte le cose tendono" non va intesa nel senso che tutte le cose tendono verso ciascun bene, ma nel senso che ha natura di bene qualsiasi cosa verso cui si tenda*»[61]. Al pari di ogni altro essere vivente, l'uomo agisce per il bene e lo fa secondo la forma sua propria. E siccome la forma dell'uomo è la razionalità, i suoi atti sono umani in quanto conformi alla ragione. Ciò comporta che, mentre il fine verso cui tende l'*appetitus irrationalis* degli animali e delle piante è determinato dalla natura, nell'uomo il fine è determinato dal lui stesso, nel senso che egli ha la facoltà non solo di conoscere il fine, cosa che fa per mezzo della ragione, ma anche di industriarsi per conseguirlo, cosa che fa per mezzo della volontà.

Ma, per proporsi il bene come fine, egli deve conoscerlo. Come ottiene tale conoscenza? Ebbene, osservando l'agire dell'uomo nella vita reale, ci avvediamo del fatto che egli si propone dei fini che in realtà sono mezzi per conseguire altri fini. Da tale analisi risulta esistere dunque un fine ultimo, che non è mai mezzo di un fine ulteriore, identificato con il *bene supremo*, consistente nella felicità, conseguendo il quale l'uomo non è portato a desiderare altro. Perché l'uomo si formi il concetto di *bene supremo* il suo intelletto non deve far altro che unificare in un concetto unico tutti quei beni considerati come mezzi e che trovano in una tendenza unitaria il loro elemento unificante. E così il bene supremo, la felicità, deve essere uno stato perfetto, stando nel quale l'uomo non desidera più nulla, come accade quando le sue tendenze sono in quiete per aver tutte conseguito l'oggetto loro proprio. Ebbene, questo stato, non può essere dato che da Dio solo, che è il fine verso il quale tutta la natura umana spontaneamente tende: «*Dio è precisamente l'ultimo fine dell'uomo*»[62], in quanto «*l'uomo per natura è ordinato a Dio come a suo fine*»[63] ultimo. La partecipazione a questo fine ultimo che è Dio genera la felicita somma. Dunque, mentre per Tommaso esiste un fine ultimo identificabile con Dio, per gli esponenti della Scuola Neoclassica non esiste, come visto, un solo fine, ma più fini, tra loro ugualmente importanti, e pertanto incommensurabili ed irriducibili. Dio, cioè, può per essi rappresentare un fine unico nel campo della fede, ma non in quello morale.

---

[61] *Ibidem.*
[62] *Ibidem*, PS, 2^8.
[63] TOMMASO D'AQUINO, *La Somma contro i Gentili*, , Bologna, 2001, III, c. 129.

La perfetta commensurabilità dei beni e l'esistenza di un ordine gerarchico tra essi si danno anche all'interno della teoria neoclassica, sebbene su un piano puramente soggettivo. Ciò vuol dire che, per Finnis e Grisez, nella gerarchia di beni stabilita da un agente morale, i beni fondamentali non sono i fini veramente ultimi delle sue scelte, esistendo comunque un fine ulteriore ed ultimo, soggettivamente individuato (per esempio, l'importanza assegnata al bene della conoscenza), che assurge a causa prima nell'azione pratica e a fonte primigenia delle norme morali.

A questo preliminare punto di critica della teoria neoclassica, se ne aggiungono ancora due. Se i beni morali sono buone ragioni per agire, è possibile individuare in Dio, bene supremo e fonte della felicità piena, la migliore ragione pratica all'azione in assoluto, con ciò superando definitivamente l'assunto della piena uguaglianza valoriale dei beni fondamentali postulata da Grisez e Finnis e dunque l'asserita irriducibilità ed incommensurabilità degli stessi. Infine, la rilevanza di Dio come fine supremo ed ultimo dell'agire pratico può essere affermata anche sul piano speculativo, allorché si individua in esso la "causa in-causata", il principio primo generatore del tutto, principio che si avvicina assai al concetto di "motore immobile" di ascendenza aristotelica.

Perplessità ha generato anche la posizione teorica dei Neoclassici in ordine al fondamento della legge naturale. Sappiamo che la legge naturale era così definita da S. Tommaso: «Lex naturalis nihil aliud est quam participatio legis aeternae in rationali creatura – *La legge naturale non è altro che la partecipazione della legge eterna nella creatura razionale*»[64]. Poco prima, sulla scorta del Salmo n. 4, aveva dato una definizione ulteriore: «*[Lex naturalis] nihil aliud [est] quam impressio divini luminis in nobis* – La legge naturale altro non è che l'impronta del lume divino in noi»[65]. Tale impronta, dal punto di vista morale, altro non è se non la capacità che ha l'uomo di distinguere il bene dal male. Dire che una cosa è buona o cattiva è misurarla dal punto di vista della sua qualità morale. Ebbene, la legge è esattamente la misura dell'atto che è essa chiamata a regolare. Ma quando la ragione (*pratica*, in quanto ha per oggetto l'agire) *misura* un determinato atto, lo fa in base a un principio, che è anche il prescelto fine di ogni atto umano.

[64] *Ibidem*, PS, 91^2.
[65] *Ibidem.*

L'ultimo fine degli atti umani o è, nell'ordine spirituale, Dio, o è, nell'ordine temporale, il bene comune, consistente nell'insieme delle condizioni occasionanti la pacifica convivenza dei consociati. Solo Dio e il bene comune, dunque, possono avere, ciascuno nel proprio ordine, natura di *ultimo fine,* sebbene il vero e proprio ultimo bene sia Dio, giacché non si possono dare due fini ultimi. Comunque, entrambi hanno natura di bene e quindi, come tali, originano la trasformazione del giudizio della ragione teoretica in comando della ragione pratica: «*La ragione, cioè, dopo aver giudicato buono un atto, in quanto per mezzo di esso si giunge al bene, verso cui tende per natura l'appetito intellettuale, qual è la volontà, lo prescrive, passando così dalla forma indicativa alla forma prescrittiva, come se dicesse: "Quest'atto è buono; dunque, quest'atto è da farsi"*»[66]. Detto diversamente, chiamando Dio all'esistenza le creature tutte, ne ha "codificato" l'essere per mezzo della legge eterna, così, come esse partecipano all'essere divino a motivo del loro essere creature, così parimenti partecipano alla legge eterna a motivo del fatto che la regola teleologica del loro agire è impressa nella loro natura. L'aspetto finalistico è cioè insito nell'ente creato, a significare che la natura di un essere è l'*ordo* voluto da Dio per quella creatura.

La creatura umana, in particolare, partecipa della legge eterna per mezzo della ragione e per mezzo di essa la conosce, ovvero, «*poiché l'uomo non è capace di conoscere perfettamente la natura divina, non è capace nemmeno di conoscere perfettamente la legge eterna, che coincide con tale natura a causa della semplicità di Dio. Egli non può che conoscerla nei soli princìpi, così come nei soli princìpi conosce la scienza divina. E come dai princìpi speculativi deriva tutte le conclusioni delle scienze, così dai princìpi della legge eterna deriva tutte le sue infinite applicazioni, che da essa trae via via nei vari tempi e nei vari luoghi, per definire ciò che è il bene particolare in un particolare tempo, in un particolare luogo e in una particolare circostanza*»[67]. E siffatto bene particolare è tale perché razionale, ovvero, confacente alla natura propriamente razionale dell'uomo.

Orbene, se la natura dell'uomo è razionale, e dato che la natura è principio di ogni *inclinatio,* ognuna di esse sarà necessariamente razionale, in uno con i fini a cui essa è rivolta. Ma il giudizio di moralità in ordine a tali inclinazioni è sempre offerto *per*

---

[66] F. FIORENTINO, *Attualità di S. Tommaso, op. cit.*, p. 271.
[67] *Ibidem*, p. 273.

relationem dalla ragione. La pietra di paragone ultima, per verificare se una inclinazione è o no conforme agli scopi indicati dalla natura, sarà sempre data dalla ragione. Se e solo se l'inclinazione è confacente alla ragione, il giudizio in ordine ad essa sarà positivo, perché in accordo alla natura appunto razionale dell'uomo. Ecco spiegato anche il significato che il Dottore Angelico attribuisce allo stesso termine "legge", la quale è, appunto, *rationis ordinatio*, un ordinamento razionale ad un fine.

Il principale elemento di critica, nei confronti della teoria neoclassica, è allora rappresentato dalla marginalizzazione in essa operata del ruolo di Dio, che trova una sua collocazione solo nell'ambito dei beni fondamentali, in quanto elemento imprescindibile per conseguire il fine della piena fioritura umana, ma che in nessun modo è pensato dai neoclassici come Bene Sommo, avendo piuttosto un'importanza del tutto pari a quella riservata agli altri *basic goods*. Del resto, Finnis lo ammette candidamente quando afferma che: «*Questo libro* [Legge naturale e diritti naturali, n.d.a.] *offre un disegno piuttosto elaborato di una teoria della legge naturale senza bisogno di riferirsi alla questione dell'esistenza o natura o volontà di Dio*»[68]. Dunque, l'esito a cui giungono i teorici della Scuola Neoclassica sono gli stessi cui è approdato nei secoli il giusnaturalismo moderno, anche se le strade percorse dai primi sono quelle dell'empirismo e della meta-etica di ispirazione analitica.

A parte la contraddizione in termini di voler assurgere ad interpreti autentici del pensiero tomista elaborando una teoria della legge naturale che fa completamente a meno dell'orizzonte metafisico, il problema maggiore di una simile impostazione teorica sta nel carattere ultimamente auto-*nomo* della *practical reason*. Eppure, quest'ultimo è un assunto irrinunciabile per i Neoclassici. Diversamente, ammettendo cioè il carattere eteronomo della morale, in quanto ancorata nella legge eterna identificata con Dio stesso, nel quale atto e potenza necessariamente coincidono, si avrebbe una normazione morale teocentrica, nella quale la persona appare "in balia" della volontà divina e non giunge mai a quel processo di maturazione esistenziale che lo porterà ad essere soggetto-autore dei propri atti e del giudizio assiologico su questi. Inoltre, i beni fondamentali, risulterebbero tali in forza dell'importanza loro data dall'essere in relazione con Dio, piuttosto che in forza del valore ontologico loro proprio. Conclusioni, queste ultime, assolutamente non accettabili dai teorici della Scuola Neoclassica.

[68] J. M. FINNIS, *Legge naturale e diritti naturali*, *op. cit*., p. 52.

Un ulteriore fonte di perplessità è poi dato dal differente ruolo attribuito alla ragione in Tommaso e nei Neoclassici. Nel primo, la nozione stessa di legge è costitutivamente ed essenzialmente legata a quella di legge, che secondo Tommaso, è «aliquid pertinens ad rationem – *qualcosa che appartiene alla ragione*»[69]. Che la legge sia qualcosa di appartenente essenzialmente alla ragione è dovuto al fatto che il suo significato precipuo ha a che fare con l'idea di ordinare e, sappiamo, non si può ordinare se non per mezzo di imperativi, come fa il comandante dell'esercito, e come fa anche la ragione divina nell'universo: «*Se, infatti, l'ordine ha la sua causa nella ragione, è evidente che tale ordine non può non essere dovuto materialmente (ossia quanto all'esistenza) che alla volontà divina e formalmente (ossia quanto alla sua essenza) che all'intelligenza divina, dato che, nei confronti della ragione umana, tale ordine è* dato *ad essa e* non fatto *da essa*»[70]. Orbene per i Neoclassici, la ragione pratica si limita semplicemente a riconosce l'esistenza di alcuni beni fondamentali e di alcuni criteri d'azione chiamati principi intermedi, ma svolge una funzione meramente dichiarativa, giammai costitutiva, tesa a pronunciare non un *giudizio* di evidenza, ma un mero *asserto* di evidenza.

Vi è un ulteriore, decisivo, nodo teorico nell'impostazione neoclassica che deve essere portato all'attenzione e che riguarda proprio il principio-criterio di evidenza. Abbiamo più volte appurato come l'osservazione empirica dell'agire esperienziale dell'uomo consenta l'emersione di una serie di inclinazioni naturali che assurgono a beni fondamentali nella costruzione etica neoclassica. L'evidenza della prassi rivela il contenuto normativo delle inclinazioni alla ragione pratica. La conoscenza pratica di un'inclinazione, che indica i beni di base, disvela il valore di essa, ma così si assiste al passaggio inopinato dall'essere di tali inclinazioni, al dover essere del valore moralmente orientante riconosciuto ad esse, violando patentemente la Legge di Hume. Alla domanda, cioè, sul perché la ragione pratica, nello sperimentare le inclinazioni naturali, giudichi moralmente buoni i beni di base, la risposta dei Neoclassici si limita a richiamare l'autoevidenza di tale pretesa verità, incorrendo dunque, in una petizione di principio. Il piano gnoseologico dell'evidenza riscontrata in ordine a tali inclinazioni, si confonde con quello assiologico implicante il giudizio sulla loro moralità.

---

[69] TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae,* PS 90^{1}.

[70] F. FIORENTINO, *Attualità di S. Tommaso, op. cit*., p. 264.

Non è chi non veda come l'origine di tali problemi sia da rinvenirsi nelle scelte metodologiche, e dunque ultimamente epistemologiche, di fondo dei Neoclassici, che hanno inopinatamente creduto di poter fondare l'etica sul dato fattuale-empirico, rifiutando qualsiasi concessione tanto alla metafisica quanto all'ontologia e anzi facendo una professione di fede inconcussa sul solo criterio della verificabilità psico-sociologica di quei dati fattuali emergenti dall'analisi dell'esperienza, dati che, ancorché colti nella forma di beni orientanti le inclinazioni umane, sono assurti a fondamenti di tutto l'edificio teorico moral-filosofico neoclassico, edificio, però, le cui basi paiono tutt'altro che al riparo da criticità.

Una metodologia dell'etica realmente ispirata all'impostazione del realismo classico aristotelico-tomista, infatti, domanderebbe *in primis* una rivalutazione radicale dell'intelletto – leggasi ragione – teoretico, la cui posizione, nell'ambito della teorizzazione neoclassica appare invece decisamente marginale, per non dire irrilevante del tutto. È invece l'intelletto che coglie ciò che è bene fare in dato momento, «*ma non potendo costringere con il suo comando la volontà, traduce il proprio comando nella formula:* Tu *devi e il comando diventa così norma, nella quale l'intelletto* dictat *(*dice, *non costringe) alla volontà quale, tra le due alternative contrapposte, è quella moralmente buona*»[71]. Il secondo *step* è quello che segna il passaggio dal dover essere del comando dell'intelletto teoretico, all'essere dell'agire dell'intelletto pratico. Tuttavia, può accadere che tale passaggio non si effettui, allorquando l'uomo si ferma al solo dato fenomenico dell'*essere*, colto dai sensi, da cui non è possibile ricavare nessun *dover essere* e, per conseguenza, nessuna norma per la volontà.

Dunque, in ogni atto umano, vi deve essere sempre qualcosa che promana dall'intelletto e altro che promana dalla volontà. È l'intelletto, ad esempio, che «*riesce a cogliere la differenza esistente tra camminare e parlare. E, nel coglierla, giudica se, in un dato momento, è bene fare una cosa o l'altra. Non è la volontà a decidere ciò che è bene in un dato momento. Essa, dopo che l'intelletto ha giudicato buono un atto, ha solo il potere di porlo o di non porlo. […] La volontà, invece, ha per oggetto il bene, che per*

[71] *Ibidem*, p. 50.

altro non costituisce; ma si limita solo a comandare alle altre facoltà di fare proprio quel bene che l'intelletto ha giudicato essere tale»[72].

Ma laddove la volontà si ribellasse all'intelletto, potrebbe comandare di fare non ciò che è bene secondo quest'ultimo, ma ciò che contravviene alle indicazioni da esso fornite. Per questa ragione, l'agire perfettamente razionale e l'agire perfettamente morale dell'uomo coincidono nell'epistemologia aristotelico-tomista. In questo senso, secondo Aristotele, la misura della verità etica è l'uomo virtuoso[73], giacché solo in questi la volontà lascia che l'intelletto e la ragione si muovano secondo le regole loro proprie, giudicando vero ciò che è realmente vero e bene ciò che è realmente bene. L'uomo virtuoso di Aristotele è l'uomo che è riuscito a purificare la ragione dall'invadente potere delle passioni e ad allineare del tutto le deliberazioni della volontà ai giudizi dell'intelletto. Nessuna costruzione teorica in etica, né alcuna deliberazione morale nell'agire dell'uomo sarebbero dunque pensabili in assenza di un ruolo determinate che va riconosciuto, oltre che alla volontà, all'intelletto teoretico e speculativo, la cui attività precede necessariamente quella della o ragione pratica, la quale dunque, a differenza di quanto sostenuto dai Neoclassici, non può rivendicare alcun grado di autonomia e meno che mai di autoreferenzialità.

Vi è un ultimo appunto critico da muovere agli esponenti della Scuola Neoclassica. Sappiamo che per Aristotele, la natura indica *ciò che le cose presentano nel maggior numero dei casi e per il maggior tempo*. Muovendo dunque da un elemento quantitativo, colto dai sensi, attraverso la presenza costante di certe qualità che accompagnano le cose, si giunge ad una valutazione qualitativa grazie ad un'operazione astrattiva dell'intelletto, capace appunto di capire che quei dati quantitativi che accompagnano la cosa *costantemente*, non possono non essere interpretati se non come delle qualità inerenti alla *natura* essenziale della cosa stessa e ad essa, quindi, necessariamente congiunti: «*Dopo che l'intelletto ripete più volte queste stesse operazioni relativamente a varie cose e conclude sempre con la definizione della loro natura, riflettendo su tutte queste operazioni, astrae successivamente da esse il concetto (e la definizione) di essenza*»[74], o, diremmo di natura. Dunque, l'intelletto teoretico non si limita a conoscere come una

[72] *Ibidem*, p. 51.
[73] ARISTOTELE, *Ethica Nicomachea*, 1114a, p. 32 ss.
[74] F. FIORENTINO, *Attualità di S. Tommaso, op. cit.*, p. 40.

certa cosa *è* in quel momento preciso del suo sviluppo, ma confrontandola con le altre della stessa natura, che si trovano ad uno stadio di perfezione più avanzato, riesce a cogliere anche ciò che quella determinata cosa *sarà*.

Orbene, ammettere un'ontologia della natura, come sostrato teleologico orientante normativamente l'agire umano, non è negare la libertà, come sostengono i Neoclassici, dacché la morale naturale non contraddice la libertà, essendo piuttosto la pre-condizione necessaria – ecco il *dovere* etico – al suo pieno dispiegamento. Infatti obbedendo all'orientamento naturale verso il bene l'uomo non sottomette la sua volontà all'arbitrio di un terzo, ma alla legge promulgata dalla sua stessa ragione e dunque, in ultima analisi, a ciò che più intimamente ed autenticamente lo qualifica come uomo. Procedendo lungo questa linea argomentativa, si può altresì aggiungere che tutte le conoscenze dell'intelletto teoretico, pervenendo all'intelletto pratico, entrano in una prospettiva che non è più quella del conoscere, ma dell'agire: «*E così tutte quelle conoscenze, che prima erano considerate lungo la catena dei legami della causalità efficiente, che è il punto di vista dell'intelletto teoretico, ora sono considerate lungo la catena dei legami della causalità finale, che è il punto di vista dell'intelletto pratico. La differenza esistente tra le due prospettive è la seguente: i legami della causalità efficiente sono già costituiti, quelli della causalità finale sono ancora da istituire mediante le libere scelte della volontà*»[75].

Il passaggio dal piano descrittivo della natura a quello prescritto dell'etica induce a guardare alle cose non più in funzione di ciò che sono state, sono o saranno, bensì, teleologicamente in funzione cioè di ciò che saranno a causa delle libere scelte della volontà: «*Da una premessa descrittiva di tipo* teleologico*, la quale esprime un essere che è insieme un dover essere, è perfettamente legittimo, anche da un punto di vista logico, dedurre una conclusione prescrittiva o normativa, fondando in tal modo l'etica e la politica su una conoscenza o su un'indagine razionale*»[76].

Il fondamento dell'etica è nella conoscenza intellettiva, teoretica, speculativa, dacché ciò verso cui le cose tendono è la pienezza della loro essenza o forma, conoscibile solo per mezzo di tale intelletto. L'intelletto pratico, infatti, non istituisce la nozione di bene

[75] *Ibidem*, p. 43.
[76] E. BERTI, *Le vie della ragione*, Bologna, 1987, p. 63 ss.

a priori, indipendentemente da ogni esperienza, come sosterrà Kant, e neppure *a posteriori* come sostenevano i Neoclassici, a partire, cioè, proprio dalle inclinazioni registrate nell'esperienza dell'agire umano, dal momento che, come detto, è l'intelletto teoretico ad istituirla preliminarmente *a posteriori*, ossia attraverso un metodo di tipo analitico-induttivo. Questa la ragione per la quale, il giudizio morale, che riguarda la conoscenza del bene e del male, prerogativa dell'intelletto pratico, non può che fondarsi sulla conoscenza teoretica, che riguarda la conoscenza del vero e del falso, prerogativa dell'intelletto speculativo. Il bene e il male, infatti, si riferiscono alla causa finale, di competenza della ragione pratica, e non alla causa efficiente, oggetto dell'intelletto speculativo. Ma è quest'ultimo a suggerire al primo cosa è bene e cosa no, mettendo il secondo nella possibilità di operare nel concreto, attraverso le scelte libere della volontà.

Abstract

ANTONIO CASCIANO, La teoria del diritto naturale di John Finnis alla luce dell'onto-epistemologia aristotelico-tomista

La maggior parte delle controversie contemporanee in materia di diritto naturale hanno ricevuto attenzione da parte dei rappresentanti della scuola neoclassica. Questo scritto presenta l'autore che si è avvicinato di più agli aspetti politico-legali relativi al tema, cioè John Finnis, la cui opera principale, pubblicata nel 1980 col titolo "Legge naturale e diritti naturali", elabora un'interessante teoria su alcuni aspetti legati alla teoria classica del diritto naturale, ovvero: i beni fondamentali e le loro caratteristiche; i rapporti con la legge di Hume; i requisiti di base della ragionevolezza pratica; le dinamiche dell'azione morale. L'esame di questi nodi teorici segue la descrizione della nascita del tomismo analitico e, al suo interno, quella della Scuola neoclassica, a partire dall'eredità della filosofia analitica di matrice anglosassone.

Parole chiave: legge naturale, beni fondamentali, Scuola neoclassica, filosofia analitica, ragione pratica, etica naturale, valori fondamentali, Natura umana, ontologia naturale.

ANTONIO CASCIANO, John Finnis's theory of natural law in the light of the Aristothelic-Tomist onto-epistemology

Most of the contemporary controversies concerning natural law have received attention from representatives of the neoclassical school. This paper presents the author who came closest to the political-legal aspects of the subject, namely John Finnis, whose main work, published in 1980 under the title "Natural law and natural rights", elaborates an interesting theory on some aspects related to the classical theory of natural law, namely: fundamental goods and their characteristics; relations with Hume's law; the basic requirements of practical reasonableness; the dynamics of moral action. The examination of these theoretical issues follows the description of the birth of analytic Thomism and, within it, that of the neoclassical school, starting from the legacy of the analytical philosophy of Anglo-Saxon matrix.

Key words: Natural law, basic goods, Neoclassical School, analytical philosophy, practical reason, natural ethics, core values, Human nature, natural ontology.

SEZIONE DOCUMENTI

Proposte emendative formalmente presentate dal Governo al disegno di legge C. 2435 Governo recante "Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti d'appello" (Riforma Bonafede-Cartabia)

*****

Si riporta il testo della relazione di Alfredo Mantovano[*]*, depositata in seguito all'audizione informale in Commissione Giustizia alla Camera dei Deputati del 16 luglio 2021.*

Indice

1. Gli elementi positivi
2. Le novità che tali non sono
3. Le novità pericolose. 3.1. I criteri di priorità per i Procuratori della Repubblica. 3.2. Le deroghe alla immutabilità del giudice. 3.3. L'improcedibilità in appello (e in Cassazione).
4. La fuga dalla sanzione, senza garanzie di effettività
5. Quello che manca
6. L'inutile 'ufficio del processo'
7. Per concludere

Sig. Presidente, On. Deputati,

l'intervento del Governo enfaticamente presentato come 'riforma Cartabia', è in realtà emendantivo rispetto al d.d.l. AC 2435, c.d. 'riforma Bonafede', e quindi è più correttamente definibile 'Bonafede-Cartabia'. Contiene elementi senza dubbio positivi, altri ripetitivi di disposizioni già vigenti ma non compiutamente applicate, altri che

[*] Consigliere alla Corte di Cassazione

sollecitano perplessità, mentre continuano a mancare, o a essere carenti, le modifiche normative e organizzative che in tanti da tempo reclamano come necessarie e indilazionabili. Mantiene il tratto di disegno di legge delega, e per l'esercizio di quest'ultima prevede un termine di un anno dalla data di entrata in vigore della legge.

1. Gli elementi positivi

I profili che meritano apprezzamento nella 'riforma Cartabia' sono quelli contenuti:

- all'art. 2, con l'estensione della delega per il processo penale telematico. La condizione per il suo corretto funzionamento è che sia sostenuta da un finanziamento adeguato: sono ben noti i problemi che incontra la DGSIA, l'apposita direzione del Ministero della Giustizia, risolvibili con investimenti che superino blocchi e rallentamenti, soprattutto per il maggior carico di adempimenti che le nuove norme prospettano. La circostanza che, se pure in termini generali, l'art. 16 bis preveda il 'piano per la transizione digitale della amministrazione della giustizia', anche 'al fine di garantire (…) l'adeguata dotazione tecnologica dei servizi tecnici e informatici del ministero' sembra assicurare che il sostegno non mancherà. Potrebbe essere utile già nella delega precisare che la digitalizzazione dei processi deve includere il giudizio di fronte ai giudici di pace - ambito minore quanto all'importanza dei giudizi, ma rilevante per numero e per interesse sociale -, e la completa digitalizzazione delle cancellerie e degli UNEP. L'esperienza del lockdown è stata emblematica in proposito: in molti casi, i giudici collegati da remoto erano in condizione di svolgere le attività decisionali, mentre non avevano i supporti di segretaria per il caricamento o lo scaricamento degli atti dai fascicoli telematici da parte del personale in smart working;
- agli art. 2 bis e 2 ter, che puntano a razionalizzare le notificazioni e il sistema del processo 'in assenza', a fronte della sovrapposizione negli ultimi anni di norme e di orientamenti giurisprudenziali, pur se va fatta attenzione a non assegnare per intero al difensore un compito che spetta all'ufficio giudiziario che dà impulso al processo;
- all'art. 7, quanto alla nuova e più stringente disciplina della elezione di domicilio ai fini delle impugnazioni;
- all'11, quanto alla garanzia costituita dall'opposizione alla perquisizione, allorché quest'ultima non sia seguita da sequestro, in coerenza con la Convenzione EDU, e in

particolare con quanto sancito dalla Corte di Strasburgo, con sentenza del 27 settembre 2018 (Brazzi *v.* Italia).

2. Le novità che tali non sono

La *ratio*, più volte espressa, della riforma è puntare all'abbattimento dei tempi del processo penale, come richiesto dal *Recovery plan*. Il filo conduttore del blocco di emendamenti riassumibile in tale voce è però l'introduzione di norme, soprattutto procedurali, nelle quali si confida per superare difficoltà finora - e da decenni - incontrate dal ministero e dai capi degli uffici giudiziari, piuttosto che l'impostazione di una azione di governo per dare applicazione a disposizioni già esistenti, come sarebbe stato preferibile.

Emblematico di questa sovrapposizione è l'art. 9 della riforma, che contiene la delega ad adottare decreti legislativi per "a) razionalizzare e semplificare il procedimento di esecuzione delle pene pecuniarie; b) rivedere, secondo criteri di equità, efficienza ed effettività, i meccanismi e la procedura di conversione della pena pecuniaria in caso di mancato pagamento per insolvenza o insolvibilità del condannato; c) prevedere procedure amministrative efficaci, che assicurino l'effettiva riscossione e conversione della pena pecuniaria in caso di mancato pagamento".

Questa delega per un verso è generica, per altro verso ribadisce quanto già previsto. Non mancano infatti specifiche disposizioni per dare esecuzione alle sanzioni pecuniarie: andrebbero identificate per ragioni per le quali non le si applica; una delle più ricorrenti è l'insufficienza del personale a ciò dedicato. Introdurre norme che nuove non sono - questo spiega perché la delega si tenga così 'larga' - senza una seria riorganizzazione del settore interessato non fa prevedere passi in avanti.

Altrettanto ripetitivo di disposizioni già esistenti è l'art. 3, con la disciplina del termine di durata delle indagini preliminari. La riforma prevede che:

- per le contravvenzioni il termine è di 6 mesi, prorogabile una sola volta di 6 mesi. Attualmente per le contravvenzioni il termine di durata è 6 mesi, prorogabili fino ad un totale di 18 mesi: quindi resta invariato il termine ordinario, e viene abbreviato quello massimo, che passa da 18 a 12 mesi;
- per i delitti indicati nell'articolo 407 co. 2 lettera a) cod. proc. pen. il termine di durata ordinaria passa dagli attuali 12 ai 18 mesi. Il termine di durata massima resta

tuttavia invariato: 24 mesi nella normativa vigente e 24 mesi in base alla riforma, che consente una sola proroga di 6 mesi; per i casi di cui all'articolo 407 co. 2 lett. b) e c) il termine ordinario passa da 6 mesi a 18 mesi; resta invariato il termine massimo di 24 mesi (nella normativa vigente consentite proroghe fino a 24 mesi, nella riforma una sola proroga di 6 mesi);

- per tutti gli altri reati il termine è di 12 mesi, prorogabili fino al massimo 18 mesi; attualmente il termine è di 6 mesi prorogabili fino ad un massimo di 18 mesi (tranne alcuni specifici delitti): quindi il termine resta invariato.

In sintesi, le novità sono veramente minime, e quindi prive di incidenza.

La medesima ripetitività connota la disposizione di cui all'art. 7 co. 1 lett. h bis): «*l'inammissibilità dell'appello per mancanza di specificità dei motivi quando nell'atto manchi la puntuale ed esplicita enunciazione dei rilievi critici rispetto alle ragioni di fatto e di diritto espresse nel provvedimento impugnato*». Qual è la differenza rispetto al vigente art. 581 cod. proc. pen., come modificato dalla legge n. 103 del 23/06/2017, che - a proposito dell'impugnazione, e quindi in particolare dell'atto di appello - parla di «*enunciazione specifica, a pena di inammissibilità (…) dei motivi, con l'indicazione delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta*»?

3. Le novità pericolose

Gli art. 3 (per la parte riguardante i termini delle indagini) e 9 tutto sommato non aggiungono e non tolgono nulla. Ci sono invece disposizioni che, nonostante le migliori intenzioni, appaiono problematiche, e rischiano di allontanare dai principi fondamentali del processo penale.

3.1. I criteri di priorità per i Procuratori della Repubblica

L'art. 3 co. 1 lett. h) delega il Governo a «*prevedere che gli uffici del pubblico ministero (…) nell'ambito dei criteri generali indicati con legge del Parlamento, individuino criteri di priorità trasparenti e predeterminati, da indicare nei progetti organizzativi delle procure della Repubblica, al fine di selezionare le notizie di reato da trattare con precedenza rispetto alle altre, tenendo conto anche del numero degli affari da trattare e* dell'utilizzo *efficiente delle risorse disponibili*».

La ‘riforma Bonafede-Cartabia’ ratifica così il potere ‘normativo’ dei Capi delle Procure, preferendo delegare a questi ultimi di stabilire quali reati non saranno perseguiti. Nel diritto romano l’editto pretorio era l’atto con cui un magistrato munito di *imperium* dichiarava pubblicamente i criteri cui era ispirata la sua attività di governo: un potere normativo riconosciuto e non usurpato, e assai poco compatibile col principio della separazione dei poteri che caratterizzerà le democrazie dell’epoca moderna.

Non sarebbe corretto affermare che i Capi delle Procure abbiano usurpato poteri loro non spettanti nello stabilire i cosiddetti ‘criteri di priorità’ quanto ai progetti organizzativi dei propri uffici. Già il CSM aveva provveduto a dar loro copertura normativa, sia pure di grado secondario, inquadrando tali criteri nel contesto di un sempre più ‘necessitato’ esercizio ‘ragionevole’ dell’azione penale. L’art. 3 co. 1 lett. h) porta però a compimento l’iter, ratificando con norma primaria un potere sostanzialmente legislativo, pur se con la copertura della delega del Parlamento ai Procuratori della Repubblica.

I criteri di priorità non sono un’invenzione dei Capi delle Procure. Il codice di procedura penale li prevede, all’art. 132 bis delle disposizioni di attuazione, ma con una finalità peculiare, tutta processuale. Valgono a regolare la formazione dei ruoli di udienza, vale a dire l’ordine di trattazione dei processi. Usando una metafora calcistica, tali criteri servono per elaborare il calendario degli incontri, dando la precedenza a quelli più importanti. Nell’applicazione fattane per la fase delle indagini preliminari, la funzione è però radicalmente diversa: le priorità decidono quali incontri verranno disputati e quali no. Uscendo dalla metafora, si passa da un piano processuale a uno sostanziale, poiché tali criteri funzionano nei fatti come una deroga al principio costituzionale dell’obbligatorietà dell’esercizio dell’azione penale.

La questione relativa alla determinazione dei criteri di priorità non può non essere anche e soprattutto riguardata nel suo lato per così dire oscuro, rappresentato dai procedimenti che, per l’effetto dell’“editto” dei Procuratori, vengono ad essere declassati come non prioritari; è la fetta dei procedimenti non prioritari che rappresenta la cifra della deroga al principio dell’obbligatorietà dell’azione penale.

I rilievi sono due. Il primo è una constatazione: i criteri di priorità – e soprattutto quelli di non priorità – finiscono col disegnare una giustizia penale a geografia variabile, per la quale il confine fra un circondario e un altro può significare guadagnare l’impunità per taluni reati; con quel che ne segue in termini di allocazione delle risorse da parte delle

organizzazioni criminali, da sempre interessate allo 'shopping giudiziario'. Il secondo è un interrogativo: chi ha investito i Capi delle Procure – e più in generale, i vertici degli uffici giudiziari – del compito di stabilire quale domanda di giustizia è meritevole di risposta, e quale no? È davvero un bene per il corpo sociale – e per la stessa magistratura - legittimare amnistie su base localistica? Il compito di decidere se una condotta non è più reato spetta al legislatore, perché solo quest'ultimo risponde delle scelte compiute dinanzi ai governati.

Si potrebbe obiettare che la 'riforma Bonafede-Cartabia' fornisce una risposta, allorché prevede che l'individuazione delle priorità 'trasparenti e predeterminate' avvenga dagli uffici del pubblico ministero nell'ambito di 'criteri generali' indicati dal Parlamento, ma questo fa sorgere due ulteriori perplessità. La prima riguarda il metodo: se il legislatore intende assumersi le responsabilità che la Costituzione gli assegna e che il popolo si attende, non sarebbe stato meglio e più conforme al principio dell'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale un radicale intervento di sfoltimento dell'ingestibile catalogo degli illeciti penali che affliggono gli uffici giudiziari, frutto del radicato (mal)costume di delegare al diritto penale l'etica pubblica, previo adeguato potenziamento degli uffici di prefettura e della giurisdizione civile, cui sarebbe riversato il carico delle nuove sanzioni amministrative?

La seconda perplessità attiene al merito. Che cosa si intende per 'criteri generali'? Se ci si intende limitare a ciò che non può non essere perseguito penalmente, il rischio concreto è di riproporre, in altra versione, quanto già stabilito dall'art. 132 bis disp. att. cod. proc. pen. sopra richiamato. Se poi la limitazione alle indicazioni generali vuole far salvi gli indispensabili adeguamenti alle morfologie criminali di ciascun territorio di competenza dei singoli Procuratori della Repubblica, si è al cospetto di una delega sostanzialmente in bianco, ancor più pericolosa per l'assetto istituzionale e per il principio della separazione dei poteri.

Un'ultima considerazione riguarda l'inserimento dei criteri di priorità nel complessivo disegno riformatore, per le ricadute sulle persone offese. L'accantonamento dei procedimenti non prioritari, effetto collaterale dei criteri di priorità, diventerà l'anticamera della richiesta di archiviazione perché, non essendo stata svolta alcuna attività di indagine, non vi saranno le condizioni per l'esercizio dell'azione penale, possibile solo ove vi sia una 'ragionevole previsione di condanna', come pure previsto

dalla riforma. Anche l'eventuale opposizione della persona offesa avrà poche probabilità di successo; se pure quest'ultima incontrasse un giudice che imponga al P.M. di esercitare l'azione penale, è evidente che quella domanda di giustizia andrebbe in coda ad altre che, viceversa, beneficiano di una corsia preferenziale, con danni gravi non soltanto alle vittime ma alla credibilità della giustizia.

3.2. Le deroghe alla immutabilità del giudice

È noto che gli art. 525 co. 2 e 526 co. 1 cod. proc. pen., prevedono la partecipazione alla deliberazione della sentenza dei medesimi giudicanti che hanno preso parte al dibattimento e il divieto di utilizzazione, ai fini della deliberazione, di prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento; l'art. 511 cod. proc. pen., allorché disciplina la lettura degli atti contenuti nel fascicolo del dibattimento e utilizzabili per la decisione, consente la lettura dei verbali di dichiarazioni solo dopo l'esame della persona che le ha rese, a meno che l'esame non abbia luogo. Dall'insieme di tali disposizioni deriva l'obbligo per il giudice del dibattimento di ripetere l'assunzione della prova dichiarativa ogni qual volta muti la composizione del collegio giudicante, se le parti non prestano consenso alla lettura delle dichiarazioni rese dai testimoni innanzi al precedente organo giudicante.

Fra le ragioni di allungamento dei tempi di definizione dei giudizi, oltre che di disagio per i testimoni, vi è il mutamento del giudice monocratico o, in tutto o in parte, dei componenti del collegio giudicante, che costringe alla rinnovazione della prova dichiarativa. Con la sentenza n. 132/2019 la Corte costituzionale aveva sottolineato che "la dilatazione in un ampio arco temporale dei dibattimenti crea inevitabilmente il rischio che il giudice che ha iniziato il processo si trovi nell'impossibilità di condurlo a termine, o comunque che il collegio giudicante muti la propria composizione, per le ragioni più varie".

Questo avviene nonostante il codice di rito preveda per il dibattimento le forme imposte dalla pubblicità (art. 471), dal contraddittorio (art. 466, 486, 493, 498, 516, 546), dall'immediatezza (art. 498, 525), dalla concentrazione (art. 477 e 544) e dall'oralità (art. 499, 500, 514, 526): e quindi nonostante che l'insieme di tali norme escluda intervalli di tempo tra l'assunzione delle prove in udienza, la discussione finale e la deliberazione della sentenza. A tal fine l'art. 477 co. 1 cod. proc. pen. precisa che quando non è

assolutamente possibile esaurire il dibattimento in una sola udienza, il presidente dispone che venga proseguito nel giorno seguente non festivo; il co. 2 dell'art. 477 consente la sospensione soltanto per ragioni di assoluta necessità e per un termine massimo che non oltrepassi i dieci giorni. È stata però la stessa Corte costituzionale, con la citata sentenza n. 132/2019, dopo aver precisato che dall'art. 477 cod. proc. pen. deriva che il principio di immediatezza della prova è strettamente correlato al principio di oralità, ha aggiunto che «*l'esperienza maturata in trent'anni di vita del vigente codice di procedura penale restituisce, peraltro, una realtà assai lontana dal modello ideale immaginato dal legislatore. I dibattimenti che si concludono nell'arco di un'unica udienza sono l'eccezione; mentre la regola è rappresentata da dibattimenti che si dipanano attraverso più udienze, spesso intervallate da rinvii di mesi o di anni*».

Una adeguata azione di governo potrebbe affrontare l'anomalia attraverso una interlocuzione fra ministero, CSM e capi dei distretti giudiziari, finalizzati a garantire, come è avvenuto nei primi anni di applicazione del codice di procedura penale del 1988, quando comunque i carichi giudiziari non erano di poco conto, misure organizzative perché la fissazione delle udienze dibattimentali segua scadenze ravvicinate, non di semestre in semestre, o peggio: fra le misure organizzative ben potrebbe rientrare un ricorso più diffuso all'istituto esistente dell'applicazione all'ufficio di provenienza del magistrato che abbia ottenuto, su domanda, il trasferimento ad altra sede, o ad altro incarico, al fine di esaurire la trattazione dei giudizi avviati e ancora pendenti (sempre che non si intenda introdurre la previsione che ogni tramutamento diventi operativo solo quando il magistrato richiedente abbia completato quei giudizi).

La strada percorsa dagli emendamenti del Governo è altra, poiché l'art. 5 co. 1 lett. e) stabilisce che «*nell'ipotesi di mutamento del giudice o di uno o più componenti del collegio*»:

- «*la riassunzione della prova dichiarativa già assunta" avvenga solo "su richiesta di parte*». Dunque la regola sarà quella che il giudice in diversa composizione valuti una prova dichiarativa assunta innanzi ad altri, e la deroga che il rinnovo della prova avvenga solo a richiesta di parte;
- «*quando la prova dichiarativa è stata verbalizzata tramite videoregistrazione*», «*la riassunzione della prova*» sia disposta dal diverso giudice «*solo quando lo ritenga necessario sulla base di specifiche esigenze*».

In questo secondo caso la deroga ai principi cardine del processo penale non dipende nemmeno dal consenso prestato dalla parte interessata, bensì soltanto dalla valutazione del giudice. Superfluo ricordare che l'art. 111 Cost. al co. 2 impone lo svolgimento del processo in contraddittorio «*davanti a giudice*»: 'davanti' esclude 'per video'. La valutazione del testimone, e in generale di ogni dichiarante, la sua attendibilità, la coerenza di quel che riferisce, esigono l'attenzione non solo alle parole che pronuncia, bensì pure a come le pronuncia, a quel che manifesta coi gesti, alle pause. Impongono di fermarlo e di chiedere precisazioni quando una espressione adoperata non è intellegibile, o quando una ricostruzione non appare chiara, o quando il discorso non è coerente.

Peraltro la disciplina introdotta dall'art. 5 co. 1 lett. e) rende incoerente quanto - nel medesimo comma, alla lett. a) - la riforma stabilisce, confermando una disposizione contenuta nell'originario d.d.l. Bonafede: «*quando non è possibile esaurire il dibattimento in una sola udienza (…) il giudice comunichi alle parti il calendario delle udienze per l'istruzione dibattimentale e per lo svolgimento della discussione*». Che bisogno vi sarebbe, una volta definito il calendario delle udienze, a quindi avuta certezza dell'identità del giudicante per l'intero suo svolgimento, della previsione di deroghe alla immutabilità del medesimo giudicante, se non vi fosse la convinzione che il processo durerà ben oltre i tempi prevedibili di permanenza nell'ufficio di uno o più componenti del collegio?

Dal lato del giudice, il 'video' sostitutivo del 'davanti' incrina ulteriormente quel residuo di decoro che egli ha, o dovrebbe avere, quando amministra giustizia. Ci sarà pure una ragione se da secoli l'aula d'udienza vede collocato il giudicante, singolo o collegiale, al centro, un gradino più in alto aspetto agli altri soggetti processuali, sotto una lunga veste nera: non perché sia superiore agli altri e meriti più rispetto in quanto persona, ma perché svolge la sacrale funzione di *jus dicere* nel caso concreto, quella che incide sulla carne e sulla vita dell'accusato, quella che non per caso fa definire "rito" – mutuando un termine religioso – l'iter previsto per giungere alla pronuncia. Porre davanti allo scranno in legno non una persona ma lo schermo video, privarsi del contatto umano con il dichiarante ha un costo ancora più grave della – pur grave – decisione errata che consegue a una difesa non messa nelle condizioni di bene esercitarsi, e a una istruttoria dibattimentale monca.

3.3. L'improcedibilità in appello (e in Cassazione)

Quel che prevede il nuovo art. 344 bis cod. proc. pen., introdotto dall'art. 14 bis degli emendamenti del Governo costituisce uno dei passaggi più preoccupanti della 'riforma Bonafede-Cartabia'.

La posta in gioco è la disciplina della prescrizione. Costituisce una obiettiva sconfitta per lo Stato arrivare a sentenza definitiva a molti anni di distanza dalla consumazione di reati che possono aver provocato danni ingenti alle persone offese, il cui accertamento ha richiesto fatica ed energie a causa di indagini complicate e di tre gradi di giudizio, e vedere tutto azzerato a causa dello scorrere del tempo. Sull'altro piatto della bilancia vi è l'esigenza di ogni accusato di concludere in tempi accettabili la propria posizione processuale, soprattutto se innocente.

È noto che la disciplina della prescrizione è stata notevolmente modificata con la legge n. 3 del 9/01/2019, c.d. "spazza-corrotti", entrata in vigore il 1° gennaio 2020, che ha sancito, fra l'altro, la sospensione del termine di prescrizione "dalla pronunzia della sentenza di primo grado o del decreto di condanna fino alla data di esecutività della sentenza che definisce il giudizio o della irrevocabilità del decreto di condanna".

Le riserve su una così sconvolgente riforma, peraltro intervenuta appena due anni dopo l'equilibrata modulazione del regime dell'istituto realizzata dalla legge n. 103/2017 (ministro della Giustizia Orlando), sono state sollevate sulla scorta di considerazioni obiettive:

- il 70% dei procedimenti penali che si definiscono in Italia con la prescrizione sono ancora nella fase delle indagini preliminari. Poiché la legge n. 3/2019 non incide in tale fase, essa si mostra inutile in più dei 2/3 dei casi di prescrizione e rischia di non far cogliere il dato allarmante costituito dalla discrezionalità di fatto dell'azione penale, che conduce una parte significativa delle Procure della Repubblica - come si è sottolineato al § 3.1. - a scegliere quali reati perseguire e quali no. La "spazza-corrotti" si concentra solo su quel che accade dopo la pronuncia di primo grado, che è fenomeno diverso e quantitativamente meno rilevante;
- nel restante 30% dei casi, i termini di prescrizione maturano con maggiore frequenza fra la decisione di primo grado e quella di appello, mentre in percentuale irrilevante – poco più dell'1% – in Cassazione. Secondo i dati (riferiti dal periodo 1/07/2018-30/06/2019) riportati dalla Relazione sull'amministrazione della Giustizia in

Italia del Primo Presidente della Cassazione, la durata media dei processi in appello in Italia è di 2 anni, 3 mesi e 20 giorni, e in questo grado si prescrive il 25% dei processi;

- la prescrizione ordinaria per la fascia di delitti meno gravi è di 6 anni, con incrementi significativi quando sono contestate aggravanti a effetto speciale o la recidiva qualificata, e salvo l'aumento a fronte di atti interruttivi del decorso del termine. Non vale la comparazione con altri ordinamenti perché il confronto va operato per termini omogenei, e in Europa esistono discipline processual-penalistiche fortemente diversificate, per es. quanto alla obbligatorietà dell'azione penale, o quanto a termini di prescrizione molto più contenuti di quelli italiani. Se valessero i confronti andrebbe ricordato che, a differenza di quanto accade in altre Nazioni, in Italia in caso di assoluzione lo Stato non rifonde le spese processuali sopportate dall'incolpato;

- qualsiasi richiesta difensiva che punti al mero scorrere del tempo ai fini della maturazione della prescrizione ha incontrato fino al 2020 gli opportuni rimedi della sospensione del decorso del relativo termine;

- risponde a esigenze di giustizia che l'ordinamento delimiti il tempo entro il quale il potere dello Stato si dispieghi nei confronti dell'accusato, parametrando alla gravità dei reati la misura temporale adeguata per giungere alla sanzione. Senza questo correttivo, l'accusato in attesa del giudizio vive in uno stato di precarietà perpetua, grave in sé in quanto lo rende indefinitamente "disponibile" al potere dello Stato. Ancora più grave se – come accade in virtù della legge n. 3/2019 – la sentenza di primo grado sia di assoluzione, e quindi la presunzione di non colpevolezza sia ancora più accentuata.

Tutto ciò avrebbe imposto di cancellare, o di fortemente ridimensionare, il regime della legge n. 3/2019, prima ancora che sia pienamente operativo, in attesa di valutare la ricaduta della 'riforma Orlando' del 2017. Invece gli emendamenti 'Cartabia' per un verso non incidono in modo diretto sulla 'prescrizione Bonafede', per altro verso la aggira con disposizioni processuali. Il nuovo art. 344 bis cod. proc. pen. stabilisce infatti, al co. 1, che "La mancata definizione del giudizio di appello entro il termine di due anni costituisce causa di improcedibilità dell'azione penale"; in cassazione il termine è di un anno, con possibilità di proroga al co. 4 rispettivamente di un anno e di sei mesi "nei procedimenti per i delitti di cui all'articolo 407, comma 2, lettera a)", e per i delitti contro la pubblica amministrazione, se il giudizio è complesso o vi sono molto imputati.

Non ci si sofferma sulla commistione fra un istituto di diritto sostanziale, come la prescrizione, e un istituto di natura procedurale, come quello che viene introdotto, in netto contrasto con la tradizione giuridica italiana: sarebbe interessante farlo, non soltanto sul piano dogmatico – l'azione penale è già stata esercitata in primo grado, e quel che accade in seguito rientra nell'articolazione di facoltà processuali diverse dall'esercizio dell'azione penale, quale per es. l'impugnazione –, ma anche perché per sospendere l'operatività del termine del processo in appello il co. 5 del nuovo art. 344 bis cod. proc. pen. fa riferimento all'art. 159 cod. pen., cioè alle cause di sospensione della prescrizione, quindi la confusione fra i due istituti c'è tutta, nonostante le profonde differenze sui tempi di operatività.

I primi effetti di questa nuova disciplina saranno che: a) tutti proporranno appello, anche in giudizi nei quali la condanna si è mantenuta al minimo coi benefici, poiché in non pochi distretti si confiderà sul decorso del termine biennale; b) poiché il nuovo regime di improcedibilità del processo vale per i fatti successivi al 1/01/2020, le corti presumibilmente tratteranno con priorità questi processi, nello sforzo di mantenersi nel biennio, e abbandoneranno, se non tutti, larga parte degli altri giudizi al loro destino.

Questo vuol dire che si realizzeranno nei fatti due tipologie di amnistie, ovviamente senza passare dall'iter parlamentare rafforzato di cui all'art. 79 Cost:

- la prima, più generalizzata, riguarderà larga parte dei processi per fatti antecedenti il 1/01/2020;
- la seconda, differente distretto per distretto, riguarderà quelle Corti di appello che oggi impiegano anche 5- 6 anni dal momento in cui perviene il fascicolo dal primo grado al momento della sentenza; tali sono i tempi di almeno un paio di Corti territoriali italiane, per le quali la somma dei procedimenti pendenti si avvicina alla somma dei procedimenti pendenti in tutti gli altri distretti italiani.

Senza tacere delle difficoltà interpretative: un reato come la bancarotta fraudolenta, per fare un esempio, non rientra fra le ipotesi di proroga di cui al co. 4 dell'art. 344 bis cod. proc. pen., e dunque diventa non più procedibile, pur in presenza di condanna in Tribunale, dopo due anni dalla trasmissione del fascicolo in appello. Se nel secondo grado di giudizio si rende necessario disporre una perizia, non disposta o non soddisfacente in primo grado, può essere necessario anche un anno per il suo espletamento. Il co. 5 della nuova disposizione prevede la sospensione del decorso del termine di improcedibilità per

consentire la rinnovazione istruttoria dibattimentale, ma stabilisce pure che il periodo di sospensione fra una udienza e quella successiva non debba superare i 60 giorni: che cosa accade se lo svolgimento della perizia esige un tempo più esteso? Non viene precisato.

Sarebbe stata molto più produttiva una verifica concreta delle ragioni per le quali vi è questa così marcata diversità di tempi di trattazione distretto per distretto: carenza di personale? Disorganizzazione? Che cosa? Invece si fissa questa tagliola eguale per tutti, immaginando che sia sufficiente la fissazione del biennio per far rientrare in due anni quel che finora non si è esaurito in cinque, senza operare nulla in termini di allargamento degli organici (cf. § 5) o di adozione di misure organizzative.

Il dato riguardante l'1% di prescrizioni rilevate in Cassazione, e i tempi molto contenuti di definizione dei giudizi davanti al Giudice di legittimità, non sono frutto del caso: derivano, fra l'altro, dall'istituzione - che data già qualche anno - di una sezione penale filtro, la Settima sezione, che decide in udienza non partecipata i ricorsi dai motivi con evidenza inammissibili, così contribuendo alla rapida conclusione di oltre il 40% delle pendenze. Che cosa vieta l'istituzione di analoga sezione filtro per lo meno per le Corti di appello di maggiore consistenza? Perché giungere a un tale stravolgimento sistemico, senza tentare la strada della estensione di misure organizzative già positivamente sperimentate?

È certo, per concludere sul punto, il mix prescrizione-improcebilità è un compromesso politico, non una soluzione giuridica ragionevole fondato sul necessario bilanciamento fra le varie esigenze in gioco: a fronte della palese confusione tra i piani sostanziale e processuale, sarebbe meglio il ritorno alla 'riforma Orlando', o paradossalmente lasciare inalterato il quadro attuale, in attesa di condizioni politiche migliori.

4. La fuga dalla sanzione, senza garanzie di effettività

Una parte significativa degli emendamenti 'Cartabia' punta alla decarcerizzazione attraverso misure che vanno dalla estensione della operatività della non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131 bis cod. pen.) all'incremento dei limiti sanzionatori per fruire delle pene sostitutive delle pene detentive, fra le quali il lavoro di pubblica utilità, al raccordo con i riti alternativi, al fine di sollecitarne l'attivazione. Così l'art. 9 bis contiene la previsione che «*il giudice, nel pronunciare la sentenza di condanna o la sentenza di applicazione della pena ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura*

penale, quando ritenga di dovere determinare la durata della pena detentiva entro il limite di quattro anni, possa sostituire tale pena con quelle della semilibertà o della detenzione domiciliare; quando ritenga di doverla determinare entro il limite di tre anni, possa sostituirla anche con il lavoro di pubblica utilità (…)».

Nella stessa ottica, la riforma stabilisce un più ampio utilizzo della 'messa in prova': si tratta di un istituto, introdotto dalla legge 28/04/2014 n. 67, la cui applicazione può oggi essere chiesta dall'imputato di reati puniti con pena edittale non superiore nel massimo a quattro anni, e comporta, attraverso l'affidamento al servizio sociale e il coinvolgimento nel volontariato, la prestazione di lavoro di pubblica utilità. Il processo viene sospeso e, in caso di esito positivo della prova, il reato si estingue. L'art. 9 bis stabilisce l'estensione dell'«*ambito di applicabilità della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato (…) ad ulteriori specifici reati, puniti con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a sei anni*».

Premesso che è fuor di dubbio che il sovraffollamento rappresenti il male endemico – se pure non l'unico – del sistema penitenziario italiano, va però aggiunto che, in rapporto alla popolazione residente in Italia, la popolazione carceraria è fra le più basse al mondo, in termini assoluti e percentuali. Per ridurre il sovraffollamento non esiste un solo rimedio e - ancora una volta - una sapiente azione di Governo è in grado di incidere in misura più efficace rispetto a interventi normativi:

- rendendo una buona volta pienamente operativi i trasferimenti dei detenuti cittadini di Stati extraeuropei, in primis l'Albania, ed europei, come la Romania. È un lavoro che richiede molto impegno (quel che è mancato finora in modo continuativo), ma che alla lunga permette di alleggerire gli istituti di pena italiani di quasi un terzo degli ospiti, quali sono i detenuti di nazionalità straniera ivi presenti;
- potenziando l'edilizia penitenziaria, avendo finalmente a disposizione dal Recovery le risorse per provvedervi;
- facendo funzionare le strutture penitenziarie completate, ma non rese operative a causa della scarsità di personale. Come in tutte le amministrazioni pubbliche, molti agenti della Polizia penitenziaria sono meridionali e vi è resistenza nell'allontanamento dai luoghi d'origine. Congrui incentivi economici, come quelli previsti per i magistrati nelle zone disagiate, faciliterebbero il loro impiego nelle strutture del Nord.

Linea guida degli emendamenti 'Cartabia' pare essere invece il progressivo arretramento dall'applicazione della sanzione detentiva, pur in presenza di pene edittali – nel caso della 'messa in prova' – e di pene in concreto determinate – nel caso del patteggiamento – tutt'altro che irrilevanti, quando invece andrebbero impiegate risorse economiche e umane per l'esecuzione penale inframuraria, allo scopo di mettere a disposizione degli operatori penitenziari e dei detenuti spazi adeguati per superare realmente il sovraffollamento.

Le raccomandazioni *soft law* diramate nell'ultimo decennio per le carceri italiane dal DAP-Dipartimento amministrazione penitenziaria, affinché la sorveglianza dei detenuti fosse svolta in maniera flessibile e dinamica, lasciando agli stessi ampi spazi di libertà rispetto al confinamento cellulare, non ha dato buona prova: l'indagine '*dataroom'* pubblicata il 12 luglio scorso sul Corriere della sera a firma di Milena Gabanelli e Virgilia Piccolillo attesta quanto il condivisibile intento di favorire la socialità intracarceraria sia diventato fattore di scontro e di violenza, quando la socialità non è sottoposta al pieno controllo dell'autorità competente per la corretta esecuzione della pena.

Dopo che nel 2015 una circolare del Capo del DAP aveva previsto per i detenuti, con esclusione dei soggetti al regime del 41 bis, due tipologie di custodia - chiusa, con la possibilità di trascorrere 8 ore fuori dalle celle, e aperta, fino a 14 ore - vi è stata una impennata di violenza all'interno delle carceri, passando, dal 2014 al 2020, da 387 aggressioni fisiche al personale di Polizia penitenziaria a 837, da 319 atti di violenza, minaccia o resistenza a pubblico ufficiale, a 3.577, da 1.598 colluttazioni a 3.501, per non parlare del sensibile incremento degli atti di autolesionismo, dei suicidi e dei tentati suicidi.

Non va poi dimenticato che in una Repubblica espressamente "fondata sul lavoro" (art. 1 Cost.), il momento lavorativo dovrebbe considerarsi una dimensione fondamentale per la realizzazione dei valori della Repubblica e, con essi, contribuire alla rieducazione del condannato (art. 27 Cost.). Lo svolgimento di attività lavorativa da parte dei condannati, e in particolare dei detenuti, in modo tale da garantire i loro diritti quali lavoratori, e contemporaneamente le esigenze di sicurezza pubblica, richiede nell'immediato investimenti e organizzazione.

Come documentato dall'indagine '*dataroom'* prima menzionata, «*nelle nostre carceri sono poco più di 2.000 i detenuti che hanno una occupazione regolare, mentre circa 15*

mila lavorano come (…) addetti alla lavanderia o cucina per poche ore al giorno e a giorni alterni. Tutti gli altri vengono lasciati a far niente». Ed è lo Stato che deve mettere a disposizione dei condannati i mezzi idonei per il lavoro, per la formazione professionale, per lo studio e per le varie forme di apprendimento dei mestieri, con applicazione però regolata secondo programmi operativi approvati e controllati dall'autorità esecutiva. L'autogestione della libertà senza la copertura degli spazi ove questa si esercita, con mezzi idonei affinché i detenuti impegnino positivamente la loro libertà, significa abbandonarli a una sopravvivenza chiusa al miglioramento.

Analogamente, per l'esecuzione penale extramuraria v'è l'esigenza di creare strutture organizzative statali – non di volontariato – che rendano effettiva l'esecuzione penale tramite il lavoro del condannato per fini di pubblica utilità. Ciò va fatto senza alcun retro-pensiero riveniente dall'utopia anti-penale, che si riscontra in non pochi ambienti di volontariato, secondo cui la pena, in quanto tale, sarebbe un ferro vecchio da sotterrare per sempre. L'esperienza insegna che purtroppo le cose non stanno così. L'emergenza criminale è drammaticamente presente nella società contemporanea, in qualsiasi Stato al mondo, anche, e forse soprattutto nell'Occidente immerso in una crisi di civiltà che gli ha fatto smarrire le più essenziali distinzioni tra il bene e il male.

Gli interventi di mera decarcerizzazione, senza un forte potenziamento di strutture e personale all'interno delle carceri, e senza una radicale riforma delle modalità di esecuzione extrapenale, rischiano di fomentare l'utopia anti-penale, di ridurre il perimetro della sicurezza sociale, ma non di apportare benefici in termini di reale rieducazione del condannato.

5. Quello che manca

A proposito delle carenze della 'riforma Bonafede-Cartabia' non si fa riferimento alle urgenti riforme strutturali, dalla separazione delle carriere fra P.M. e giudicanti, alla estrapolazione del giudizio disciplinare dei magistrati dal C.S.M., dall'accesso alla funzione ai criteri per nominare i capi degli uffici, pur se tali interventi, poiché attengono all'ordinamento della giustizia nel suo complesso, avrebbero effetti positivi anche sull'amministrazione della giustizia penale (sul punto cfr. il volume curato dal Centro Studi Livatino, *In vece del popolo italiano,* Edizioni Cantagalli, https://www.edizionicantagalli.com/shop/in-vece-del-popolo-italiano/).

Limitando la riflessione a quel che è orientato al funzionamento del processo penale, e quindi restando nel solco degli emendamenti proposti dal Governo, è inevitabile correlare l'intervento riformatore pervenuto in Parlamento qualche giorno fa con le previsioni contenute sul punto nel PNRR-Piano nazionale di ripresa e resilienza.

Punto di partenza è che l'organico della magistratura italiana è gravemente sottostimato rispetto alle esigenze della popolazione. Lo dimostrano i dati comparati: la Commissione per l'efficienza della giustizia presso il Consiglio d'Europa – Cepej, nel rapporto *European judicial systems. Efficiency and quality of justice*, n. 26, 2018, p. 106, rileva (con dati riferiti all'anno 2016) che in Italia sono presenti circa 10,6 giudici ogni 100.000 abitanti, cioè meno della metà della media europea (21,5) e grandemente inferiore rispetto alla mediana (17,8), comprensiva dei Paesi non membri UE (ad es. i Paesi dell'ex URSS da una parte, e dall'altra parte i Paesi di *common law*, ove il ruolo sociale del giudice è ben diverso, come dimostrato dal salario che a essi viene riconosciuto, triplo rispetto alla media, ivi, pag. 123).

Ciò si traduce in un sovraccarico di lavoro per ciascun magistrato: lo stesso rapporto, a pag. 140, evidenzia ad esempio che a ciascun P.M. in Italia sono affidati una media di ben 1.737 casi l'anno, a fronte di una media europea di 578. Il sovraccarico di lavoro determina il rallentamento nella decisione, e talora l'abbandono di fatto dei casi che non si riesce a seguire; il rapporto, a pag. 299, dimostra che a giudizio in Italia giungono pressoché esclusivamente i gravi reati, mentre le infrazioni minori, ma non per questo socialmente meno rilevanti, non giungono quasi mai a processo, con buona pace dell'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale.

In tale contesto, una riforma tesa a conferire maggiore efficienza alla giustizia penale senza in parallelo rafforzare gli organici magistratuali è fisiologicamente destinata all'insuccesso. La stessa depenalizzazione, pur necessaria per certe fattispecie, rischia di trasferire parte del carico dalla giustizia penale a uffici amministrativi inadeguati per risorse umane e strutturali, a cominciare dalle prefetture, e alla giustizia civile, competente per le impugnazioni delle ordinanze-ingiunzioni che irrogano le sanzioni amministrative, afflitta da problemi strutturali non meno gravi di quella penale. É come se, per risolvere il gran traffico di un nodo autostradale, anziché mettere in cantiere l'introduzione di una nuova corsia, si aumenti il limite di velocità, si diminuisca il tempo

di permanenza nelle piazzole di sosta e si vieti ad alcuni veicoli l'accesso all'autostrada riversandoli nella viabilità ordinaria.

Le stesse carenze strutturali riguardano il personale ausiliario, essenzialmente cancellieri e ufficiali giudiziari. Il medesimo rapporto, alla pag. 163, evidenzia come in Italia sono presenti appena 35 ausiliari ogni centomila abitanti, ossia ancora una volta circa la metà rispetto alla media europea (68,7) e comunque molti meno rispetto alla mediana europea (55,2). A fronte di ciò, il PNRR a pag. 60 ha riconosciuto che "un incremento del numero dei magistrati e degli operatori del settore giustizia costituisce un fattore indispensabile, ancorché non sufficiente, per il conseguimento degli obiettivi", ma a tal fine non contiene alcuna misura aggiuntiva rispetto a quelle ordinarie, già previste a regime a prescindere dal Piano, idonee a garantire nella sostanza l'annuale ricambio generazionale rispetto ai pensionamenti.

Il Piano ha confermato che ciò non è sufficiente «*per portare il numero di magistrati in Italia in linea con la media dei paesi europei*», ma non ha affrontato la questione. Esso lascia non ha dato conto che i numeri di incremento di magistrati che esso prospetta (600 unità) corrispondono all'ordinario innesto di nuovi magistrati che avviene in due annualità (circa 300 per anno), e che – come lo stesso Piano ricorda – il concorso bandito nel 2019 non si è tenuto causa Covid: dov'è il di più?

Considerazioni analoghe valgono per i cancellieri, il cui concorso previsto dal 2018 in avanti fa seguito alle esigenze di un ricambio generazionale ormai rimandato da anni e del tutto fisiologico. Il PNRR si è pertanto manifestato non adeguato rispetto alla prima esigenza che avrebbe dovuto essere soddisfatta per risolvere il problema del "fattore tempo" nei processi italiani, e la 'riforma Cartabia' non aggiunge alcunché.

6. L'inutile 'ufficio del processo'

Certamente non costituisce un aiuto il c.d. "ufficio per il processo", che secondo il Piano (pp. 62-64) assorbirà larga parte dei 2,3 miliardi di euro destinati al settore giustizia, ossia «*un team di personale qualificato di supporto, per agevolarlo nelle attività preparatorie del giudizio*», quali «*ricerca, studio, monitoraggio, gestione del ruolo, preparazione di bozze di provvedimenti*». Chi abbia pratica di aule giudiziarie ha ben chiaro che ciò che serve ai giudici non è tanto un ufficio di studiosi o tirocinanti cui far svolgere ricerche giurisprudenziali, o cui affidare un primo esame dei fascicoli: è potersi

concentrare personalmente su tali attività con serietà e serenità, in modo tale da emettere decisioni destinate a essere confermate negli eventuali successivi gradi di giudizio (un criterio di resistenza purtroppo attualmente estraneo ai criteri di valutazione dei magistrati).

L'"ufficio del processo" sarebbe ipotizzabile per una giustizia in ottima salute – e comunque con differente configurazione –, non per un sistema che non ha bisogno di fronzoli, bensì di sentenze certe emesse in tempi ragionevoli. Il giudice ordinario deve trattare molte questioni e confrontare costantemente i fatti con il diritto; non deve concentrarsi su poche questioni della massima importanza giuridica, spesso scisse rispetto alla ricostruzione fattuale o processuale, come avviene per i giudici costituzionali o delle corti sovranazionali, per i quali l'ufficio processuale concettualmente nasce e si manifesta come strumento appropriato.

Dietro alla scelta di non aumentare il numero dei magistrati, ma di potenziare l'ufficio per il processo, sta una surrettizia ma profonda "revisione" del ruolo del giudice che non può essere condivisa. Il giudice comune non dovrebbe trasformarsi nel supervisore dell'attività di giovani collaboratori, cui delegare tronconi della propria attività – a un componente dello staff l'istruttoria, a un altro la ricerca giuridica, a un altro ancora la scrittura della bozza del provvedimento – per poi compiere la sintesi finale. Nell'attività del giudice la riconduzione in capo a una stessa persona di tutte le fasi dell'attività decisoria – esame del fatto, applicazione del diritto al fatto, motivazione dei provvedimenti – è fondamentale per la giustizia sostanziale delle decisioni, e costituisce la base del proficuo confronto con i colleghi nei casi in cui l'ordinamento richieda la decisione collegiale.

Ciò appare evidente per la giustizia penale: compartimentalizzare le varie attività per affidarle a diverse persone, e riservare al giudice un ruolo di sintesi equivale a scollegare le fasi del sillogismo giudiziario, a comprometterne logicità e attendibilità, a complicare la percezione complessiva della causa su cui dovrebbe basarsi la pronuncia di giustizia, e in definitiva a mettere in discussione le radici del basilare principio che ispira l'attività giudiziaria, riassunto da secoli dal brocardo "*narra mihi factum dabo tibi ius*".

Di ciò lo stesso Piano sembra in qualche misura rendersi conto allorché concepisce gli "uffici per il processo" come misura straordinaria per far fronte allo smaltimento dell'arretrato, senza garanzia di stabilizzazione dei medesimi (che sarà assicurata soltanto

"se possibile", p. 63, e probabilmente non supererà il biennio di vita). Ma la crisi della giustizia in Italia è strutturale e non legata a circostanze contingenti, per cui il Piano avrebbe dovuto essere la sede per approntare misure altrettanto strutturali, ciò che invece anche sotto questo – pur inadeguato – profilo non è avvenuto. Senza dire della improcrastinabile necessità di aumentare il numero dei giudici togati anche con la soluzione dell'assorbimento graduale dei magistrati onorari, tenendo conto che nel settore, oltre ai giudicanti, opera anche un congruo numero di vice procuratori onorari.

7. Per concludere

Per quanto accurate – quelle degli emendamenti in discorso non lo sono –, le riforme dei riti non risolvono i problemi della giustizia penale se mancano giudici, uomini e infrastrutture per attuarli in modo efficiente.

La sostanza della 'riforma Bonafede-Cartabia' è che l'insieme delle disposizioni, le non poche che sopravvivono all'originario d.d.l. e le altre, modificate:

- non avviano a soluzione i problemi strutturali della giustizia penale in Italia, quali la carenza degli organici dei magistrati, degli ausiliari, e del personale penitenziario, e il sovraffollamento carcerario, con strutture obsolete;
- accentuano il ruolo 'politico' dei Procuratori della Repubblica, attraverso criteri di priorità che provocheranno la diseguale amministrazione della giustizia sul territorio nazionale;
- indeboliscono le garanzie di un giudizio concentrato e diretto, con la deroga alla immutabilità del giudice;
- confondono istituti sostanziali, come la prescrizione, con istituti processuali, come l'improcedibilità in appello e in cassazione, con prevedibile diniego di giustizia nei distretti più gravati;
- confidano nell'esecuzione penale esterna, senza dotarla di strumenti per renderla funzionale, così incrementando l'incertezza della pena, e nelle sanzioni pecuniarie, senza prevedere come recuperarle dal condannato.

Auspichiamo la più attenta riflessione del Parlamento sui profili problematici fin qui riassunti, per scongiurare che, con le risorse del PNRR destinate alla giustizia, la 'riforma Bonafede-Cartabia' non soltanto sia una importante occasione perduta, con la

destinazione dei fondi del Recovery dove non servono, ma diventi addirittura strumento per aggravare ulteriormente le condizioni dell'amministrazione della giustizia in Italia.

A.G. 175 – Schema di decreto correttivo del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza

*****

Si riporta il testo della relazione di Francesco Farri[*]*, depositata in seguito all'audizione informale in Commissione Giustizia alla Camera dei Deputati del 16 giugno 2020.*

1. Lo schema di decreto delegato in esame deve la sua corposità più alla tecnica di redazione utilizzata dal Governo che non agli effettivi contenuti innovativi e correttivi dell'impianto originario del codice.

Come evidenziato dal Consiglio di Stato in sede consultiva, infatti, «*le modifiche apportate non rispondono a un disegno nuovo o diverso rispetto alla disciplina posta dal codice del 2019 e si limitano, a seconda dei casi, a rimuovere meri refusi, ad apportare riformulazioni puramente lessicali o formali e, in taluni casi, a cercare di risolvere dubbi interpretativi … L'amministrazione ha preferito ricorrere frequentemente alla soluzione dell'integrale sostituzione di interi articoli o commi anche per aggiunte e inserimenti minimi, con conferma integrale (per il resto) del testo vigente. La rinnovazione integrale della fonte normativa non è, invece, necessaria né corrispondente al carattere meramente integrativo e correttivo del decreto legislativo*».

Si pensi, ad esempio alle modifiche apportate dall'articolo 7 dello schema di decreto agli articoli 38, 39, 44 e 54 del codice, che vengono presentati come integralmente sostituiti nonostante che in essi si siano modificate poche parole. Lo stesso dicasi per le modifiche apportate dall'articolo 8 dello schema all'art. 56 del codice e gli esempi potrebbero continuare.

2. Per quanto attiene ai contenuti, sebbene la relazione illustrativa ponga come ultimo punto della finalità del decreto delegato quella di «*integrare la disciplina del codice … anche al fine di consentire una migliore funzionalità degli istituti*», l'intervento disegnato dal decreto appare rinunciatario. Lo schema di questo decreto appare quindi come

[*] Avvocato in Firenze e Professore a contratto di Diritto tributario all'Università Bocconi di Milano

un'occasione persa per migliorare un codice, quello della crisi d'impresa, di per sé altamente problematico.

Per quanto attiene al commento dei dettagli dell'articolato, il parere rilasciato dal Consiglio di Stato in sede consultiva, n. 811/2020 è ricco di considerazioni e suggerimenti che meritano senz'altro di essere accolti. Ad esso risulta, quindi, possibile rinviare integralmente per tali dettagli.

In questa sede, invece, appare più opportuno concentrare l'attenzione su alcune considerazioni di metodo e di principio, nell'auspicio di offrire indicazioni utili per una più ampia revisione del testo.

3. Per quanto attiene al metodo, il parere del Consiglio di Stato è davvero impietoso nell'evidenziare criticità linguistiche ed espressive di ogni sorta. Non soltanto la tecnica redazionale per sostituzione anziché per interpolazione, ma anche la punteggiatura e più in generale la forma espressiva vengono segnalati come meritevoli di riformulazione da parte del Consiglio di Stato.

Non si tratta di formalismi inutili o di mero amore per il purismo della lingua italiana. Si tratta di aspetti rilevanti per un aspetto fondamentale cui la legislazione deve rispondere, ossia la certezza del diritto. Tale valore, centrale in ogni branca del diritto, lo è specialmente in ambiti così delicati come quelli legati alla soluzione della crisi dell'impresa; e lo è a maggior ragione nel caso in cui il fine della legislazione stessa sia la codificazione, ossia un'opera di razionalizzazione della normativa preesistente.

Le modalità di soluzione della crisi d'impresa sono uno dei punti nevralgici dell'ordinamento, uno di quegli aspetti che i potenziali interessati a investire nel Paese valutano in via preliminare prima di decidere se investire o meno. Al pari di quanto vale per il sistema tributario, il potenziale investitore ha bisogno di aver chiaro già prima dipartire un quadro semplice e univoco delle conseguenze che si verificano nel caso in cui si trovasse ad avere a che fare con un operatore in crisi d'impresa, o nel caso di esito infelice dell'attività intrapresa.

La modifica del codice doveva essere, quindi, l'occasione per intervenire su articoli poco chiari e mal formulati, anche dal punto di visto espositivo, ma così non è stato. Si pensi, ad esempio, all'articolo 54 del codice, il quale prevede che, «*nel corso del procedimento per l'apertura … della procedura di concordato preventivo o di*

omologazione degli accordi di ristrutturazione», il giudice possa emettere misure cautelari (inclusa una forma di sequestro dell'azienda o del patrimonio del debitore) «*su istanza di parte*». Cosa si intende per "*procedimento per l'apertura della procedura*"? Chi sono le parti legittimate a chiedere la misura cautelare? Se per parti si intende il debitore stesso, la misura prevista non è cautelare, ma protettiva. Se, invece, per parti devono intendersi (anche o soltanto) i creditori o il p.m., le conseguenze in termini di deterrenza per il debitore che intenda proseguire l'attività di avviare la procedura indicata sarebbero evidenti. Nonostante le sollecitazioni della dottrina (cfr., ad es., Ambrosini), nulla dice sul punto lo schema di decreto correttivo.

Anzi, il decreto correttivo ha dato corso anche a interventi che hanno peggiorato il livello di comprensibilità della disciplina. Si consideri l'esempio dell'articolo 39 dello schema di decreto correttivo. Esso dispone l'abrogazione dell'originario comma 3 dell'articolo 382 del codice, il quale a sua volta interveniva sull'ultimo comma dell'articolo 2497 del codice civile nel senso di modificare il riferimento al fallimento in riferimento alla "liquidazione giudiziale", secondo il termine edulcorato e molto (troppo) *politically correct* voluto dalla legge delega. È vero che può valere, sul punto, la clausola generale dell'art. 349 del codice, ma come esattamente notato dal Consiglio di Stato un intervento abrogativo specifico ed espresso di questo genere si presta all'interpretazione per cui, in verità, la peculiare fattispecie contemplata dall'articolo (legittimazione alla proposizione dell'azione di responsabilità in caso di crisi di società soggetta a direzione e coordinamento da parte di altra società) troverebbe applicazione soltanto fino al momento dell'operatività della vecchia legge fallimentare, ma verrebbe meno sotto l'egida applicativa del nuovo codice.

4. Nel merito, l'intervento correttivo è – come si diceva – un'occasione persa per correggere gli aspetti più critici dell'originario codice e, soprattutto, per correggere quegli aspetti che si traducevano e si traducono in uno scostamento dalla legge di delega n. 155/2017.

Si consideri, in particolare, quel punto nevralgico delle innovazioni apportate dal codice che è rappresentato dal sistema della procedura di allerta e composizione assistita della crisi. In proposito, la delega risulta tutt'ora inattuata per molti aspetti cruciali.

4.1. L'art. 4, lett. c) della legge delega n. 155/2017 richiedeva di porre a carico degli organi di controllo societari un obbligo di segnalazione e di avvio della procedura d'allerta e la lett. f) richiedeva di "*determinare i criteri di responsabilità*" in caso di mancata segnalazione.

Invece di concretizzare e modulare tali criteri, l'articolo 14 del codice ha semplicemente escluso la responsabilità degli organi di controllo in caso di segnalazione, con ciò affermando che, al contrario, in caso di mancata segnalazione essi sono responsabili per tutte le «*conseguenze pregiudizievoli delle omissioni o azioni poste in essere*» dagli amministratori.

Si tratta, all'evidenza, di una forma di responsabilità troppo vasta e indeterminata e il correttivo al codice avrebbe dovuto essere l'occasione per intervenire sul punto. L'attuale formulazione, infatti, si presta a dar vita a una sorta di "medicina difensiva" da parte dell'organo di controllo societario, che al fine di evitare responsabilità personali sarà incentivato a effettuare segnalazioni "precauzionali" e non filtrate dal necessario vaglio di ragionevolezza che invece dovrebbe caratterizzare la materia. Non solo si va ben oltre il criterio della culpa in vigilando dell'organo di controllo ordinariamente prevista dall'art. 2407 c.c. (in base al quale, come noto, la responsabilità sussiste soltanto per il caso in cui la violazione non rilevata fosse "*macroscopica*" o inerente a un comportamento degli amministratori qualificabile come "*di dubbia legittimità e regolarità*": cfr., *ex multis*, Cass., n. 21566/2017), ma si istituisce per legge una forma di solidarietà potenzialmente priva del richiesto sostrato sostanziale e, come tale, al limite di una responsabilità per fatto altrui irrazionale e sproporzionata.

4.2. Ancora, sempre con riferimento alle procedure d'allerta, la disciplina dell'obbligo di segnalazione da parte dei creditori pubblici qualificati (Agenzia Entrate, INPS e ADER), pur essendo stata oggetto di intervento da parte del decreto correttivo, contiene tuttora delle aporie che non possono non essere corrette se davvero si vuole rendere lo strumento dell'allerta un mezzo efficiente per far ripartire le imprese, piuttosto che una tagliola per selezionare le più efficienti e far chiudere le altre.

Se i debiti tributari o previdenziali superano una certa soglia, la disciplina prevede che l'obbligo di segnalazione all'Organismo di composizione della crisi d'impresa sia scongiurato soltanto con il pagamento integrale del debito e non con l'inizio del

pagamento rateale dello stesso (salvo il caso specifico del pagamento spontaneo in forma rateale dell'avviso bonario ex art. 3-bis del d.lgs. n. 462/1997). Ciò dà vita per le imprese italiane a un sistema estremamente penalizzante e pericoloso, oltre che incoerente con l'impostazione generale dell'ordinamento tributario che ritiene l'esistenza di una rateizzazione strumento idoneo, ad esempio, a sterilizzare le azioni esecutive e cautelari da parte dell'agente per la riscossione.

Tale pericolosità per le imprese aumenta considerando che la soglia di segnalazione riformulata dal correttivo è particolarmente bassa (in media, intorno al 10% del volume d'affari), in violazione dell'art. 4, c. 1, lett. b) nella parte in cui subordina la segnalazione all'esistenza di un inadempimento "*di importo rilevante*". Inoltre, nel meccanismo configurato dal correttivo, la struttura della soglia di segnalazione assume caratteri persino regressivi (in base a essa, infatti, se un contribuente ha volume d'affari di 999.999 euro la segnalazione scatta già se il debito IVA è pari al 10,01% del volume d'affari, mentre se ha volume d'affari di 1.000.001 la segnalazione non scatta finché il debito IVA non raggiunge la soglia del 49,99% del volume d'affari, così svantaggiando irrazionalmente le imprese più piccole).

Il tessuto imprenditoriale italiano è fatto di piccole e medie imprese che vivono al limite della sopravvivenza e che utilizzano ampiamente lo strumento della dilazione per pagare in forma rateizzata i debiti fiscali che non riescono a fronteggiare nell'immediato. Penalizzare questo meccanismo di sopravvivenza, del tutto legittimo e specificamente previsto dall'ordinamento (a cominciare dall'art. 19 del d.P.R. n. 602/1973), equivale, non già a rafforzare il sistema produttivo italiano, ma a spopolarlo. In un momento come il presente, poi, in cui la liquidità per le imprese è un miraggio e lo sarà ancora per lungo tempo, ben oltre i termini previsti per l'entrata in vigore del codice, la logica di austerità cui si impronta il meccanismo della segnalazione da parte dei creditori pubblici qualificati e, in particolare, la modalità con cui essa è stata attuata dal codice e confermata dal correttivo, rischia davvero di ottenere effetti del tutto controproducenti.

4.3. Oltre che irrazionale e controproducente per gli aspetti segnalati, il meccanismo delle procedure d'allerta così come attualmente configurato rischia di essere totalmente inefficace dal punto di vista pratico. Infatti, esso si impronta alla logica per cui l'imprenditore in situazione di squilibrio economico avrebbe disponibilità "nascoste" che

solo a fronte di incentivi sarebbe pronto a mettere a disposizione dei creditori per saldare i propri debiti. Ma nella stragrande maggioranza dei casi non è così: l'imprenditore in crisi è in crisi perché manca liquidità. Allora, più che prevedere meccanismi "premiali" per l'imprenditore che accetti di sottoporsi alla procedura di composizione della crisi secondo il meccanismo dell'allerta, servono meccanismo "premiali" per i creditori che, in tale sede, sono disponibili a rinunciare parzialmente ai propri crediti. Senza l'assenso dei creditori, nessun accordo si trova e il meccanismo della composizione assistita è destinato strutturalmente all'insuccesso. Si pensi che, allo stato attuale, alla falcidia dei crediti consentita in sede di composizione assistita della crisi non si associa neppure la possibilità di emettere una nota di variazione ai fini IVA. Se, per effetto dell'accordo con i creditori raggiunto nell'ambito della composizione della crisi (art. 19 del codice), un creditore che ha emesso fattura si accorda con il debitore per un corrispettivo inferiore rispetto a quello inizialmente pattuito e fatturato, per effetto della tassatività della formulazione dell'art. 26 del d.P.R. n. 633/1972 egli rischia di non poter neppure recuperare l'IVA sulla differenza. Va quindi aggiornato il predetto art. 26 per coordinarlo alle novità del codice della crisi d'impresa e rendere la composizione assistita della crisi appetibile anche e anzitutto per i creditori. Analogo discorso vale per la deducibilità delle perdite su crediti in base all'art. 101, comma 5 del TUIR. Coordinamenti e aggiornamenti del genere sono indispensabili per il funzionamento di un istituto e colpisce che il Governo non vi abbia pensato in sede di rifinitura del codice.

In questa prospettiva, il codice è del tutto manchevole e il correttivo ha perso l'occasione per renderlo efficiente, nonostante il proposito formulato nella relazione illustrativa.

Un sistema di allerta configurato in questo modo rischia di essere più uno spauracchio per le imprese, che non un efficace strumento per dar vita a un *fresh start*.

5. Non solo per quanto attiene alle procedure d'allerta, ma anche per altri aspetti fondamentali il codice della crisi d'impresa risulta insufficiente nell'attuazione della delega e lo schema di correttivo oggi in discussione non ha colto l'occasione per intervenire.

Uno dei profili di differenza fondamentali del nuovo codice rispetto alla legge fallimentare del 1942 è rappresentato dall'ampliamento del sindacato del giudice sul

merito economico e industriale dei piani di riorganizzazione dell'attività necessari per le procedure alternative alla liquidazione giudiziale. Mentre in precedenza vi era un professionista abilitato che era chiamato ad attestare la fattibilità del piano di recupero industriale dell'impresa e al giudice spettava essenzialmente una valutazione formale sul punto, adesso è formalizzato che accanto alla valutazione del professionista abilitato deve esserci anche un sindacato di merito del giudice.

Si considerino, ad esempio, gli articoli 47, 48 e 80 del nuovo codice, con riferimento al concordato preventivo. Sebbene l'articolo 87, comma 2 del codice stabilisca che, con la domanda di concordato preventivo, il debitore debba depositare la relazione di un professionista indipendente, che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta, ivi inclusa un'analitica individuazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività laddove prevista, gli articoli prima indicati stabiliscono che, ricevuta la domanda, il giudice non valuti soltanto l'ammissibilità giuridica della proposta, ma anche e specificamente "*la fattibilità economica del piano*" (art. 47 e, per il concordato minore, art. 80). Ciò vale anche nel caso di concordato approvato dai creditori, sebbene in tale ipotesi il giudice stesso sia chiamato a tener "*conto dei rilievi del commissario giudiziale*" (art. 48, comma 3). Vale quanto dire che, pur a fronte di attestazioni di professionisti specializzati circa il fatto che il debitore sarà in grado di risolvere la propria situazione debitoria mediante lo strumento del concordato preventivo, il giudice deve compiere autonome valutazioni economico-industriali sul punto e ha il potere di impedire l'attuazione del concordato, lasciando come unica alternativa il fallimento (liquidazione giudiziale).

Sebbene la legislazione precedente fosse ben lungi dall'introdurre interferenze del giudice in valutazioni di questo genere (cfr. i corrispondenti articoli 61, 179 e 180 l.fall.), si era già affermato prima del codice un orientamento giurisprudenziale nel senso di spingere il sindacato del giudice nel merito della proposta e, proprio al fine di irreggimentare questo aspetto, la legge delega stabiliva che il decreto delegato dovesse "*determinare i poteri del tribunale in materia*" (art. 6, c. 1, lett. e della l. n. 155/2017).

Sennonché, il decreto delegato si è limitato a canonizzare *tout court* il potere di sindacato del giudice sul punto, senza minimamente regolarne ambiti e profili, con la conseguenza di creare una figura di giudice economista-imprenditore che appare, non

soltanto pletorica, ma anche e potenzialmente controproducente rispetto alla stessa finalità di fondo della riforma del diritto dell'insolvenza di limitare al minimo i casi di fallimento (liquidazione giudiziale).

Perché negare a un debitore la possibilità di ripartire grazie a un piano, approvato da esperti economisti e aziendalisti, solo perché un giurista – che presumibilmente mai ha vissuto in prima persona la realtà imprenditoriale ed economica – ritiene il piano stesso troppo ambizioso e ottimistico? Soltanto attribuendo le giuste funzioni, e le correlative giuste responsabilità, ai vari attori della procedura, un sistema di soluzione della crisi d'impresa può funzionare in modo efficiente. Non è accentrando tutto nelle mani dell'organo giudiziario che si garantisce il risultato migliore, quando le materie coinvolte e le competenze richieste vanno al di là di quelle giuridiche.

Il decreto correttivo doveva risolvere queste criticità lasciate aperte dalla prima stesura del codice, ma ciò non è avvenuto. Anzi, esso ha ulteriormente aggravato le criticità eliminando l'aggettivo "*giuridica*" che caratterizzava la valutazione di ammissibilità della domanda richiesta dagli articoli 47 e 48 del codice. In questo modo, anziché disciplinarlo e limitarlo, si è aumentato ulteriormente il margine di sconfinamento del giudice in valutazioni aziendalistiche che non dovrebbero essergli accollate.

6. Oltre al recepimento delle indicazioni del Consiglio di Stato, appare quindi opportuno cogliere l'occasione del correttivo per un intervento di revisione più ampio e soddisfacente sull'originario impianto del codice, che tenga meno quanto meno dei punti sopra evidenziati:

i. riformulazione delle norme incerte (come, ad es., l'attuale art. 54, c. 1 del codice);

ii. riformulazione in termini più ragionevoli della responsabilità per omessa segnalazione da parte degli organi di controllo;

iii. riformulazione dei criteri di segnalazione da parte dei creditori pubblici qualificati, quanto meno innalzando in modo significativo le soglie di rischio e sterilizzando la segnalazione in caso di avvio dei pagamenti anche in forma rateale;

iv. inserimento di misure premiali per i creditori che accettino riduzioni del credito in sede di accordi di composizione assistita della crisi, a cominciare dal coordinamento con gli istituti tributari rilevanti per vicende del genere;

v. riconduzione a ragionevolezza del ruolo valutativo del giudice sui termini economico-industriali degli accordi.

Un intervento di più ampio respiro è necessario, inoltre, anche nella prospettiva, correttamente evidenziata dal Consiglio di Stato, dell'opportunità di introduzione di un meccanismo specifico per gestire le crisi d'impresa legate al *lockdown* per emergenza covid-19. Applicare tout court già dal 2021 un codice del tipo di quello attualmente configurato per la gestione della crisi si presta infatti a generare, più che un rilancio, una vera e propria moria delle imprese italiane.

Esame della proposta di testo base in materia di "*Rifiuto dei trattamenti sanitari e liceità dell'eutanasia*" C. 2 di iniziativa popolare, C. 1418 Zan, C 1586 Cecconi, C 1655 Rostan, C 1875 Sarli, C 1888 Alessandro Pagano e C 2982 Sportiello.

*****

Si riporta il testo della relazione di Carmelo Leotta[*]*, depositata in seguito all'audizione informale in Commissione Giustizia e Affari Sociali alla Camera dei Deputati del 4 giugno 2021.*

1. Il contenuto del testo base

Il testo base in esame disciplina la facoltà per soggetti malati che si trovino nelle condizioni previste dagli artt. 1 e 3 di richiedere l'assistenza medica per porre fine volontariamente e autonomamente alla loro vita, cioè di procurarsi la c.d. «*morte volontaria medicalmente assistita*». La stessa è definita dall'art. 2 come «*decesso cagionato da un atto autonomo con il quale, in esito al percorso disciplinato dalle norme della presente legge, si pone fine alla propria vita in modo volontario, dignitoso e consapevole, con il supporto e la supervisione del Servizio Sanitario Nazionale*».

Può accedere alla morte volontaria medicalmente assistita il malato, maggiore di età, se sussistono le seguenti condizioni:

- sia capace di assumere decisioni libere e consapevoli (art. 3, 1° co.);
- sia affetto da sofferenze fisiche o psicologiche ritenute intollerabili (art. 3, 1° co.);
- sia in corso una patologia irreversibile o a prognosi infausta o una condizione clinica irreversibile (art. 3, 2° co., lett. a);
- vi sia stata l'attivazione di trattamenti di sostegno vitale (art. 3, 2° co., lett. b);
- vi sia l'assistenza da parte della rete delle cure palliative o espresso rifiuto, da parte del malato, di tale percorso assistenziale (art. 3, 2° co., lett. c).

I requisiti e la **forma** della richiesta di morte medicalmente assistita sono disciplinati dall'art. 4. In sintesi: la richiesta deve essere «*informata, consapevole, libera ed esplicita*». Può essere revocata «*in qualsiasi momento senza requisiti di forma e con ogni*

[*] Avvocato in Torino e Professore Associato di Diritto penale all'Università Europea di Roma

mezzo idoneo a palesarne la volontà». La forma della richiesta deve essere scritta ed avere i medesimi requisiti del testamento olografo, di cui all'art. 602 c.c. Qualora le condizioni del malato non permettano il rispetto di tale forma, «*la richiesta può essere espressa e documentata con qualunque dispositivo idoneo che gli consenta di comunicare e manifestare inequivocabilmente la propria volontà*» (art. 4, 1° co., ult. per.). La richiesta, prevede l'art. 4, 2° co., è indirizzata al medico di medicina generale o al medico che ha in cura il paziente ovvero a un medico di fiducia.

Dopo che il medico ha ricevuto la richiesta, assume un ruolo essenziale nella procedura il *Comitato per l'etica nella clinica* presso l'Azienda Sanitaria territoriale (istituito con regolamento del Ministero della Salute, ai sensi dell'art. 6). Il Comitato ha caratteri di indipendenza, multidisciplinarietà e autonomia e ha in particolare il compito di svolgere una «*adeguata valutazione dei requisiti e delle modalità per accedere alla morte volontaria medicalmente assistita*».

Al Comitato competente per territorio il medico che ha raccolto la richiesta del malato invia un rapporto sulle *condizioni cliniche* del richiedente e sulle *motivazioni* a base della richiesta.

Il rapporto:

- contiene copia della richiesta e della documentazione medica e clinica pertinente alla richiesta (art. 5, 2° co.);
- deve precisare se la persona è stata adeguatamente informata della propria condizione clinica e della prognosi (art. 5, 3° co.);
- deve precisare se la persona è stata adeguatamente informata dei trattamenti sanitari ancora attuabili e di tutte le possibili alternative terapeutiche (art. 5, 3° co.);
- deve indicare se la persona è a conoscenza del diritto di accedere alle cure palliative e specificare se il malato è già in carico a tale rete di assistenza o se ha rifiutato tale percorso assistenziale (art. 5, 3° co.).

Il Comitato per l'etica nella clinica, ricevuto il rapporto, entro 7 giorni, trasmette un *parere motivato* sui presupposti ed i requisiti a supporto della richiesta di morte assistita e lo trasmette al medico richiedente ed alla persona interessata (art. 5, 4° co.). Se il *parere del Comitato è favorevole*, il medico lo trasmette, insieme alla documentazione in possesso, alla Direzione Sanitaria dell'Azienda Sanitaria Territoriale o alla Direzione

Sanitaria dell'Azienda Sanitaria Ospedaliera di riferimento, che dovrà attivare le verifiche volte a garantire che il decesso avvenga nel rispetto delle modalità di cui al 1° co. (dignità, senza ulteriori sofferenze ed evitando abusi), presso il domicilio del paziente o, se non è possibile, presso una struttura ospedaliera o residenziale pubblica (art. 5, 5° co.). Tra le modalità di cui al 1° co. vi sono anche quelle inerenti all'individuazione da parte del malato delle persone che devono essere informate della sua decisione e che possono presenziare all'atto del decesso.

Ai sensi dell'art. 5, 6° co., la richiesta del malato, la documentazione medica e il parere del Comitato fanno parte della cartella clinica o del fascicolo elettronico sanitario.

L'art. 5, 7° co., disciplina il momento dell'esecuzione dell'atto causativo della morte del paziente e prescrive che il medico presente debba «*previamente accertare, eventualmente avvalendosi della collaborazione di uno psicologo, che persista la volontà di morte volontaria medicalmente assistita e che permangano le condizioni di cui all'articolo 3*». La morte cagionata secondo le disposizioni in esame è equiparata alla morte per cause naturali, a tutti gli effetti di legge.

L'art. 7, 1° co., del testo base sancisce l'esclusione di punibilità per i delitti puniti dagli artt. 580 (istigazione e aiuto al suicidio) e 593 (omissione di soccorso) c.p., per il *medico* e il *personale sanitario* e *amministrativo* che abbiano dato corso alla procedura di morte volontaria e per «*tutti coloro che abbiano agevolato in qualsiasi modo la persona malata ad attivare, istruire e portare a termine la predetta procedura, qualora essa sia eseguita nel rispetto delle disposizioni di cui alla presente legge*».

Il 2° co. dello stesso art. 7 prevede che non sia punibile chi sia stato condannato, anche con sentenza definitiva, per aver agevolato in qualsiasi modo la morte volontaria medicalmente assistita di una persona prima della entrata in vigore della presente legge, se al momento del fatto ricorrevano le seguenti condizioni:

«*a) la richiesta di morte volontaria medicalmente assistita sia stata formulata da persona maggiorenne, capace di intendere e di volere e la volontà di questa si sia formata liberamente e consapevolmente e sia stata inequivocabilmente accertata;*

b) la persona richiedente sia stata affetta da una patologia irreversibile o a prognosi infausta o da una condizione clinica irreversibile e che sia tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale;

c) la persona richiedente sia stata affetta da una patologia fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che ella riteneva intollerabili nel rispetto dei principi generali di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 22 dicembre 2017, n. 219».

Infine, l'art. 8 del testo base, in materia di *disposizioni finali*, prevede che il Ministero della Salute, previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, con decreto:

a) individua i requisiti delle strutture del Servizio sanitario nazionale per l'accoglienza dei richiedenti la morte assistita;

b) definisce i protocolli e le modalità dell'assistenza sanitaria alla morte assistita;

c) definisce le procedure per assicurare il sostegno psicologico alla persona malata ed ai suoi familiari;

d) determina le modalità di custodia ed archiviazione delle richieste di morte assistita e di tutta la documentazione ad essa relativa.

L'art. 8, 2° co., stabilisce, infine, che il Ministro della salute presenti annualmente alle Camere una relazione sullo stato di attuazione delle disposizioni della legge.

2. Inesistenza di un vincolo sulla disciplina del fine vita imposto dalla sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale

La proposta di legge intende raccogliere l'auspicio in vista di un intervento legislativo sull'**aiuto al suicidio** della persona gravemente malata e sofferente, formulato dalla sentenza n. 242 del 24-25 settembre 2019 della Corte costituzionale (cfr. n. 9 del *Considerato in diritto*), con la quale, nel giudizio incidentale di costituzionalità proposto nel processo *Cappato*, era infine dichiarata la parziale illegittimità dell'art. 580 c.p.

Prima di affrontare ogni altro profilo, è necessario sgombrare il campo da un possibile equivoco, relativo all'esistenza di un eventuale vincolo posto al legislatore dalla sentenza n. 242/2019 sui contenuti della disciplina legislativa che dovrà stabilire in materia di fine vita. A ben vedere la Corte costituzionale, con la sentenza richiamata, pur fornendo alcune possibili indicazioni sui contenuti della legge (di cui si dirà) non ha imposto alcun vincolo al legislatore; se, infatti, si dovesse ammettere l'esistenza di tali vincoli, si dovrebbe altresì ammettere che si sarebbe realizzata una incrinatura dell'ordine istituzionale, assegnandosi al giudice delle leggi il potere di fissare *ex ante* i contenuti di un atto legislativo i quali possono essere solo il frutto di una valutazione di natura politica che,

in quanto tale, deve essere compiuta dalla rappresentanza (art. 67 Cost.). Quanto ora affermato è sancito a chiarissime lettere dall'art. 28, L. n. 87/1953 (*Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale*), che recita: «*Il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento*».

Si osservi come sia peraltro la stessa sentenza n. 242 ad escludere l'esistenza di vincoli *de jure condendo* in capo al legislatore. Laddove la Corte si premura di spiegare la tecnica decisoria utilizzata (tale per cui, come noto, all'ord. n. 207/2018 ha fatto seguito la pronuncia di parziale incostituzionalità dell'art. 580 c.p. con la sentenza n. 242/2019), precisa, infatti, quanto segue:

«*In assenza di ogni determinazione da parte del Parlamento, questa Corte non può ulteriormente esimersi dal pronunciare sul merito delle questioni, in guisa da rimuovere il vulnus costituzionale già riscontrato con l'ordinanza n. 207 del 2018.*

Non è a ciò d'ostacolo la circostanza che – per quanto rilevato nella medesima ordinanza e come poco sopra ricordato – la decisione di illegittimità costituzionale faccia emergere specifiche esigenze di disciplina che, pur suscettibili di risposte differenziate da parte del legislatore, non possono comunque sia essere disattese» (*Considerato in diritto*, 4).

Come si evince, pertanto, dal passaggio della decisione ora riportato, la Corte costituzionale pone un unico "vincolo" al legislatore: quello di intervenire con una legge, ma, per fugare ogni equivoco, ribadisce essa stessa che le esigenze di disciplina sono «*suscettibili di risposte differenziate*».

3. Disciplina della *morte volontaria medicalmente assistita* e conseguente rinuncia al principio di indisponibilità del diritto alla vita

Ciò chiarito in premessa, è corretto affermare che la sentenza n. 242/2019, dichiarando la parziale incostituzionalità dell'art. 580 c.p., ha ammesso, pur nei limiti di una **procedura**, il ricorso al **suicidio assistito** da parte del malato affetto da grave patologia, quale espressione della sua libertà di autodeterminazione terapeutica (*Considerato in diritto*, 2.3).

Ciò nonostante, una legge che, ove approvata, disciplinasse compiutamente (come la proposta in esame) l'esercizio della facoltà da parte di taluni soggetti di richiedere l'aiuto

nel cagionarsi la morte non avrebbe un mero effetto ricettivo del principio già contenuto nella sentenza n. 242 e segnerebbe, piuttosto, un definitivo riconoscimento, sul piano generale delle fonti del diritto italiano, della liceità di una deroga al principio di indisponibilità della vita. Ne deriverebbe un salto radicale, su di un piano culturale e normativo, rispetto a un modello, qual è quello vigente, di tutela indifferenziata, cioè eguale per tutti, del diritto alla vita.

Per comprendere pienamente la portata di un siffatto cambio di paradigma, è opportuno avere a mente che l'ordinamento giuridico qualifica un certo bene come *indisponibile* quando, a fronte di un giudizio di valore, ritiene che la sua conservazione sia irrinunciabile per la persona umana; pertanto, quando un bene è indisponibile, il suo titolare non può decidere di rinunciarvi né di sacrificarlo o di distruggerlo. Qualora lo faccia, egli non esercita un diritto, ma una mera facoltà di fatto che, quand'anche non possa essergli impedita, conserva una connotazione di contrarietà al diritto, cioè di antigiuridicità. Da qui la scelta di punire chi induce o coopera nell'atto di disposizione di un diritto indisponibile o, peggio ancora, chi da tale atto trae un vantaggio.

Gli esempi di indisponibilità di un bene sono molteplici nel nostro ordinamento. Il diritto alla vita è per eccellenza il diritto indisponibile. Come ha affermato la Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Pretty c. United Kingdom* (2002), il diritto alla vita non può ricomprendere, infatti, il diritto a morire, che è il suo contrario. Coerentemente con tale impostazione, in Italia sono oggi puniti l'omicidio del consenziente (art. 579 c.p.) e l'istigazione e l'aiuto al suicidio (art. 580 c.p.), pur con i limiti, rispetto a tale ultimo delitto, posti dalla sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale, al caso in cui l'atto suicidario sia compiuto da «*una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli*» (Corte cost., sentenza n. 242/2019, *dispositivo*). Nel nostro ordinamento sono indisponibili anche altri beni, inerenti, ad es., alla sfera sessuale. Si consideri il delitto di cui all'art. 609 quater c.p. (*atti sessuali con minorenne*) che rende indisponibile per il minore di anni 14 l'esercizio della propria sessualità, punendo con la pena da 6 a 12 anni colui che compie con il minore consenziente atti sessuali. Sempre nell'ambito della tutela della sfera sessuale, l'art. 600 bis c.p. (*prostituzione minorile*), al 2° co., punisce con la reclusione da 1 a 6 anni e con la multa da 1.500 a 6.000 euro, chiunque copie atti sessuali

con un minore tra i 14 e i 18 anni, in cambio di denaro o di altra utilità, anche solo promessi; risultano, pertanto, inibiti al minore atti dispositivi del proprio corpo integranti il meretricio. Espressione, per il minore, di un principio di indisponibilità della propria sfera sessuale è anche l'art. 600 ter, 1° co., c.p. (*pornografia minorile*), che punisce con la reclusione da 6 a 12 anni e la multa da 24.000 a 240.000 euro chi realizza esibizioni o spettacoli pornografici ovvero produce materiale pornografico con minori di anni 18 (n. 1) e chi recluta o induce minori di anni 18 a partecipare a esibizioni o spettacoli pornografici ovvero dai suddetti spettacoli trae profitto (lett. 2).

L'indisponibilità di un diritto si giustifica talora per la natura stessa del bene (come accade per la vita) talora per le modalità con cui il bene è fatto oggetto di un atto di disposizione o, ancora, per le caratteristiche del suo titolare (così nel delitto di atti sessuali con minorenne). Ancorché esistano distinte ragioni per sancire l'indisponibilità di un diritto, gli esempi proposti rendono evidente che tale regola funge da strumento di tutela cui l'ordinamento giuridico ricorre per impedire che la persona, per la situazione di vulnerabilità in cui si trova, sacrifichi un bene la cui conservazione e il cui godimento è connaturato alla dignità personale. La regola dell'indisponibilità trova, quindi, la sua *ratio* di tutela non tanto a vantaggio di chi si trova in condizioni favorevoli (salute, benessere psichico, capacità di autosostentarsi attraverso il lavoro, capacità di relazionarsi, ecc..), ma al contrario a vantaggio di chi versa in una situazione di debolezza, di dolore (fisico, psicologico, morale o spirituale), di necessità o, ancora, di immaturità; è evidente, infatti, che in tali situazioni il soggetto può facilmente convincersi o essere da terzi indotto a ritenere che sia preferibile sacrificare un proprio bene, la cui conservazione è invece connessa alla dignità personale, in vista di un vantaggio immediato. È per questo che l'ordinamento, rispondendo ad un dovere di solidarietà (art. 2 Cost.) e di eguaglianza (art. 3, 1° e 2° co., Cost.), viene incontro al soggetto debole e, sulla base di uno statuto dignitario riconosciuto ad ogni persona, indipendentemente dalla capacità attuale della stessa di percepire il valore di sé e del bene in gioco, rende "operativa" la regola dell'indisponibilità, prevedendo una pena per il terzo che induce il titolare a disporre del proprio bene indisponibile o partecipa all'atto di disposizione o approfitta del medesimo.

Individuata nei termini anzidetti la *ratio* della indisponibilità di certi diritti, riconoscere alle persone affette da una patologia irreversibile e da una sofferenza intollerabile la facoltà di chiedere aiuto e assistenza nel darsi la morte, parrebbe *prima facie* il

riconoscimento non di un diritto al suicidio, ma di un diritto a morire per non soffrire. Tuttavia, rispondere al problema della sofferenza grave dei malati affetti da patologia irreversibile ricorrendo ad una siffatta opzione normativa avrebbe una portata senza precedenti. Dal momento, infatti, che il giudizio sulla disponibilità/indisponibilità di un diritto si fonda su un giudizio di valore del bene in gioco, consentire al malato di disporre, seppur nel rispetto di una certa procedura, del proprio bene vita a causa delle condizioni in cui si trova significa affermare che la sua vita "vale" meno di quella del sano. Da un simile approccio deriverebbe, con ogni evidenza, una palese e irriducibile violazione del principio di eguaglianza. Non può non condividersi, pertanto, il giudizio formulato a tal proposito da una voce autorevole della scienza penalistica italiana, secondo la quale creare uno spazio libero dal divieto di disporre del bene vita per i malati, che pur versano in gravi situazioni, «*significa porli fuori dall'ordinamento giuridico e negare loro quella tutela che spetta ad ogni uomo*» (F. Mantovani, *Delitti contro la persona*, WKI, Milano-Padova, 2019, p. 77).

Si consideri, inoltre, come l'assegnazione di un diritto o di una facoltà di richiedere la morte medicalmente assistita comporti, sul piano generale dell'ordinamento, un vaglio positivo sulla meritevolezza di tutela di un'aspettativa individuale in vista dell'annientamento di sé. Formulare un simile giudizio di meritevolezza è, tuttavia, un controsenso giuridico perché quando si attua il godimento della pretesa, il soggetto, titolare della pretesa stessa, viene meno perché muore. A tal proposito basti ricordare quanto ritenuto, in senso contrario a questa prospettiva, dalla Corte di cassazione che, con la sentenza a sezioni unite n. 25767/2015, ha affermato che «*la non vita non può essere un bene della vita*» e che l'«*ordinamento non riconosce il diritto alla non vita*».

Infine, affermare l'esistenza di un diritto (o anche solo di una facoltà meritevole di tutela) al suicidio assistito cagiona non solo, come si è appena detto, la distruzione di un corretto rapporto tra il soggetto e i suoi diritti (i quali devono essere rivolti alla conservazione della persona e non alla sua distruzione), ma, ancor più radicalmente, causa l'implosione dell'esperienza della giuridicità. Questa si fonda, infatti, sulla previa esistenza di una pluralità di persone, tra loro in relazione: da tale pluralità intersoggettiva origina l'esigenza di attribuire a ciascuno quanto gli spetta (*suum cuique tribuere*), conformemente a ciò che l'ordinamento ha riconosciuto o attribuito. A fronte di questa perenne verità, la pretesa di affermare l'esistenza di una relazione tra uomini, disciplinata

dalla legge in vista della morte proceduralizzata di uno dei soggetti coinvolti, porta alla dissoluzione di un'elementare propensione all'umana solidarietà e, immediatamente a seguire, alla dissoluzione dell'esperienza stessa della giuridicità fondata sull'esistenza di una pluralità di persone e funzionale alla conservazione di tale pluralità.

4. Ulteriori effetti dell'adozione di un paradigma di tutela della vita umana fondato su qualità variabili o accidentali della persona

Si è fin qui evidenziato come l'introduzione di una deroga al principio della indisponibilità della vita umana sulla base di un criterio salute/malattia comporterebbe una grave ed insanabile violazione del principio di eguaglianza poiché ammettere tale deroga equivarrebbe ad affermare che la vita del malato vale meno di quella del sano, dal momento che il primo ne può disporre e il secondo no.

L'adozione nel sistema delle fonti dell'ordinamento e, pertanto, su di un piano generale, di un siffatto modello di tutela del bene vita, fondato su qualità variabili o accidentali della persona, tuttavia, non limiterebbe i suoi effetti alla disciplina della fine della vita, ma aprirebbe in prospettiva questioni etiche e, a discendere, normative relative ad ogni questione biogiuridica che il legislatore si troverà in futuro ad affrontare. Di seguito si farà un cenno in particolare a due conseguenze che paiono di fondamentale importanza.

a) Se si adotta un modello di tutela della vita e di altri diritti fondamentali che ammette livelli diversi di protezione sulla base di un criterio di qualità, si rende necessario individuare, di volta in volta, la caratteristica della persona o la circostanza che giustifichino, attenuino o escludano tale tutela.

In materia di morte medicalmente assistita, il criterio sulla meritevolezza della tutela si fonda sulla contrapposizione salute/malattia: l'ordinamento riconosce un più ampio valore alla vita del sano e un pari valore alla vita del malato solo fino a quando questi ritenga la propria sofferenza tollerabile e la propria esistenza dignitosa. Un domani il criterio della malattia tollerabile potrebbe essere esteso alla tollerabilità del disagio psichico, sociale, economico, i quali in molti casi sono motivo di sofferenze per la persona non inferiori a quelle cagionate dalla malattia. Ad ogni buon conto, non può sfuggire a nessuno come, nella misura in cui si associa la tutela di un bene fondamentale alla sussistenza di una condizione o qualità, si renda immediatamente necessario scegliere

quali siano le condizioni che rendono meritevole la tutela ovvero che ne possono giustificare l'esclusione.

b) Laddove si opti per un modello di tutela di beni fondamentali subordinato all'esistenza di una *qualità* del titolare dello stesso o di altra *circostanza* si pone immediatamente una questione con rilevanti effetti pratici, vale a dire: con quali modalità **accertare**, nel caso concreto, la sussistenza di tale qualità o l'integrarsi della situazione che comporta l'esaurimento della tutela?

Nel caso di specie, già sulla base del testo proposto, un primo profilo assai problematico riguarda l'accertamento dell'esistenza di una patologia irreversibile o a prognosi infausta o di una situazione clinica irreversibile. Tali situazioni, a ben vedere, prescindono dall'imminenza della morte e possono essere integrate anche in momenti che anticipano significativamente, sul piano cronologico, l'*exitus*. Un secondo profilo riguarda l'accertamento della volontà del malato di porre fine alla propria vita. A tal proposito non può peraltro non porsi in evidenza il rischio, quanto mai concreto, di una lettura evolutiva del concetto di "volontarietà" della richiesta di morte medicalmente assistita. È pur vero che il testo base in esame sembrerebbe prevenire applicazioni estensive prevedendo espressamente che la morte sia *volontaria* e, all'art. 1 ricorrendo, ad esempio, a due avverbi, riferiti all'atto del porre fine alla *propria* vita: *volontariamente* e *autonomamente*. Non solo: tra i requisiti per accedere all'atto, si richiede, sulla scorta della sentenza n. 242 della Corte costituzionale, che il soggetto sia capace di prendere decisioni libere e consapevoli (art. 3). Tuttavia, sarebbe ingenuo non prevedere interpretazioni giurisprudenziali "evolutive" volte a consentire anche all'incapace di accedere alla morte medicalmente assistita, eventualmente per il tramite dell'istituto delle disposizioni anticipate di trattamento disciplinate dalla l. n. 219/2017. Né si dimentichi che nella storia giudiziaria italiana non manca un precedente giudiziario, il caso *Englaro* del 2007, in cui la Sez. I della Corte di cassazione affermò (sentenza n. 21748) che la richiesta di interruzione del trattamento medico salvavita può provenire, «*come estremo gesto di rispetto dell'autonomia del malato*», dal tutore della persona priva di coscienza, allorché «*tenendo conto dei valori e delle convinzioni propri della persona in stato di incapacità*», il protrarsi di tale situazione appaia incompatibile con il senso di dignità

della vita precedentemente manifestato dalla persona incosciente (cfr. Cass. civ., sez. I, 16-10-2007, n. 21748, in particolare punto 7.5).

Pertanto, appare assai verosimile ritenere che, una volta imboccato un modello di tutela differenziata del bene vita sulla base di un criterio di qualità, si aprirà inevitabilmente la strada sia a problemi pratici di accertamento dei requisiti che legittimano la richiesta di morte medicalmente assistita sia ad applicazioni estensive della norma, per via giurisprudenziale. D'altronde, rinunciando al principio di indisponibilità della vita umana, ove si ritenga che la tutela della stessa possa soccombere in nome del senso di dignità personale, neppure più si giustificherebbe un'esclusione a priori della richiesta di morte formulata attraverso le DAT oppure dal rappresentante dell'incapace.

5. L'impossibilità di distinguere tra diritto ad "essere aiutati a morire" e "diritto a morire"

Ai fini di una valutazione della proposta, è altresì utile approfondire se sia concettualmente corretto tenere distinti da un lato il diritto di "essere aiutati a morire", dall'altro il "diritto a morire". L'articolato in esame prevede, infatti, sulla scorta della sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale, la facoltà di compiere un atto di suicidio assistito (e non di eutanasia in senso stretto): la *morte volontaria medicalmente assistita* può riguardare esclusivamente «*la persona maggiore di età, capace di prendere decisioni libere e consapevoli*» (art. 3) e richiede che il decesso avvenga con «*un atto autonomo con il quale, in esito al percorso disciplinato dalle norme della presente legge, si pone fine alla propria vita*» (art. 2). Riservando al diretto interessato il compimento dell'atto causativo del decesso, la proposta riconoscerebbe, quindi, un mero *diritto ad essere aiutati nel procurarsi la morte* e non un *diritto a morire* né tanto meno *ad essere uccisi su richiesta*. Nel primo caso, è il soggetto titolare del bene che compie su di sé l'atto (o parte dell'atto) con cui si procura la morte e chiede l'aiuto o l'assistenza di terzi, i quali sono in genere persone professionalmente qualificate (*suicidio assistito*). Nel secondo caso, laddove, cioè, si riconosca un diritto a morire e ad essere uccisi su richiesta, la morte viene procurata da un soggetto diverso dal titolare del bene, su istanza di quest'ultimo. Questa ipotesi rientra propriamente nella c.d. *eutanasia attiva*.

La contrapposizione *diritto ad essere aiutati nel procurarsi la morte* vs *diritto a morire*, se osservata più attentamente, appare invero assai labile.

Infatti,

a) affermare che un soggetto ha diritto ad *essere aiutato* in vista di un *obiettivo finale* (in questo caso: la morte) significa riconoscere previamente che abbia diritto a raggiungere tale obiettivo, dal momento che è proprio in vista di questo che gli viene prestata assistenza. Sarebbe, infatti, un controsenso affermare che esiste un diritto rispetto ad un *mezzo* e non riconoscere contestualmente l'esistenza di una pretesa meritevole di tutela giuridica rispetto al *fine*. Per tali ragioni, il costituzionalista Antonio Ruggieri, in un commento all'ord. n. 207/2018 della Corte costituzionale, già affermava con particolare chiarezza che non è possibile distinguere tra diritto all'aiuto a morire e diritto a morire di una persona che versi in una condizione di grave sofferenza fisica e morale; «*l'uno diritto, infatti, poggia sul secondo; e, in tanto perciò se ne può predicare e reclamare la tutela, in quanto previamente si ammetta quest'ultimo*» [cfr. A. Ruggieri, *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di C. Cost. n. 207/2018)*, in M. Ronco, *Il "diritto" di essere uccisi: verso la morte del diritto?*, Torino, 2019, pp. 7-8].

In altre parole: un ordinamento che riconosce l'esistenza di un diritto ad essere aiutati a morire sta al contempo riconoscendo un diritto a morire.

b) La pretesa di circoscrivere la deroga al principio di indisponibilità della vita al caso del malato che chiede (non già di essere ucciso), ma "solo" di essere aiutato a darsi autonomamente la morte – deroga dalla quale discenderebbe l'ammissione del suicidio assistito, ma non anche dell'eutanasia – non si giustifica: se, infatti, si assegna un diritto a disporre della propria vita a chi materialmente può compiere l'atto dispositivo, sulla base di quale criterio si può inibire l'esercizio di tale presunto diritto o facoltà a chi non è in grado di compiere da sé l'atto causativo della morte? Una volta che si ammetta un principio di disponibilità della vita umana, sarà conseguente ritenere che a quanti non sono in grado di procurarsi la morte con un atto autonomo dovrà essere garantito che qualcuno non solo presti loro assistenza (come avviene nel suicidio assistito), ma che compia l'atto a loro richiesta.

In sintesi: il diritto ad essere aiutati a morire implica, su di un piano logico, il previo riconoscimento del diritto a morire; il diritto a morire implica però anche il diritto a

richiedere di essere uccisi, almeno in tutti i quei casi in cui il soggetto non sia in grado di attuare la propria volontà di morte.

D'altronde che non vi sia soluzione di continuità tra suicidio assistito e eutanasia lo si evince dalla stessa sentenza della Corte costituzionale n. 242/2019, la quale, richiamando l'ord. n. 207/2018, menziona espressamente l'atto della *somministrazione di farmaci in grado di provocare la morte* (cfr. *Considerato in diritto*, 2.4). La circostanza che la Corte contempli tale ipotesi – vale a dire un atto che, con ogni evidenza, esorbita dal concetto di suicidio assistito e configura una forma di eutanasia attiva – rende evidente come la distinzione tra suicidio assistito ed eutanasia, fondata sulla distinzione tra il darsi autonomamente la morte e farsi dare la morte da altri su richiesta, sia assai labile sia sul piano logico che sul piano pratico.

6. Confronto tra le indicazioni contenute nella sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale e il testo base in esame

La proposta in esame non solo assegna al malato la facoltà di richiedere l'aiuto al suicidio, ma nel farlo, si accontenta, come ora si dirà, di uno standard di tutela della vita umana inferiore a quello individuato nella sentenza n. 242/2019. La proposta, infatti, non tiene conto di taluni limiti posti dalla Corte costituzionale alla richiesta di suicidio assistito, finendo per tradire lo stesso "spirito" della sentenza che, nel dichiarare la parziale illegittimità della previsione penale che punisce l'aiuto al suicidio, ha cura di precisare che il contrasto costituzionale si pone esclusivamente «*entro lo specifico ambito considerato*» (v. punto 2.3 del *Considerato in diritto*, nel cui esordio pure si usa l'espressione «*circoscritta area di non conformità costituzionale della fattispecie criminosa*», come a ribadire che l'apertura al suicidio assistito non può oltrepassare i limiti essenziali contemplati in sentenza).

Si consideri, in particolare, quanto segue:

a) L'estensione, nel testo base, del requisito clinico della «*patologia irreversibile*»

La sentenza n. 242/2019 circoscrive l'ammissibilità della richiesta di suicidio assistito da parte del malato all'esistenza, tra le altre condizioni, di una «*patologia irreversibile*», concetto, invero, già assai ampio che ricomprende quello di malattia. Il testo base equipara alla patologia irreversibile la «*patologia a prognosi infausta*» nonché la «*condizione clinica irreversibile*». La previsione della patologia a prognosi infausta

appare duplicazione inutile che non giova alla chiarezza della norma: una patologia a prognosi infausta è di necessità una patologia irreversibile. Quanto alla previsione della «*condizione clinica irreversibile*» si tratta di un vistoso ampliamento delle condizioni previste dalla Corte costituzionale, dal momento che una condizione clinica irreversibile non necessariamente corrisponde ad una situazione di patologia. Complessivamente, dal momento che il testo base prevede, anziché un'unica condizione di «*patologia irreversibile*», le tre distinte ipotesi di «*patologia irreversibile*», «*patologia a prognosi infausta*» e «*condizione clinica irreversibile*», i presupposti di accesso alla morte medicalmente assistita risultano non solo ampliati rispetto a quelli elencati dalla sentenza n. 242, ma anche maggiormente sfumati, posto che è assai complesso riuscire a distinguere i confini tra le tre diverse fattispecie. Non solo: una simile prospettiva tradisce "lo spirito" della sentenza costituzionale che, come noto, ha riconosciuto un diritto a essere assistito nel suicidio, quale modalità alternativa di "congedo" dal mondo, stante la previsione contenuta nella L. n. 219/2017 di rifiuto della cura con contestuale sottoposizione a sedazione profonda. Pertanto, l'unico modo per rendere determinato e preciso il requisito in parola è semmai quello di prevedere che non solo debba esistere una patologia irreversibile (senza aggiungere altre condizioni alternative), ma che, al contempo, debba sussistere una prognosi infausta a breve termine.

Si osservi, inoltre, come il concetto di «*situazione clinica irreversibile*» appaia difficilmente conciliabile con i requisiti prescritti dalla L. n. 38/2010 per le cure palliative, cui, tuttavia, la persona deve quanto meno poter accedere, secondo la stessa proposta di legge in esame, per poter richiedere la morte medicalmente assistita. L'art. 2 della L. n. 38 citata definisce, infatti, alla lett. a), le cure palliative nei termini che seguono: «*insieme degli interventi terapeutici, diagnostici e assistenziali, rivolti sia alla persona malata sia al suo nucleo familiare, finalizzati alla cura attiva e totale dei pazienti la cui malattia di base, caratterizzata da un'inarrestabile evoluzione e da una prognosi infausta, non risponde più a trattamenti specifici*». Lo stesso art. 2, lett. c), L. n. 38/2010 definisce il malato, quale soggetto titolare del diritto di ricevere le cure palliative, come «*la persona affetta da una patologia ad andamento cronico ed evolutivo, per la quale non esistono terapie o, se esse esistono, sono inadeguate o sono risultate inefficaci ai fini della stabilizzazione della malattia o di un prolungamento significativo della vita, nonché la persona affetta da una patologia dolorosa cronica da moderata a severa*».

Ad un'analisi attenta, appare che i requisiti per accedere, *de iure condito*, alle cure palliative siano più stringenti di quelli richiesti per accedere al suicidio assistito, secondo la proposta.

Infatti,

per accedere alle cure palliative, ai sensi della **L. n. 38/2010**:	per accedere al suicidio assistito, ai sensi del **testo base**:
- è necessaria «*una patologia ad andamento cronico ed evolutivo, per la quale non esistono terapie o, se esse esistono, sono inadeguate o sono risultate inefficaci ai fini della stabilizzazione della malattia o di un prolungamento significativo della vita*»; in alternativa è necessaria «*una patologia dolorosa cronica da moderata a severa*» (art. 2, lett. c)	- è sufficiente anche solo una *situazione clinica irreversibile*
- ai fini della **valutazione del dolore** del paziente si prescrive, per le cure palliative, un obbligo di rilevazione dello stesso da parte del personale sanitario e l'annotazione nella cartella clinica (art. 7)	- non è prevista una valutazione clinica del dolore del paziente, ai fini della richiesta di morte medicalmente assistita e si richiede unicamente il requisito dell'intollerabilità *soggettiva* di una sofferenza fisica o psichica (art. 3, 1° co.)

b) Il coinvolgimento in un percorso di cure palliative

Già solo per i due aspetti sopra evidenziati, la proposta in esame, pur lasciando intendere che la richiesta di suicidio assistito sia un'*extrema ratio* quando le cure palliative hanno fallito, detta una disciplina incoerente con tale premessa perché, come si è detto *sub* a), richiede, ai fini della formulazione della richiesta di morte medicalmente assistita, requisiti meno stringenti rispetto a quelli previsti dalla L. n. 38/2010 per le cure

palliative. La mancata armonizzazione tra le due discipline rivela, pertanto, ad avviso di chi scrive una scarsa attenzione della proposta in esame rispetto ad un obiettivo di valorizzazione delle cure palliative.

Allo stesso giudizio si giunge se si confronta la previsione sulle cure palliative contenuta nella proposta e le indicazioni sul tema contenute nella sentenza n. 242/2019. In quest'ultima si afferma: «*Il coinvolgimento in un percorso di cure palliative deve costituire, "un pre-requisito della scelta, in seguito, di qualsiasi percorso alternativa da parte del paziente" (come già prefigurato dall'ordinanza n. 207/2018)*» E continua: «*Si cadrebbe, altrimenti, nel paradosso di non punire l'aiuto al suicidio senza avere prima assicurato l'effettività del diritto alle cure palliative*» (cfr. Corte cost., sentenza n. 242/2019, *Considerato in diritto*, 2.4).

Anche il testo base in esame contempla, come si è detto, il percorso di cure palliative, all'art. 3, 2° co., lett. c), dove si prevede che la persona richiedente la morte assistita, debba «*essere assistita dalla rete di cure palliative o abbia espressamente rifiutato tale percorso assistenziale*». Tuttavia il testo base assume, in materia di cure palliative, un approccio ben distinto da quello della Corte costituzionale. Nella prospettiva della sentenza, infatti, il percorso delle cure palliative deve essere stato attivato prima di poter avanzare una richiesta di suicidio assistito. La proposta di legge, invece, si limita a richiedere, all'art. 3, 2° co., lett. c), che la persona richiedente la morte assistita sia «*assistita dalla rete di cure palliative o abbia espressamente rifiutato tale percorso assistenziale*». La prospettiva del testo in esame è profondamente diversa rispetto a quella della Corte costituzionale poiché quest'ultima esige che il malato, prima di richiedere il suicidio assistito, abbia tentato la cura del dolore, nella consapevolezza che «*l'accesso alle cure palliative, ove idonee a eliminare la sofferenza, spesso si presta, a rimuovere le cause della volontà del paziente di congedarsi dalla vita*» (*Considerato in diritto*, 5). L'approccio della proposta è, invece, improntato ad una verifica solo formale della volontà di morte del paziente: questi deve essere informato che esistono le cure palliative e deve essere posto nelle condizioni di potervi accedere; tuttavia non si richiede che ne sperimenti gli effetti potenzialmente benefici sul proprio corpo e sulla propria psiche prima di maturare la decisione definitiva.

7. Conclusione: necessaria affermazione del principio di indisponibilità della vita umana e piena attuazione del diritto "*ad essere aiutati nel morire*"

Quanto fin qui detto intende offrire taluni spunti di riflessione al fine di supportare un intervento del legislatore che riaffermi il rapporto inscindibile tra l'impianto personalistico che informa l'ordinamento giuridico italiano e il principio di indisponibilità della vita umana, premessa per un pieno rispetto anche del principio di eguaglianza e del dovere di solidarietà.

Il riconoscimento del carattere irrinunciabile del principio di indisponibilità della vita richiede al legislatore un atto di consapevolezza del proprio ruolo politico che lo impegni a ricercare un equilibrio armonico tra tutela della vita, cura del paziente, rispetto dell'autodeterminazione e lotta alla sofferenza del malato inguaribile, superando una visione frammentata che contrappone tali beni, perdendo così di vista l'obiettivo del bene complessivo della persona.

Al fine di individuare taluni punti fermi in materia di legislazione sul fine vita, si ritiene utile ripartire dall'affermazione dell'esistenza di un diritto del malato non "ad essere aiutato *a* morire" (da cui si giunge inevitabilmente all'affermazione di un diritto "a morire" e di un diritto "ad essere uccisi") quanto piuttosto di un diritto "ad essere aiutato *nel* morire". Tale diritto discende direttamente dall'art. 32 Cost. e consiste nell'ottenere la somministrazione di tutte le cure di sollievo al dolore anche in assenza di una richiesta espressa (fermo restando, ovviamente, il rispetto del rifiuto al trattamento). Il diritto "ad essere aiutati nel morire" contempla senza dubbio anche la possibilità di ricorrere a trattamenti che abbiano quali effetti non direttamente voluti (ancorché conosciuti) un'anticipazione dell'*exitus*. Dal momento che la somministrazione di tali trattamenti potrebbe anche integrare la modalità con cui praticare un atto eutanasico, «*il discrimine tra eutanasia e comportamento lecito sta nel metodo e nell'intenzione. Sotto il primo profilo, è ovvio che il criterio guida per la somministrazione di farmaci è la proporzionatezza rispetto all'esigenza di contrasto al dolore*» (Ronco, voce «Eutanasia», in *Dig. disc. pen.*, V agg., 2010, 235).

La soluzione praticabile sul piano normativo non consiste, allora, nell'introduzione di una procedura per il ricorso del suicidio assistito, ma anzitutto in una implementazione capillare del sistema delle cure palliative previste dalla L. n. 38/2010 e secondo la prospettiva già assunta dal legislatore italiano con la previsione dell'art. 2, 1° co., L. n. 219/2017.

Sul piano strettamente penalistico ritiene chi scrive che l'unica via coerente con siffatta premessa sia quella di prevedere – se ritenuta necessaria – una circostanza attenuante qualora, sussistendo le condizioni a) della malattia irreversibile, b) della sofferenza intollerabile del malato, c) della previa attivazione del trattamento di sostegno vitale, d) della richiesta di morire della persona capace di intendere e di volere, e) dell'attivazione di trattamenti palliativi, il fatto di agevolare l'altrui suicidio sia commesso da persona prossima alla vittima, nello stato di turbamento generato dall'altrui sofferenza.

Esame del Disegno di legge 2005 "*Misure di prevenzione e contrasto della discriminazione e della violenza per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità*".

****

Si riporta il testo della relazione di Daniela Bianchini[*]*, depositata in seguito all'audizione informale in Commissione Giustizia al Senato della Repubblica del 3 giugno 2021.*

Abstract: In ragione della genericità delle norme, della vaghezza di alcuni termini e del ricorso allo strumento della sanzione penale, il d.d.l. 2005 presenta seri rischi per la libertà di manifestazione del pensiero circa la sessualità e le tematiche ad essa relative. La scuola sarebbe uno degli ambiti maggiormente interessati da queste limitazioni.
Con riferimento al contesto scolastico, occorre distinguere gli effetti sotto due profili di valutazione: un primo profilo concernente gli effetti delle norme del disegno di legge nel loro insieme e un secondo profilo concernente in maniera specifica gli effetti relativi all'art. 7 del disegno di legge.

Sommario

1. Il d.d.l. 2005 costituisce un pericolo per la libertà di manifestazione del pensiero

2. Le limitazioni della libertà di manifestazione del pensiero riguarderebbero ogni ambito della vita sociale, compresa la scuola

3. Brevi riflessioni sulle criticità dell'art. 7 del disegno di legge 2005

Prima criticità: non c'è alcun riferimento alla disabilità

Seconda criticità: il d.d.l. 2005 pretenderebbe di introdurre a scuola argomenti basati sull'identità di genere, ossia argomenti che esulano dalla competenza scolastica e che, nell'interesse dei minori, devono invece essere lasciati alla responsabilità educativa dei genitori

Terza criticità: la previsione delle attività di cui all'art. 7 non tiene conto del rapporto di collaborazione scuola/famiglia e del primato educativo dei genitori

Quarta criticità: gli insegnanti sarebbero costretti a partecipare alle attività di cui all'art. 7, pur non condividendo i messaggi trasmessi agli studenti e senza poter manifestare il dissenso o discutere sull'argomento

[*] Avvocato in Roma, Dottore di ricerca in Diritto canonico ed ecclesiastico – Università degli Studi di Perugia e Cultore della materia di Diritto di famiglia e minorile all'Università LUMSA di Roma

Quinta criticità: introdurre nella scuola insegnamenti divisivi e controversi è senz'altro contrario ai principi posti a tutela dei minori, i quali vanno tutelati da insegnamenti anche solo potenzialmente dannosi per il loro sano ed equilibrato sviluppo psicofisico.

4. Conclusioni: a tutela di genitori, insegnanti e minori non sarebbe comunque sufficiente modificare o eliminare l'art. 7 del d.d.l. 2005

1. **Il d.d.l. 2005 costituisce un pericolo per la libertà di manifestazione del pensiero**

Il disegno di legge in esame, lungi dall'essere uno strumento di tutela contro le discriminazioni, costituisce piuttosto un pericoloso strumento di limitazione della manifestazione del pensiero in materia di sessualità, volendo di fatto imporre la visione antropologica alla base della teoria gender, che nega la dimensione sessuata dell'individuo: quanto appena affermato si ricava dal fatto che il disegno di legge è formulato attorno al controverso concetto di *identità di genere*, elemento alla base della teoria gender, al quale i promotori hanno più volte ribadito di non voler rinunciare, malgrado le criticità emerse durante il confronto politico e messe in evidenza anche da autorevole dottrina.

Preme qui osservare che persino fra i sostenitori del d.d.l. 2005 vi sono state posizioni piuttosto critiche circa il riferimento all'*identità di genere*, termine considerato vago ed indeterminato («*identificazione percepita e manifestata di sé in relazione al genere … indipendentemente dall'aver concluso un percorso di transizione*») e, in quanto tale, contrario a quelli che sono i principi di tassatività e sufficiente determinatezza alla base dell'ordinamento penale.

È plausibile ritenere che la genericità delle norme e la previsione della sanzione penale in caso di violazione, determinerebbero quale effetto quello di indurre le persone ad evitare di manifestare in pubblico il proprio pensiero sul tema della sessualità e su tutte le questioni ad esso relative.

Questioni – come ad esempio l'adozione da parte di coppie omosessuali, la maternità surrogata o l'educazione dei minori nelle scuole – che necessitano, invece, di un confronto aperto e rispettoso, a tutela della società e delle sue componenti più giovani, per evitare che, nell'assenza di dibattito pubblico, si radichino concezioni prive di fondamento scientifico e si impedisca di fatto la possibilità di aderire legittimamente a visioni della vita e dei rapporti umani diverse da quelle che si vorrebbe imporre attraverso l'esclusione del dialogo e del confronto.

Il d.d.l. 2005 – per la vaghezza dei termini e il ricorso allo strumento della sanzione penale – pone dunque in serio pericolo la libertà di manifestazione del pensiero e, favorendo di fatto l'imposizione di un pensiero unico, si pone altresì in contrasto con il fondamentale principio pluralistico, che costituisce l'architrave del carattere democratico del nostro ordinamento.

Non va inoltre dimenticato che i due presupposti – l'emergenza sociale e il vuoto normativo – su cui i sostenitori del d.d.l. 2005 hanno basato le proprie argomentazioni a sostegno della sua approvazione sono del tutto prive di fondamento:

- dai dati forniti dal Ministero dell'Interno attraverso l'OSCAD risulta in maniera palese come l'argomento dell'emergenza sociale sia artefatto e strumentale, in quanto le segnalazioni relative a crimini di odio pervenute negli ultimi anni riguardano principalmente la razza, l'etnia e la religione e soltanto in una percentuale minima riguardano l'orientamento sessuale, il che esclude che si possa parlare di "emergenza sociale";
- dalla mera lettura del codice penale e dall'esame della giurisprudenza circa i reati commessi in relazione all'orientamento sessuale della vittima, risulta evidente che non vi sono neppure vuoti normativi, in quanto nel nostro ordinamento sono già sanzionate le offese, le percosse, le violenze ecc. commesse ai danni di qualunque persona, senza fare alcuna distinzione. Inoltre il codice penale prevede anche due aggravanti, ossia la minorata difesa e i motivi abbietti e futili, che già trovano applicazione anche nei casi di reati commessi in relazione dell'orientamento sessuale della vittima.

Ne consegue che il d.d.l. 2005, per come è formulato, esclude – o comunque ostacola gravemente – il pubblico e legittimo confronto sociale sulle tematiche relative alla sessualità umana, pretendendo di imporre – con il pretesto della lotta contro le discriminazioni – un pensiero unico e dominante.

2. Le limitazioni della libertà di manifestazione del pensiero riguarderebbero ogni ambito della vita sociale, compresa la scuola

Quanto finora osservato porta a ritenere che, laddove il d.d.l. 2005 venisse approvato, vi sarebbero gravi ripercussioni sull'intera società, in quanto la limitazione della libertà

di manifestazione del pensiero riguarderebbe tutti gli ambiti nei quali si svolge la vita sociale.

L'ambito maggiormente colpito – nonché quello più delicato perché riguarda anche i minori – sarebbe la scuola, ove la compressione della libertà di manifestazione del pensiero produrrebbe effetti negativi in termini di:

- **limitazione della libertà educativa dei genitori** (che nel manifestare contrarietà a certi insegnamenti o attività potrebbero essere ritenuti "*omofobi*"),
- **limitazione della libertà di insegnamento** (gli insegnanti che manifestassero opinioni contrarie alla teoria gender potrebbero essere accusati di discriminazione, con evidenti conseguenze sul piano professionale e giuridico),
- **grave pregiudizio per la formazione scolastica dei minori** (in quanto sarebbero privati di un ambiente aperto e pluralista e verrebbe fortemente limitata la capacità di critica e il confronto delle opinioni).

Del resto, l'interesse a diffondere la cultura gender nelle scuole è stata manifestata chiaramente dai sostenitori del d.d.l. 2005 nei vari dibattiti pubblici e si evince anche dall'art. 7 comma 3 dello stesso disegno di legge, che prevede il coinvolgimento delle scuole di ogni ordine e grado in «*cerimonie, incontri e ogni altra iniziativa utile*» per la realizzazione delle finalità di cui al comma 1 dello stesso articolo, ossia per la promozione della «*cultura del rispetto e dell'inclusione*» unicamente basata sul tema dell'*orientamento sessuale* e dell'*identità di genere*.

3. Brevi riflessioni sulle criticità dell'art. 7 del disegno di legge 2005

L'art. 7 del d.d.l. 2005 prevede "*l'istituzione della Giornata nazionale contro l'omofobia, la lesbofobia, la bifobia e la transfobia*", finalizzata alla promozione della «*cultura del rispetto e dell'inclusione*», limitatamente all'orientamento sessuale e all'identità di genere. Le scuole di ogni ordine e grado, secondo quanto previsto dal combinato disposto del secondo e terzo comma dell'articolo, sono chiamate ad organizzare «*cerimonie, incontri, e ogni altra iniziativa utile per la realizzazione delle finalità di cui al comma 1*».

- **Prima criticità**: **non c'è alcun riferimento alla disabilità.**

È piuttosto singolare riscontrare in un disegno di legge che formalmente intende introdurre "*misure di prevenzione e contrasto della discriminazione per motivi fondati*

sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità" una palese mancanza di attenzione verso una categoria che pretenderebbe di tutelare: non si comprende, infatti, per quale ragione la disabilità sia stata esclusa dalla Giornata nazionale e dalle relative cerimonie ed attività previste al comma 3 dell'art. 7.

Di certo la ragione non può rinvenirsi nel fatto che esiste già la Giornata internazionale delle persone con disabilità, posto che esiste già anche la Giornata internazionale contro l'omofobia, la transfobia e la bifobia. A ben vedere, detta esclusione è del tutto priva di valide motivazioni e sembra piuttosto dovuta al fatto di voler concentrare l'attenzione unicamente sull'*orientamento sessuale* e l'*identità di genere*.

Del resto, durante il confronto in Commissione giustizia alla Camera la questione è stata sollevata ed è stato altresì proposto di istituire, semmai, una Giornata contro ogni forma di discriminazione. Come noto, questa proposta è stata rifiutata, a dimostrazione ulteriore che il vero interesse del d.d.l. 2005 non è tanto quello di prevenire e contrastare le discriminazioni, quanto piuttosto quello di diffondere la cultura che si basa sul concetto di *identità di genere*, impedendo – anche attraverso il timore della sanzione penale – la circolazione di opinioni contrarie.

Sta di fatto che quella esclusione determina delle conseguenze in relazione alle attività di cui al comma 3 dell'art.7: la disabilità, non rientrando fra gli obiettivi di cui al comma 1 e non essendo neppure contemplata nel titolo della Giornata nazionale, non potrà essere oggetto di promozione nell'ambito delle attività ed iniziative previste per la Giornata. Con riferimento alla scuola, questo significa, ad esempio, che gli insegnanti non potranno trattare in classe la tematica della disabilità, dovendo focalizzare l'attenzione esclusivamente sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere, facendo peraltro attenzione a non manifestare pensieri contrari alla teoria gender perché questo – stante l'incertezza terminologica del disegno di legge – potrebbe essere ritenuto discriminatorio e comportare accuse di omofobia.

- **Seconda criticità: il d.d.l. 2005 pretenderebbe di introdurre a scuola argomenti basati sull'identità di genere, ossia argomenti che esulano dalla competenza scolastica e che, nell'interesse dei minori, devono invece essere lasciati alla responsabilità educativa dei genitori.**

L'art. 7 comma 3 prevede il coinvolgimento delle scuole di ogni ordine e grado in attività il cui contenuto non è specificato ma è comunque ricavabile sia dal riferimento al

comma 1, sia dall'esperienza che è già stata fatta in occasione dei numerosi tentativi operati da varie associazioni LGBT di introdurre la "cultura gender" nelle scuole, attraverso il coinvolgimento di studenti ed insegnanti in varie attività (es. spettacoli teatrali, visione di cartoni animati, lettura di favole, ascolto di testimonianze di esponenti del mondo LGBT ecc.). Come noto, i genitori hanno potuto impedire l'ingresso nelle scuole di attività basate sull'*identità di genere* e la *fluidità di genere* facendo valere il loro diritto fondamentale di scelta educativa, la cui rilevanza è stata ribadita anche dal MIUR con la circolare n. 0019534 del 20/11/2018, emanata proprio per impedire l'ingresso nelle scuole di insegnamenti o attività confliggenti con la libertà educativa delle famiglie.

Il coinvolgimento delle scuole – ossia dei bambini, degli adolescenti e degli insegnanti – previsto dall'art. 7 viola pertanto in modo palese il riparto di competenze fra la scuola e i genitori, secondo cui non compete alla scuola la trattazione di tematiche particolarmente sensibili come quelle relative alla sessualità.

Detto riparto di competenze si ricava dal combinato disposto degli artt. 30 e 34 della Costituzione.

Soltanto ai genitori è infatti riconosciuta – dall'art. 30 cost. e dalle fonti internazionali – la responsabilità di provvedere all'educazione e all'istruzione della prole, con la conseguenza che compete in via esclusiva ai genitori la responsabilità di prendere decisioni che riguardano lo sviluppo psico-fisico dei figli. Ciò significa in ultima analisi che i genitori hanno l'autorità di decidere *come* e *quando* affrontare con i propri figli tematiche concernenti la sfera più intima.

Secondo l'art. 34 della Costituzione, *la scuola è aperta a tutti*. Per dare piena attuazione al disposto costituzionale è quindi necessario che lo Stato garantisca un'offerta formativa che non soltanto sia in grado di far acquisire ai minori le conoscenze necessarie ma che sia anche fondata su valori condivisi. La scuola pubblica, per essere davvero *aperta a tutti*, deve essere una comunità accogliente e deve promuovere la partecipazione, il rispetto e il confronto, in modo da realizzare un ambiente dove gli studenti possano comprendere il valore della condivisione e della pacifica convivenza. Ne consegue che tematiche ideologiche e divisive non possono trovare ingresso nella scuola, in quanto andrebbero ad alterare gli equilibri e si porrebbero come ostacoli ad un'effettiva *apertura* secondo il disposto dell'art. 34 cost.

La scuola è quindi chiamata ad accogliere tutti, senza fare distinzioni e senza porre condizioni o limiti lesivi dei diritti fondamentali.

A tal proposito giova ricordare che l'art. 28 della Convenzione ONU del 1989, nel rispetto del diritto all'educazione dei minori, impone agli Stati di adottare «*ogni adeguato provvedimento per vigilare affinché la disciplina scolastica sia applicata in maniera compatibile con la dignità del fanciullo in quanto essere umano*».

Coerentemente con questo principio, il MIUR, al fine di impedire nelle scuole lo svolgimento di attività o insegnamenti contrari alla competenza scolastica e al primato educativo dei genitori, nel 2018 ha ribadito che «*la partecipazione a tutte le attività che non rientrano nel curricolo obbligatorio, ivi inclusi gli ampliamenti dell'offerta formativa di cui all'articolo 9 del D.P.R. n. 275 del 1999, è, per sua natura, facoltativa e prevede la richiesta del consenso dei genitori per gli studenti minorenni, o degli stessi se maggiorenni. In caso di non accettazione, gli studenti possono astenersi dalla frequenza. Al fine del consenso, è necessario che l'informazione alle famiglie sia esaustiva e tempestiva*» (cfr. circolare MIUR prot. n. 0019534 del 20/11/2018).

Come è evidente, la scuola non può prevedere insegnamenti personalizzati per ciascuno studente. Pertanto, a garanzia dell'interesse e della dignità di ciascun minore e nello stesso tempo di tutti i minori coinvolti, deve proporre un'offerta formativa equilibrata, che possa soddisfare le esigenze educative di tutti e al contempo non escludere nessuno, neppure indirettamente.

Per tale ragione, ad esempio, il buon senso ha sempre consigliato di evitare a scuola messaggi politici: a scuola gli studenti devono apprendere quelli che sono i valori del nostro ordinamento, devono imparare a conoscere e rispettare i diritti fondamentali dell'uomo ma non devono essere orientati verso un partito piuttosto che un altro. Lo stesso vale per tutte le altre tematiche divisive che, in quanto tali, esulano dalla competenza della scuola. Ne consegue che a scuola non possano essere svolte attività concernenti l'identità di genere.

A tal ultimo proposito, giova considerare l'erroneità di quanto affermato dai sostenitori del d.d.l. 2005 a sostegno dell'introduzione nelle scuole di insegnamenti basati sull'identità di genere, secondo cui questi sarebbero finalizzati a contrastare fenomeni di bullismo legati all'orientamento sessuale delle vittime.

Si tratta di un'argomentazione del tutto pretestuosa, in quanto il contrasto al bullismo non passa di certo attraverso l'introduzione di insegnamenti divisivi e controversi sulla sessualità, bensì attraverso l'educazione di bambini ed adolescenti al rispetto di tutte le persone in ragione della loro dignità umana.

A scuola, attraverso l'educazione civica, vengono trasmessi agli studenti i valori su cui si fonda la pacifica convivenza, viene insegnata l'importanza della solidarietà e viene spiegato il significato del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 cost.

Semmai, al fine di favorire lo sviluppo armonioso dei minori e al contempo contrastare il fenomeno del bullismo può essere utile introdurre nelle scuole *l'educazione dell'intelligenza emotiva*, come è stato proposto anche da due progetti di legge (d.d.l. 1635 del 3 dicembre 2019 e P.d.l. 2782 del 13 novembre 2020), in cui è stata messa in evidenza l'opportunità di offrire agli studenti strumenti volti a stimolare la capacità di comprensione degli altri, allo scopo di migliorare la qualità delle relazioni umane e contrastare efficacemente ogni fenomeno di bullismo.

La scuola è infatti chiamata a formare i minori in modo che questi possano acquisire tutte le competenze necessarie per il sano ed equilibrato sviluppo della personalità e per la partecipazione attiva alla vita sociale, nel rispetto dei principi e dei diritti fondamentali a tutela dei minori, secondo quanto previsto dalla Costituzione e dalle fonti internazionali, fra cui *in primis* la Convenzione ONU del 1989 sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, che nel preambolo pone in primo piano un presupposto fondamentale per la tutela dei diritti dei minori: occorre «*preparare pienamente il fanciullo ad avere una sua vita individuale nella Società, ed educarlo nello spirito degli ideali proclamati nella Carta delle Nazioni Unite, in particolare in uno spirito di pace, di dignità, di tolleranza, di libertà, di eguaglianza e di solidarietà*».

I minori, come è stato più volte ricordato anche dall'Autorità garante dell'infanzia e dell'adolescenza, hanno dunque il diritto di crescere in uno spirito di eguaglianza e solidarietà, di essere liberi di esprimere la propria opinione con la certezza di essere ascoltati, di crescere in un ambiente sano e favorevole allo sviluppo armonioso e completo della personalità, nonché di ricevere assistenza e protezione dalle istituzioni e di essere protetti da ogni forma di violenza fisica o psicologica.

Infine, a fugare ogni possibile dubbio circa l'incompetenza della scuola a trattare tematiche relative all'identità di genere o all'orientamento sessuale è intervenuto anche il

MIUR, che in maniera chiara ed incontrovertibile ha affermato che fra le tematiche estranee ai compiti e agli obiettivi della scuola vi è senz'altro quella relativa all'identità di genere: il Ministero, nel precisare quali conoscenze vadano trasmesse a scuola ha affermato testualmente che fra queste «*non rientrano in nessun modo né "ideologie gender" né l'insegnamento di pratiche estranee al mondo educativo*» (cfr. Prot. n. 1972 del 15/09/2015).

Proprio sulla base di questa circolare del MIUR, tra l'altro, di recente l'Ufficio scolastico regionale per il Lazio ha dovuto ritirate un documento – intitolato "*Linee guida per la scuola: strategie di intervento e promozione del benessere dei bambini e degli adolescenti con varianza di genere*" – che aveva diffuso nelle scuole di ogni ordine e grado del territorio e che era stato da subito ritenuto illegittimo dalle associazioni a tutela dei minori. Le Linee guida avevano lo scopo di promuovere attività ed insegnamenti sulla varianza di genere, in palese contrasto con i principi sopra enunciati in materia di competenza scolastica.

Ebbene, anche alla luce di quanto accaduto nel Lazio, è plausibile ritenere che, qualora il d.d.l. 2005 diventasse legge, sarebbe molto difficile per i genitori e gli insegnanti impedire l'ingresso di certe attività che già attualmente, in spregio ai principi esistenti, i sostenitori della cultura gender stanno tentando di imporre nelle scuole.

Preme qui osservare che ai fini dell'inclusione di eventuali minori con varianza di genere, nell'interesse di tutti i minori coinvolti, la soluzione non può essere certo quella di introdurre nelle scuole insegnamenti controversi, bensì quella di attuare strategie che prevedano, da una parte, fra i compagni di classe, la promozione dell'inclusione attraverso il dialogo rispettoso ed il confronto e, dall'altra, il rafforzamento della collaborazione fra gli insegnanti e le singole famiglie interessate, in modo da individuare le situazioni di disagio, valutare e comprenderne le cause e attuare interventi mirati volti ad offrire al minore gli strumenti necessari per affrontare il percorso scolastico serenamente.

- **Terza criticità: la previsione delle attività di cui all'art. 7 non tiene conto del rapporto di collaborazione scuola/famiglia e del primato educativo dei genitori.**

La scuola e i genitori sono chiamati a formare i minori e garantire loro il fondamentale diritto all'educazione e all'istruzione: si tratta di soggetti che hanno competenze diverse e che, nel reciproco rispetto dei ruoli, devono collaborare nell'interesse dei minori.

Soltanto ai genitori è infatti riconosciuto il diritto-dovere di educare ed istruire i figli, mentre alla scuola compete un ruolo di supporto, tanto che i genitori potrebbero anche legittimamente decidere, nel rispetto della normativa prevista, di provvedere direttamente all'istruzione dei propri figli (c.d. *educazione parentale*).

Inoltre, le fonti internazionali riconoscono espressamente il primato educativo dei genitori (cfr. art. 26 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo: «*I genitori hanno diritto di priorità nella scelta del genere di istruzione da impartire ai loro figli*»), in virtù del quale, come si è visto, ci sono tematiche che esulano dalla competenza scolastica, in quanto rientrano nella sfera educativa di esclusiva competenza dei genitori.

Come affermato dal MIUR nella circolare del 22/11/2012 (prot. n. 0003214), avente ad oggetto la trasmissione delle Linee di indirizzo sulla corresponsabilità educativa, occorre dare rilievo alla collaborazione educativa tra scuola e famiglia, che è «*fondata sulla condivisione dei valori e su una fattiva collaborazione delle parti nel reciproco rispetto delle competenze*» ed è necessaria per «*offrire ai ragazzi la più alta opportunità di sviluppo armonico e sereno*».

Nelle Linee di indirizzo del 2012 sulla corresponsabilità, il MIUR sottolinea che genitori ed insegnanti hanno ruoli diversi e che la corresponsabilità si basa proprio sul reciproco riconoscimento e rispetto dei ruoli, nonché sulla *condivisione dei valori*: quest'ultimo elemento conferma ulteriormente la necessità, soprattutto nell'interesse dei minori, di evitare che nella scuola siano trattati argomenti divisivi e controversi.

Che sull'identità di genere vi sia contrasto e divisione è evidente, come è emerso dal dibattito politico e sociale sul tema e come è emerso dalle recenti reazioni circa il documento sulla varianza di genere diramato dall'Ufficio scolastico regionale del Lazio cui sopra si è fatto cenno.

Introdurre tematiche divisive e prive peraltro di fondamento scientifico avrebbe senz'altro delle ripercussioni negative sul rapporto scuola/famiglia e, prima ancora, andrebbe a violare il diritto fondamentale dei genitori di educare liberamente i propri figli.

Giova a tal proposito considerare che quelle attività di cui all'art. 7, proprio in quanto giustificate dalla preparazione alla Giornata nazionale, troverebbero una legittimazione

all'interno delle scuole, con la conseguenza che i genitori non potrebbero neppure più invocare il consenso informato (oltre ai limiti della libertà di manifestazione del pensiero che già di per sé determinerebbero una compressione della libertà educativa dei genitori, come sopra si è detto).

- **Quarta criticità: gli insegnanti sarebbero costretti a partecipare alle attività di cui all'art. 7, pur non condividendo i messaggi trasmessi agli studenti e senza poter manifestare il dissenso o discutere sull'argomento.**

L'introduzione nelle scuole di tematiche divisive e prive di fondamento scientifico contrasta altresì con la libertà di insegnamento riconosciuta ai docenti dall'art. 33 Cost. – l'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento –, che trova la propria *ratio* nell'esigenza di garantire i docenti da costrizioni o condizionamenti da parte dello Stato al fine di salvaguardare il pluralismo e garantire agli studenti un ambiente scolastico aperto al confronto delle idee e rispettoso dei diritti fondamentali.

La libertà di insegnamento, secondo quanto previsto dalla Costituzione, è funzionale al godimento pieno ed effettivo del diritto all'istruzione e di conseguenza allo sviluppo democratico della società: l'insegnamento deve essere libero, perché solo in questo modo ha spazio nella scuola il senso critico necessario per gli obiettivi di formazione integrale dei minori.

Il compito affidato agli insegnanti che operano nella scuola non è meramente quello di trasmettere agli studenti delle "informazioni" nei vari campi del sapere: l'insegnamento ha una portata più ampia, ed è finalizzato alla piena formazione della personalità dei discenti, alla loro valorizzazione e all'acquisizione della capacità di critica indispensabile per partecipare attivamente alla vita sociale.

- **Quinta criticità: introdurre nella scuola insegnamenti divisivi e controversi è senz'altro contrario ai principi posti a tutela dei minori, i quali vanno tutelati da insegnamenti anche solo potenzialmente dannosi per il loro sano ed equilibrato sviluppo psicofisico.**

Un insegnamento che crea confusione e che induce bambini ed adolescenti a credere che possano bloccare senza problemi il loro sviluppo sessuale in attesa di decidere a quale genere appartenere, che parla loro di "*fluidità di genere*" (concetto che si ricava dall'art. 1 lettera d del d.d.l. 2005) può forse dirsi che concorra al sano ed equilibrato sviluppo dei minori?

Certamente no, come è possibile dedurre dalle esperienze di altri Paesi, fra cui il Regno Unito, dove negli ultimi anni sono stati introdotti nei programmi ministeriali insegnamenti basati sull'identità di genere, con la conseguenza che si è assistito ad un progressivo aumento esponenziale di transizioni di genere fra i minori (anche di età compresa fra i dieci e gli undici anni): un fenomeno che ha destato molta preoccupazione nella società e soprattutto fra i genitori, tanto che il Ministero dell'istruzione ha sentito l'esigenza di emanare, nello scorso mese di settembre, delle Linee guida in cui ha precisato che è sbagliato ritenere che un minore possa appartenere ad un sesso diverso in base alle preferenze da lui manifestate. Il Ministero dell'istruzione inglese è dovuto intervenire perché quelle numerose transizioni di genere sono state messe in correlazione proprio con i messaggi trasmessi, nelle scuole, a bambini ed adolescenti circa la *fluidità del genere*: nel corso delle lezioni sull'identità di genere i minori possono infatti essere indotti a dubitare del loro sesso, può essere loro insinuato il dubbio che potrebbero stare in un corpo diverso da quello che biologicamente appare e che se hanno qualche perplessità possono anche bloccare il proprio sviluppo sessuale ricorrendo a trattamenti ormonali. Si tratta di messaggi molto pericolosi, che possono creare grave confusione nei minori, in particolare in quelli più fragili, che in misura maggiore rispetto agli altri possono essere disorientati, messi a disagio da certi discorsi e trovarsi in uno stato di sofferenza.

Alla luce dell'art. 7 del d.d.l. 2005 è inoltre opportuno domandarsi se un insegnamento basato su una teoria priva di fondamento scientifico, che si discosta dal dato biologico pretendendo di convincere che la distinzione sessuale dell'essere umano sia una mera costruzione sociale – perché a questo si allude quando si parla di *identità di genere* – possa o meno dirsi rispettoso del superiore interesse dei minori a ricevere un'istruzione di qualità.

La risposta è certamente negativa, in quanto la qualità dell'istruzione si misura in termini di raggiungimento degli obiettivi previsti, fra i quali si annoverano il pieno ed armonioso sviluppo della personalità del minore, il senso della sua dignità e la capacità di critica.

Come affermato nella Risoluzione dell'Assemblea parlamentare del Parlamento europeo n. 1904 del 4 ottobre 2012: «*per garantire il diritto fondamentale all'educazione, l'intero sistema educativo deve assicurare l'eguaglianza delle opportunità ed offrire*

un'educazione di qualità per tutti gli allievi, con la dovuta attenzione non solo di trasmettere il sapere necessario all'inserimento professionale e nella società, ma anche i valori che favoriscono la difesa e la promozione dei diritti fondamentali, la cittadinanza democratica e la coesione sociale». L'Assemblea parlamentare, nella medesima Risoluzione, ha inoltre precisato che «*è a partire dal diritto all'educazione così inteso che bisogna comprendere il diritto alla libertà di scelta educativa*» e pertanto gli Stati hanno l'obbligo di rispettare «*il diritto dei genitori assicurando questa educazione e questo insegnamento conformemente alle loro convinzioni religiose e filosofiche*».

4. Conclusioni: a tutela di genitori, insegnanti e minori non sarebbe comunque sufficiente modificare o eliminare l'art. 7 del d.d.l. 2005

Le previsioni di cui all'art. 7 del d.d.l. 2005 si pongono in contrasto con i principi fondamentali in materia di educazione e formazione dei minori, nonché in materia di libertà di educazione dei genitori e di insegnamento dei docenti, per le ragioni di cui si è detto.

Tuttavia, per come è formulato il disegno di legge si ritiene che non sarebbe comunque sufficiente – a tutela di minori, genitori ed inseganti – modificare il contenuto dell'art. 7.

Gli altri articoli che compongono il testo, infatti, potrebbero comunque operare anche in ambito scolastico indipendentemente dall'art. 7, determinando non soltanto le limitazione della libertà di manifestazione del pensiero di cui si è detto ma anche l'introduzione di attività o insegnamenti gender nelle scuole: laddove infatti venisse manifestata opposizione a detta introduzione da parte di genitori, dirigenti scolastici o insegnanti – come è stato fatto finora – questi potrebbero essere accusati di discriminazione e denunciati.

Inoltre i docenti non sarebbero più liberi di insegnare certe materie, in quanto laddove affermassero pensieri contrari alla teoria gender – come ad esempio la differenza biologica fra uomo e donna presente fin dalla nascita e insita nel DNA – potrebbero essere accusati di discriminazione, rischiare un procedimento penale e persino l'applicazione di una sanzione, dal momento che il disegno di legge non chiarisce cosa sia lecito e cosa non lo sia. La libertà di insegnamento verrebbe così svuotata dei suoi contenuti essenziali, ossia dell'autonomia didattica e della libera espressione culturale del docente.

È evidente che di fronte al rischio di subire lo stigma sociale di "*omofobo*" se non addirittura di essere denunciato e sanzionato, la maggior parte delle persone "*per quieto vivere*" mortificherebbe la propria libertà evitando di manifestare in pubblico le proprie opinioni.

Le limitazioni subite da genitori e insegnanti alle loro rispettive libertà e il timore da ambo le parti di esprimere liberamente il proprio pensiero per le ragioni sopra rappresentate potrebbero dunque condizionare negativamente il rapporto di collaborazione scuola/famiglia, rendendolo più formale e distaccato.

Tutto ciò avrebbe delle ricadute anche sulla formazione dei minori in termini di impoverimento sotto il profilo culturale, relazionale e valoriale. Oltre ovviamente ai pregiudizi che i minori potrebbero subire in seguito all'introduzione di insegnamenti basati sull'identità di genere che, come si è precisato, potrebbero entrare nelle scuole anche a prescindere dall'art. 7, attraverso l'applicazione delle altre norme.

Esame del Disegno di legge 2005 "*Misure di prevenzione e contrasto della discriminazione e della violenza per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità*".

****

Si riporta il testo della relazione di Roberto Respinti[*]*, depositata in seguito alla richiesta da parte della Commissione Giustizia del Senato della Repubblica.*

Ringrazio la Commissione Giustizia del Senato della Repubblica per la richiesta di questo contributo ai lavori sul Disegno di legge in oggetto.

In seno al Centro studi Rosario Livatino – in considerazione delle diverse audizioni e memorie scritte in corso di presentazione da parte di suoi esponenti – si è operato un coordinamento al fine di armonizzare i contenuti delle relazioni di ciascuno e agevolare i lavori della Commissione.

In tale contesto il mio contributo si concentra sull'ambito della libertà di manifestazione del pensiero, aspetto caratterizzante il d.d.l. in esame.

1. Premesse: ambito e obiettivi del presente contributo

Il d.d.l. in esame intende modificare gli artt. 604-*bis* e 604-*ter* del codice penale – che hanno sostituito, recependone i contenuti, le disposizioni della legge n. 674/1975 (Reale) e del d.l. n. 205/1993 (Mancino), e che delineano il sistema normativo penale vigente in tema di contrasto alle discriminazioni – estendendone l'ambito di applicazione alle fattispecie della violenza o discriminazione per motivi «*fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità*»

In proposito giova premettere due considerazioni, che delineano anche l'orizzonte del presente contributo:

1.1 A dispetto della sua titolazione, riferita anche alla "disabilita", l'impianto e la formulazione del testo nel suo insieme rivelano che in concreto non è alle persone disabili che sono indirizzate le nuove norme. L'ambito della "disabilità" non è infatti presente

[*] Avvocato in Milano e Dottore di ricerca in Diritto costituzionale

pressoché in tutte le principali norme che compongono l'articolato, già a partire dall'art.1, che traccia il perimetro della materia oggetto di disciplina qualificando tutte le fattispecie a cui si vorrebbe garantire una tutela rafforzata, e in cui non vi è alcun riferimento alla "disabilità".

Di ciò si è tenuto conto anche ai fini della redazione del presente contributo.

1.2 Il sistema vigente, impostato sulle norme penali sopra richiamate, è da sempre oggetto di letture critiche, in quanto considerato ai limiti della compatibilità con la Costituzione con riferimento all'art. 21 Cost. che sancisce il diritto alla libertà di manifestazione del pensiero, in particolare nella parte in cui prevede fattispecie di reato connesse alla diffusione pubblica di idee.

Il tema è stato rilevato dalla dottrina sia costituzionale[1] che penale e messo in luce anche in precedenti audizioni e memorie presso la Commissione Giustizia della Camera dei deputati nel corso dei lavori che hanno condotto al testo del d.d.l. poi approvato dall'Aula, a quali rinvio.

In tale prospettiva dò una lettura del d.d.l. in esame dal punto di vista del suo possibile impatto su tale libertà come delineata nel nostro sistema costituzionale.

2. Il contesto giuridico internazionale, comunitario e costituzionale (cenni)

La valutazione dell'opportunità o meno di qualunque intervento normativo che direttamente o indirettamente abbia riferimento alla libertà di manifestazione del pensiero deve avvenire alla luce della Costituzione e dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, nel contesto del quadro internazionale ed europeo.

Il consolidato impianto giuridico delineato da tali fonti, tra loro diverse ma pienamente coerenti, è caratterizzato dall'ampio riconoscimento e dalla forte tutela di tale libertà come "pre-condizione" per il concreto esercizio di diritti primari della persona, a prescindere dai contenuti di ciò che la persona esprime pubblicamente, entro il solo limite di fattispecie di reato specifiche [2].

[1] M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Torino, ultima edizione disponibile.

[2] In ambito internazionale e comunitario: art. 19 *Patto internazionale sui diritti civili e politici* sottoscritto dall'ONU nel 1966 e in vigore in Italia dal 1978; art. 10 *Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, firmata dal Consiglio Europeo nel 1950 e in vigore in Italia dal 1953; art. 11 *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in vigore anche in Italia dal 2009. Come noto nella Costituzione italiana – ove sono esposti i *Principi fondamentali* – la libertà di pensiero è certamente annoverabile tra i «*diritti inviolabili dell'uomo*» che a norma dell'art. 2 Cost. «*la Repubblica riconosce e garantisce, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità*»;

In tale contesto, come è stato autorevolmente affermato, *"*(…) *il diritto penale va utilizzato come un mezzo di ultima istanza, nell'ottica di quello che la Corte cost. ha definito* «principio di sussidiarietà» *della repressione penale* «per il quale la criminalizzazione, costituendo l'ultima ratio, deve intervenire soltanto allorché, da parte degli altri rami dell'ordinamento, non venga offerta adeguata tutela ai beni da garantire» (sent. n. 487/1989, n. 447/1998, n. 317/1996 e n. 49/2015)". "*Per il resto, resta fermo che l'art. 21 protegge anche opinioni odiose e stupide, lasciando che esse siano sanzionate dal discredito dei consociati e sottraendole a repressione penale. Non è compito degli organi della repressione penale rilasciare patentini di stupidità, ma solo prevenire e* «far cessare turbamenti della sicurezza pubblica»" [3].

3. Il d.d.l. 2005 al vaglio del principio di uguaglianza ex art. 3 della Costituzione

3.1 pluralità di diritti e necessità di un bilanciamento: la corretta "uguaglianza" nell'art. 3 Cost. come criterio regolatore

Partendo dai presupposti che

- qualunque persona, a prescindere dal sesso e dell'orientamento sessuale, in quanto tale deve essere sempre rispettata nella sua dignità e quindi adeguatamente tutelata,
- le ingiuste discriminazioni devono sempre essere prevenute e contrastate,
- la libertà di manifestazione del pensiero deve sempre essere ampiamente riconosciuta e tutelata,

la condizione affinché l'ordinamento giuridico, e in esso specificamente il sistema penale, si conservi orientato a un efficace bilanciamento tra diversi diritti, è che esso resti ancorato alla corretta nozione del principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 della Costituzione.

---

quindi anche nella sua pubblica espressione e manifestazione, sancita poi specificamente nella Parte Prima della Costituzione dedicata ai singoli Diritti e doveri dei cittadini, nel Titolo Rapporti civili, come libertà di manifestazione del pensiero, all'art. 21 co. 1: «*Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione*». La Corte costituzionale ha più volte qualificato la libertà di manifestazione del pensiero come «*un diritto, come altre volte è stato detto* (cfr. sent. n. 9 del 1965) *coessenziale al regime di libertà garantito dalla Cost., inconciliabile con qualsiasi disciplina che direttamente o indirettamente apra la via a pericolosi attentati*» (sent. n. 11/1968), come la «*pietra angolare dell'ordine democratico*» (sent. n. 84/1969) e come, forse, «*il più alto fra i diritti fondamentali*» (sent. n. 168/1971).

[3] M. OLIVETTI, cit.

Un principio fondamentale che, secondo la consolidata interpretazione della giurisprudenza e della dottrina costituzionale – proprio al fine di conseguire una uguaglianza effettiva – in molte situazioni richiede che siano previsti trattamenti non uguali bensì differenziati – che nulla hanno a che vedere con le ingiuste discriminazioni – evitando un "*trattamento ingiustificatamente parificatorio*".

«*Il principio di eguaglianza, nella prospettiva della ragionevolezza* […] *richiede al legislatore di trattare in modo uguale ciò che è uguale e in modo diverso ciò che è diverso, secondo le sue peculiarità e le sue differenze. Come sono illegittime le leggi* ingiustificatamente discriminatorie, *così sono illegittime le leggi* ingiustificatamente parificatorie, *che trattano in modo uniforme fattispecie radicalmente diverse: il principio di eguaglianza presuppone infatti non solo che situazioni uguali siano trattate in maniera uguale, ma anche che situazioni diverse siano trattate in maniera ineguale*» [4].

Dunque, non si realizza uguaglianza laddove si operino "*ingiustificati livellamenti di situazioni diverse*" (Corte Cost. sent. n. 139/1982).

3.2 Il problema del rispetto dell'«*uguaglianza*» ex art. 3 Cost. nel d.d.l. 2005

Con il d.d.l. in esame si invoca l'introduzione di nuove specifiche norme a tutela

- solo di alcune persone
- e a motivo del loro orientamento sessuale.

Il che pare oggettivamente non rendere giustizia

- né a tali persone, che hanno diritto di essere tutelate al pari di chiunque altro, come persone in quanto tali e non solo a fronte di una specifica condizione;
- né alle altre persone, poiché aumentare il livello di protezione solo di alcuni genera l'inevitabile oggettiva conseguenza che da quel momento tutti gli altri iniziano ad avere una protezione di grado inferiore. Dunque norme che, con l'intenzione di evitare discriminazioni, ne introdurrebbero altre.

[4] A. BARBERA-F. COCOZZA-G. CORSO, *Le situazioni soggettive. Le libertà dei singoli e delle formazioni sociali. Il principio di eguaglianza,* in G. AMATO-A. BARBERA, *Manuale di diritto pubblico,* Bologna, 1986[3], p. 272. Per un'applicazione di tale criterio cf. Corte cost. sent. n. 21/1961; sent. n. 5/1980. Per F. CUOCOLO, *Istituzioni di diritto pubblico,* Milano, 2000[11], p. 653: «*In via astratta, diversità di trattamento fondate sulle prospettate diversità di situazione obiettiva, non possono escludersi, essendo evidente che le diversità naturali che intercorrono fra uomo e donna possono creare situazioni nelle quali la parità di trattamento, e non la disparità, violerebbe il principio di eguaglianza*».

Non vi è alcun dubbio che la dignità di *ogni* persona deve essere sempre rispettata in qualunque forma, nei comportamenti personali e collettivi e nella disciplina giuridica, che eventuali violazioni sono contrarie ai più elementari principi alla base della convivenza civile e che quindi laddove si verifichino vanno stigmatizzate con fermezza.

La dignità è un carattere intrinseco a qualunque persona, e l'orientamento sessuale individuale – come qualunque altra caratteristica personale – non è certo un elemento differenziatore di questo: omo / transessuali, in quanto persone, hanno gli stessi diritti delle altre persone, incluso il diritto di non essere trattate in modo offensivo della loro dignità personale.

Proprio per questo la giusta tutela e l'esercizio dei diritti per la persona omo / transessuale risultano rafforzati se – come per qualunque persona di diverso orientamento – i medesimi diritti sono riconosciuti a motivo del suo essere persona, senza necessità di specificazioni accessorie, ossia nei termini di diritti umani fondamentali; mentre diventerebbe più debole se avvenisse solo a motivo della specifica condizione omo / transessuale, peraltro espressamente fluttuante.

Tanto più se la tutela resta addirittura in balìa della identificazione personale soggettivamente (momentaneamente?) «*percepita*» e delle «*aspettative sociali connesse al sesso*», che il d.d.l. in esame assume come criteri giuridici per identificare la fattispecie oggetto di tutela rafforzata mediante l'inasprimento della sanzione penale (art.1).

Se il Legislatore esce dal criterio per cui la tutela della persona è un diritto-dovere assoluto, ossia per qualunque persona in quanto tale, e lo sminuisce a valore relativo, per cui la tutela troverebbe fondamento solo in presenza di una determinata connotazione (identitaria o di altro tipo) della persona, il sistema si indebolisce: non solo perché risulterebbe necessario di volta in volta trovare uno specifico motivo per dare fondamento giuridico alla tutela della persona, ma pure perché ciò innescherebbe un irrealistico processo volto a incrementare l'individuazione di singole specificità necessarie a giustificare la tutela, cui si accompagnerebbe altresì l'inevitabile difficoltà/impossibilità a discernere quali specificità meritano di avere tale portata valoriale e quali no.

Un corto circuito logico prima ancora che giuridico, che svilirebbe il riconoscimento delle libertà e dei diritti della persona, con l'esito paradossale che, dall'eventuale introduzione di norme invocate per una presunta necessità di tutela di alcune persone,

scaturirebbe un oggettivo peggioramento dello stato di salute della nostra democrazia, a scapito quindi non di alcuni ma di tutti.

Disciplinare la protezione della persona in relazione all'orientamento sessuale e all'identità di genere significa sradicare la sua tutela da un terreno solido per appoggiarlo su uno instabile. Se a fondamento della tutela non vi fosse più la semplice esistenza della persona, bensì una sua condizione che per definizione – a detta degli interessati – non è stabile ma mutevole, in quanto priva di un carattere oggettivo, il livello di protezione giuridica varierebbe in funzione del variare della condizione: quanto ciò è compatibile con il quadro dei diritti fondamentali?

La formulazione del d.d.l. in esame, impostato sulla assoluta fluidità delle fattispecie a cui collega l'introduzione di nuove sanzioni penali, richiama con accresciuto valore e pertinenza il frutto dei lavori svolti nel corso della XVI legislatura su analoghe proposte di legge [5] e in particolare:

- le considerazioni svolte dalla Prof.ssa Marilisa D'amico nella audizione informale del 26 gennaio 2011 in merito al testo unificato delle proposte di legge A.C. 2802 e A.C. 2807, elaborato dal relatore on. Concia in Commissione Giustizia e poi respinto dalla Commissione stessa, "*la quale aveva tra l'altro rilevato: con riguardo all'aggravante connessa all'omofobia, che* «problemi dovuti al carattere soggettivo dell'aggravante potranno presentarsi, ma solo su di un piano probatorio, poiché potrebbe risultare difficile, a seconda dei fatti, ricostruire i motivi che hanno determinato l'agente»; *con riguardo all'introduzione di autonome fattispecie di reato, che sussisterebbe* «il rischio di scivolare sul delicato terreno dei reati di opinione e, dunque, di introdurre nell'ordinamento illegittime violazioni della libertà di manifestazione del pensiero»";
- l'approvazione della questione pregiudiziale di costituzionalità in cui si evidenziava, da un lato, la violazione dell'articolo 3 della Costituzione, che sancisce il principio di uguaglianza, posto che chi subisce violenza, presumibilmente per ragioni di orientamento sessuale, riceverebbe una protezione privilegiata rispetto a chi subisce violenza *tout court*; dall'altro, l'indeterminatezza dell'espressione «orientamento sessuale» per violazione del principio di tassatività delle fattispecie penali di cui all'art. 25 della Costituzione.

[5] Camera dei Deputati, XVIII Legislatura, *Documentazione per l'esame di Progetti di legge. Modifiche agli articoli 604*-bis *e 604*-ter *del codice penale, in materia di violenza o discriminazione per motivi di orientamento sessuale o identità di genere A.C. 569. Schede di lettura*, n. 217, 23 ottobre 2019, pp. 9-10.

4. Il d.d.l. 2005 al vaglio del «*diritto alla libertà di manifestazione del pensiero*» ex art. 21 della Costituzione

4.1 La libertà di manifestazione del pensiero: fondamento e articolazione del principio costituzionale, necessario parametro per la legislazione ordinaria

La "libertà di opinione" – cioè la facoltà di esprimere giudizi di valore, in vario modo motivati, sui più diversi fenomeni – costituisce il contenuto essenziale della libertà di pensiero, al quale spetta una protezione di particolare intensità. Libertà di pensiero e libertà di manifestazione del pensiero non coincidono:

- la prima è presupposto della seconda;
- la seconda è intrinseca e inscindibile dalla prima, affinché non sia una libertà teorica, ma concreta, effettivamente rispettosa della persona in uno dei diritti fondamentali che la caratterizzano. Consiste della possibilità di esprimere, di rendere pubblico, ciò che penso, senza ingiuste limitazioni.

Si tratta dunque di un diritto specifico, che si differenzia:

- dalla semplice libertà di pensiero, individuale, che resta nella sfera privata e che non viene manifestata pubblicamente;
- dalla semplice comunicazione ad altri del proprio pensiero, che è indirizzata a uno o più destinatari determinati, mentre la manifestazione del proprio pensiero ha invece destinatari indeterminati, essendo rivolta a chiunque.

Per essere una libertà concreta e non teorica deve essere riconosciuta e tutelata come un diritto del suo titolare; e il titolare della libertà è la persona in quanto tale, chiunque sia. Poiché a ogni diritto corrispondono dei doveri di altri verso il titolare del diritto, qui il dovere consiste nel riconoscere tale libertà, consentirne l'effettiva espressione senza generarne conseguenze negative, astenersi da indebite limitazioni, rispettarla sempre e in ogni modo, quindi anche nell'eventuale esercizio della critica e del dissenso.

Le condizioni di legittimità di qualunque limite alla libera manifestazione del pensiero, siano essi "espliciti" o impliciti", sono state indicate con chiarezza dalla Corte con la sent. n. 9/1965: «*limitazioni sostanziali di questa libertà non possono essere poste se non per legge (riserva assoluta di legge) e devono trovare fondamento in precetti e principi costituzionali, si rinvengano essi esplicitamente enunciati nella Carta costituzionale o si possano, invece, trarre da questa mediante la rigorosa applicazione delle regole*

dell'interpretazione giuridica». Dunque, dottrina e giurisprudenza costituzionale (sent. n. 9/1965 e n. 100/1981) ritengono che per la determinazione dei limiti vi sia una riserva di legge implicita nell'art. 21: in via generale spetta cioè al Legislatore individuarli, ma nei binari delle previsioni costituzionali e sotto il vaglio della Corte costituzionale, che verifica il bilanciamento operato dal Legislatore tra libertà di manifestazione del pensiero e singoli interessi costituzionalmente rilevanti che essa può vulnerare, *in primis* i diritti della personalità, quali l'onore e la reputazione.

4.2 L'art. 4 del d.d.l. 2005 su «*pluralismo delle idee e libertà delle scelte*»

Così tracciato anche il ruolo del Legislatore, appare chiaro come risulta a esso estraneo il potere di attribuire, in un determinato ambito, il diritto di potersi esprimere pubblicamente, mediante legislazione ordinaria, tra l'altro facilmente superabile da una fonte normativa successiva che quel diritto potrebbe agevolmente modificare o eliminare.

Proprio questa invece è la configurazione dell'art. 4 del d.d.l. in esame (cosiddetta "clausola salva idee"), il cui testo, benché apparentemente possa sembrare meno problematico rispetto alle prime formulazioni adottate nel corso dei lavori alla Camera dei deputati (l'espressione «*sono consentite*» è stata modificata in «*sono fatte salve*»), reca in sé gravi vizi, per almeno due ordini di motivi:

1. a seguito dell'eventuale entrata in vigore della nuova norma, la «*libera espressione di convincimenti od opinioni nonché le condotte legittime riconducibili al pluralismo delle idee o alla libertà delle scelte*» non godrebbero più di una tutela generalizzata e di un pieno riconoscimento in espressione dell'art.21 della Costituzione – condizione più che sufficiente per l'esercizio di tali diritti. Senza che occorra alcun intervento di legislazione ordinaria –, ma risulterebbero «*fatte salve*» solo «*ai fini della presente legge*».

Lungi dal costituire un compromesso accettabile, è evidente che tale norma, anziché salvaguardare la libertà di manifestazione del pensiero, la indebolisce, svilendo la portata in un principio fondamentale su cui, nell'architettura della nostra Costituzione, si regge l'intero sistema dei diritti e delle libertà personali;

2. lo scenario è aggravato dalla seconda parte della norma. La (presunta) salvaguardia della libertà di «*espressione*», delle «*condotte*» e delle «*scelte*» in realtà è soggetta a limitazioni il cui contenuto è altamente vago e indeterminato, conseguentemente

suscettibile delle più diverse interpretazioni, e che pertanto si presta anche a possibili valutazioni arbitrarie in ossequio alla (variabile) ideologia dell'operatore del diritto che nei diversi casi è chiamato a darne concreta applicazione. Il quale avrà a disposizione criterio, dai confini incerti, indicato dalla norma per decidere se tali espressioni, condotte e scelte siano o meno «*riconducibili al pluralismo delle idee o alla libertà delle scelte*» oppure «*idonee a determinare il concreto pericolo del compimento di atti discriminatori o violenti*».

La debolezza e la gravità di un sistema che di fatto apre alla individuazione e alla sanzione dei reati di opinione si mostra qui in tutta la sua evidenza, compromettendo sia la qualità della legislazione ordinaria e sia il rispetto dei principi costituzionali.

5. Il d.d.l. 2005 compromette il valore e la centralità del ruolo del Legislatore

5.1 perché introduce norme gravemente generiche

Al Legislatore spetta il non facile compito di operare - lontano da condizionamenti e mantenendo l'autonomia e l'equilibrio che gli sono propri nell'esercizio della funzione legislativa - con sapiente ponderazione in merito ai contenuti e alla lettera delle norme che compongono l'ordinamento giuridico.

Per questo, in sede di produzione normativa, è chiamato ad evitare formulazioni che si prestano agevolmente ad un'attività giudiziaria disinvolta che, andando ben oltre l'esercizio del normale ruolo giurisdizionale, sconfina in un'opera "creatrice" di "nuovo diritto", con indebito esercizio della funzione che tipicamente compete al Legislatore.

Nozioni come «*propaganda di idee*» e «*finalità di odio o di discriminazione*» su cui si basa la normativa vigente sono già di per sé sufficientemente indeterminate e potenzialmente interpretabili in modo eccessivamente ampio da parte della magistratura. Riferirle ad ulteriori situazioni come l'«*orientamento sessuale*», il «*genere*», l'«*identità di genere*» - intrinsecamente mutevoli in funzione delle libere determinazioni soggettive, come afferma proprio chi ne rivendica il rispetto e come recepito anche nella formulazione dell'art. 1 del d.d.l. in esame - mostra evidenti rischi di scardinamento dell'equilibrio del sistema, già oggi impostato su un difficile bilanciamento fra il giusto perseguimento delle fattispecie di reato e la salvaguardia del diritto fondamentale alla libertà di espressione.

In linea generale, la continua rivendicazione del riconoscimento di "nuovi diritti" e la spinta sui correlati doveri in capo a chiunque di astenersi da qualunque manifestazione di un diverso pensiero o opinione, o di un dissenso, anche se esposti in modo corretto, fino ad arrivare a sostenere che anche il solo manifestare un convincimento differente sia sanzionabile, tutto questo elimina in radice l'opera di sapiente ponderazione e di bilanciamento fra le libertà, ossia la negazione di ciò che è proprio, tipico, caratterizzante il ruolo del Legislatore.

Nello specifico, la pressante invocazione di continui nuovi diritti da affermare con forza dietro lo scudo della non discriminazione, paradossalmente genera invece la negazione di uno dei diritti inviolabili connaturali alla persona, che è anche patrimonio di una cultura e di una civiltà giuridica fondate sulla libertà.

5.2 perché con legge ordinaria contraddice un principio fondamentale di rango costituzionale

La libertà di manifestazione del pensiero è libertà di poter dire ciò che si ritiene essere vero: è quindi espressione della dignità della persona; come tale, non tollera limitazioni. Introdurre nell'ordinamento giuridico una disciplina, come di fatto è quella prevista dal d.d.l. in esame, che invece ne delimiti l'esercizio entro i confini di ciò che altri consentono di dire e di non dire, così degradandola alla "libertà" di esprimere non ciò che la persona pensa, bensì ciò che altri hanno deciso che meriti di essere manifestato, significa confinare il libero giudizio personale nei limiti dettati da un pre-giudizio altrui.

Analogamente, qualora la libertà di pensiero venisse circoscritta alla sola sfera privata, costituirebbe una inaccettabile mortificazione della persona nel suo diritto a conformare il "foro esterno", estrinsecazione della sua personalità, al "foro interno" della coscienza, costringendolo a una illegittima censura di sé.

Né risulterebbe conforme alla *ratio* della previsione costituzionale una normativa che, nel regolare la manifestazione pubblica del pensiero, ne selezionasse gli ambiti e/o i destinatari, così determinando una "libertà condizionata".

Tali ipotesi presenterebbero profili problematici nella prospettiva di garantire il rispetto della dignità umana, senza "se" e senza "ma".

Il dialogo intellettualmente onesto e sincero, quindi libero, finalizzato a far emergere – pur se in un confronto dialettico – il bene, il buono, il giusto, in ultima analisi il vero, come tale non può patire limitazioni.

La libertà di manifestazione del pensiero è funzionale alla promozione di un'ordinata convivenza civile in cui è riconosciuta pari dignità (di espressione) a chiunque, se si realizza nella dinamica dell'*et – et* e non dell'*aut – aut*.

Nella dinamica dell'*et – et* va preteso che ogni posizione sia esprimibile in un libero confronto di argomenti, a prescindere dai contenuti; è la condizione che offre la possibilità di un dialogo autentico, tipico di una democrazia fondata su valori fondamentali imprescindibili quali la libertà, il diritto di esprimersi, il rispetto del prossimo e il pluralismo delle posizioni.

Diversamente, nella logica dell'*aut – aut* un interlocutore del potenziale dialogo, che resta solo potenziale perché a quel punto il dialogo diviene impossibile, resta tacitato a priori, essendogli preclusa la possibilità di esprimere una posizione diversa da quella consentita per legge, sotto la minaccia della sanzione penale. Un ulteriore evidente limite di tale impostazione è che il perimetro di ciò che è lecito esprimere e di ciò che è vietato viene inevitabilmente tracciato da chi in quel determinato frangente storico ha la possibilità di farlo sul piano politico, giuridico e mediatico: quindi una libertà costituzionale che acquisisce un contenuto variabile e discrezionale, mentre il principio costituzionale è la tutela della libertà in quanto tale, come pre-condizione.

In tal senso garantire la libertà di manifestazione del pensiero in quanto tale è un valore per il bene di tutti: a beneficio anche di chi oggi vorrebbe limitarla e che domani potrebbe ritrovarsi vittima della stessa limitazione.

Il diritto di esprimere pubblicamente il pensiero resta garantito in modo oggettivo e permanente se è riconosciuto come diritto in quanto tale, a prescindere dal contenuto di ciò che viene espresso. Se invece deve sottostare alla condizione di esprimere solo ciò che una legge consente, la sua tenuta è lasciata in balìa della visione politico-giuridica di chi, di volta in volta, ha il potere e il dovere di far rispettare la libertà stessa.

Affinché una disciplina sia orientata da un approccio equilibrato, lontano da tentazioni o degenerazioni manichee, occorre sempre essere prudenti nella scelta del metodo; in materia di diritti e libertà il metodo di tutelare qualcuno mettendo il bavaglio a qualcun altro risulta fallace.

L'obiettivo di tutela perseguito con la norma incriminatrice basata sull'assunto che la mera affermazione di un pensiero di per sé opererebbe una ingiusta discriminazione di chi non si riconosce in tale pensiero, mostra una palese contraddizione.

Per tutelare la libertà di manifestazione del pensiero (di alcuni) si reprime la libertà stessa (di altri): così facendo, il riconoscimento giuridico di tale libertà resta teorico e non permette la libertà concreta per tutti, essendone precluso ad alcuni l'effettivo esercizio. Verrebbe effettuata una precisa scelta iniziale su chi ha diritto di manifestare il proprio pensiero e chi questo diritto non lo ha, per poi utilizzare il principio della libertà di manifestazione del pensiero – in via quindi meramente strumentale – per dare un fondamento alla scelta di promuovere l'affermazione di taluni a scapito di altri.

La disciplina sanzionatoria deve invece avere sempre come presupposto una chiara distinzione tra la mera opinione, espressione della libertà di manifestazione del pensiero, che come tale di per sé mai deve configurarsi come reato, e un'eventuale concreta azione di danno, o di propaganda, o di istigazione a compiere l'azione medesima. Quest'ultima, anche qualora abbia avuto un ruolo rilevante nella formazione del proposito personale del soggetto agente, non deve attrarre nella sfera del penalmente rilevante anche l'opinione, che è espressione di solo pensiero; altra ovviamente è l'ipotesi in cui quanto viene espresso nei confronti di un soggetto determinato sia lesivo di beni personali rilevanti, così configurando la commissione di reati tipici (come l'ingiuria, la diffamazione, etc.).

6. Considerazioni conclusive

I criteri proposti sono tipici di un modello che alla difesa preventiva – da attuarsi con la minaccia della sanzione penale – privilegia la libertà, nel quale la sanzione è strumento eventuale che interviene *ex post* solo a fronte di fatti e azioni specifiche. Ossia per correggere situazioni in cui non il corretto esercizio della libertà – che implica sempre responsabilità nell'ambito di una convivenza improntata al rispetto e alla solidarietà –, bensì la condotta del singolo, autoreferenziale e mosso solo da un'autodeterminazione assoluta, provochi una frattura nella trama relazionale che vivifica la comunità sociale.

A nessuno può essere chiesto di rinunciare ad affermare ciò che ritiene vero, anche pubblicamente; e nella misura in cui ciò avviene nella libertà, il tasso di rispetto della persona e di democraticità del sistema risultano elevati.

Le strumentalizzazioni possono risultare più facili quando la sanzione penale è a portata di mano per essere usata, impropriamente, per impedire il libero confronto delle idee.

Pertanto anche per il Legislatore nell'ambito in questione il criterio guida non può non essere quello della libertà, di cui deve essere sempre garantito il rispetto integrale, mediante la conservazione e promozione delle condizioni affinché il suo esercizio risulti concretamente possibile a chiunque e in tutte le sue declinazioni.

Nel perseguire meritoriamente la salvaguardia di beni primari, quali la tutela delle persone in quanto tali – a prescindere da qualunque connotazione, caratteristica, provenienza, inclinazione individuali – e dell'ordine pubblico, il Legislatore dovrà avere cura di conservare costantemente l'assetto dell'ordinamento giuridico entro i canoni della ragionevolezza e dell'equilibrio.

Conseguentemente evitando di introdurre norme che, travalicando i confini della giusta punibilità di condotte e fatti specifici ingiusti, nella loro formulazione si prestino a compromettere beni altrettanto primari quali la libertà di manifestazione del pensiero, così conservando il pieno rispetto dell'art. 21 Cost.

Alla luce dei criteri e degli argomenti esposti, l'analisi del d.d.l. 2005 mi porta a concludere con certezza circa la non opportunità dell'intervento normativo.

Infatti, in un ambito che già a legislazione vigente si regge su un equilibrio delicato, se non precario, appare doveroso un atteggiamento di cautela nell'esercizio dell'attività normativa; nel caso specifico, ciò suggerisce di evitare un ulteriore ampliamento di fattispecie sanzionatorie dai confini incerti, che risulterebbe pericoloso per i singoli e la collettività.

La necessità di salvaguardare un bene primario per ciascuno, e quindi per l'intera società, richiede di astenersi da interventi legislativi che rischiano di compromettere gravemente lo spazio per il suo effettivo esercizio, come accadrebbe in presenza di nuove norme che ponessero l'ipoteca della sanzione penale sulla libertà (di espressione) delle persone.

COMITATO DI VALUTAZIONE

Prof. Avv. Gianni Ballarani, Prof. Luigi Barbieri, Prof. Francesco Botturi, Dott. Antonio Casciano, Prof. Avv. Angelo Contrino, Prof. Avv. Alessandro di Majo, Prof. Avv. Francesco Farri, Avv. Giuseppe Gallenca, Prof. Avv. Giovanni Giacobbe, Prof. Armando Lamberti, Dott.ssa Lucia Leoncini, Prof. Avv. Carmelo Leotta, Prof. Giacomo Samek Lodovici, Dott. Giuseppe Marra, Prof. Mauro Paladini, Prof. Avv. Filippo Vari, Prof. Aldo Rocco Vitale

GLI AUTORI

ALFREDO MANTOVANO, Consigliere alla Corte di Cassazione

MAURO RONCO, Professore emerito di Diritto penale all'Università di Padova

GABRIELE CIVELLO, Avvocato e Abilitato Professore Associato di Diritto penale all' Università degli Studi di Padova

GIACOMO ROCCHI, Consigliere alla Corte di Cassazione

ANGELO CONTRINO, Avvocato e Professore Ordinario di Diritto tributario, Università Bocconi di Milano

FRANCESCO FARRI, Avvocato e Professore a contratto di Diritto tributario all'Università Bocconi di Milano

SEBASTIANO FLAMINIO, Iscritto all'elenco dei D.P.O. certificati e qualificati

ALBERTO TOMER, Dottorando in Scienze Giuridiche all'Alma Mater Studiorum, Università di Bologna

ANTONIO CASCIANO, Dottore di ricerca in Etica e Filosofia politico-giuridica

CARMELO LEOTTA, Avvocato e Professore Associato di Diritto penale all'Università Europea di Roma

DANIELA BIANCHINI, Avvocato, Dottore di ricerca in Diritto canonico ed ecclesiastico – Università degli Studi di Perugia e Cultore della materia di Diritto di famiglia e minorile all'Università LUMSA di Roma

ROBERTO RESPINTI, Avvocato e Dottore di ricerca in Diritto costituzionale

SOMMARIO

Fascicolo 1-2021

Pag.

In questo numero 3
di Alfredo Mantovano

Beatificazione di Rosario Livatino. Omelia del Card. Semeraro 5

Sezione Studi 8

Il problema della concretizzazione del diritto, soprattutto in ambito penale 9
di Mauro Ronco

1. Introduzione – 2. Il distacco del diritto dall'esperienza nell'ideologia del giusnaturalismo laico – 3. *Scholion.* La fine della nozione formale di validità del diritto non ha favorito il ritorno del diritto all'esperienza – 4. La concretizzazione del diritto naturale per via del riconoscimento e del pareggiamento delle utilità – 5. Il diritto naturale condizione di validità del diritto positivo – 6. La relazione tra il vero e il certo corrisponde alla relazione tra il diritto naturale della ragione e il diritto positivo – 7. La dialettica tra legge universale e legge particolare: non è vero che quest'ultima attinge sempre il concreto in modo migliore. Spesso il diritto è concretizzato più efficacemente dalla legge universale – 8. Aspetti peculiari del diritto penale: il legislatore deve tenersi il più stretto possibile al diritto naturale – 9. Il distacco del diritto penale della modernità dalla legge eterna dell'ordine – 10. La concretizzazione del diritto naturale nel diritto positivo avviene attraverso la prudenza del legislatore – 11. La particolarizzazione eccessiva non sempre si sposa con la concretezza, perché spesso fa perdere di vista la totalità del bene comune – 12. Il rapporto tra validità e vigenza della legge penale – 13. Stabilità e autorevolezza della legge penale: effetti sulla convinzione sociale circa la validità e la vigenza della legge.

Il Politicamente corretto: una nuova barbarie della riflessione? 26
di Gabriele Civello

1. Considerazioni introduttive. 2. Le cause semiotico-linguistiche del politicamente corretto. 3. Il rapporto tra parola e realtà in Platone. 4. Il rapporto tra parola e realtà in Aristotele. 5. Il rapporto tra parola e realtà in Sant'Agostino. 6. Il pensiero contemporaneo. 7. Considerazioni conclusive. 8. Una piccola proposta di *pars construens.*

Sezione Italia 40

L'ergastolo 'ostativo' dopo l'intervento della Corte costituzionale. Compete al Parlamento tenere in equilibrio esigenze di sicurezza e garanzie: prospettive e ipotesi di lavoro 41
di Giacomo Rocchi

1. Introduzione – 2. L'istituto della liberazione condizionale – 3. La scelta di politica criminale fatta dal legislatore – 4. Il ripensamento della Corte costituzionale sulla spinta della Corte

EDU – 5. La soluzione da molti auspicata – 6. Le indicazioni della Consulta – 7. Le indicazioni non vincolanti per il legislatore – 8. Conclusioni.

La riforma dell'IRPEF con riguardo alla fiscalità della famiglia 56
di Angelo Contrino e di Francesco Farri

1. La sostanziale estraneità al dibattito della riforma dell'IRPEF dei temi della fiscalità familiare – 2. La necessità costituzionale di una revisione del sistema dell'imposizione reddituale della famiglia – 3. L'assegno unico familiare e la sua insufficienza a rendere il sistema impositivo conforme ai principi costituzionali – 4. La necessaria introduzione di una forma di splitting dei redditi coniugali – 5. Gli ulteriori correttivi necessari – 6. Infondatezza delle tesi che vedono nello splitting dei redditi un disincentivo al lavoro femminile – 7. Le reali cause della crisi del lavoro femminile in Italia e i possibili strumenti fiscali per farvi fronte – 8. Conclusioni.

Nel Mondo 77

Social network* contro Trump: l'esigenza di regolare la vita sul *web 78
di Sebastiano Flaminio

1. Lo sviluppo del *web*: uno sguardo preliminare – 2. Il caso americano: i c.d. *social* contro Trump – 3. Azione sproporzionata o tardiva e insufficiente? – 4. La ritorsione: l'oscuramento di Parler – 5. Il precedente italiano: CPI vs Facebook – 6. I dubbi sulla qualificazione giuridica dei *social network* e le conseguenze per le violazioni – 7. Le prospettive di riforma

Politici "cattolici" pro aborto e diritto canonico. Un caso di non ammissione alla comunione eucaristica? 92
di Alberto Tomer

1. Attività politica e promozione dell'aborto negli USA. L'insegnamento della Congregazione per la dottrina della fede – 2. 'Perseveranza ostinata in peccato grave manifesto' e 'manifesta indisposizione morale': il can. 915 – 3. Politici cattolici e 'comportamenti esterni gravemente, manifestamente e stabilmente contrari alla norma morale': un caso concreto di applicazione della norma? – 4. Lo sforzo della Conferenza episcopale USA, con particolare riferimento al ruolo del Vescovo.

Sezione Approfondimenti 104

La teoria del Diritto naturale di John Finnis alla luce dell'onto-epistemologia aristotelico-tomista 105
di Antonio Casciano

1. La nascita del tomismo analitico – 2. Dal tomismo analitico alla scuola neoclassica – 2. 1 L'eredità dell'*analytical jurisprudence* nel pensiero di J. Finnis – 2. 2 *Basic goods* e legge naturale – 2. 3 La legge di Hume – 2. 4 Dei valori come principi pratici per l'agire umano – 2. 5 Fondamentalità, premoralità, incommensurabilità e mancanza di gerarchia dei beni fondamentali – 2. 6 Le "esigenze fondamentali della ragion pratica" e la dinamica dell'agire morale – 3. Uno sguardo critico sulla teoria neoclassica.

Sezione Documenti 144

Proposte emendative formalmente presentate dal Governo al disegno di legge C. 2435 Governo recante "Delega al Governo per l'efficienza del 145

processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti d'appello" (Riforma Bonafede-Cartabia)

Testo della relazione di Alfredo Mantovano, depositata in seguito all'audizione informale in Commissione Giustizia alla Camera dei Deputati del 16 luglio 2021

A.G. 175 – Schema di decreto correttivo del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza 166

Testo della relazione di Francesco Farri, depositata in seguito all'audizione informale in Commissione Giustizia alla Camera dei Deputati del 16 giugno 2020.

Esame della proposta di testo base in materia di "*Rifiuto dei trattamenti sanitari e liceità dell'eutanasia*" C. 2 di iniziativa popolare, C. 1418 Zan, C 1586 Cecconi, C 1655 Rostan, C 1875 Sarli, C 1888 Alessandro Pagano e C 2982 Sportiello. 175

Testo della relazione di Carmelo Leotta, depositata in seguito all'audizione informale in Commissione Giustizia e Affari Sociali alla Camera dei Deputati del 4 giugno 2021.

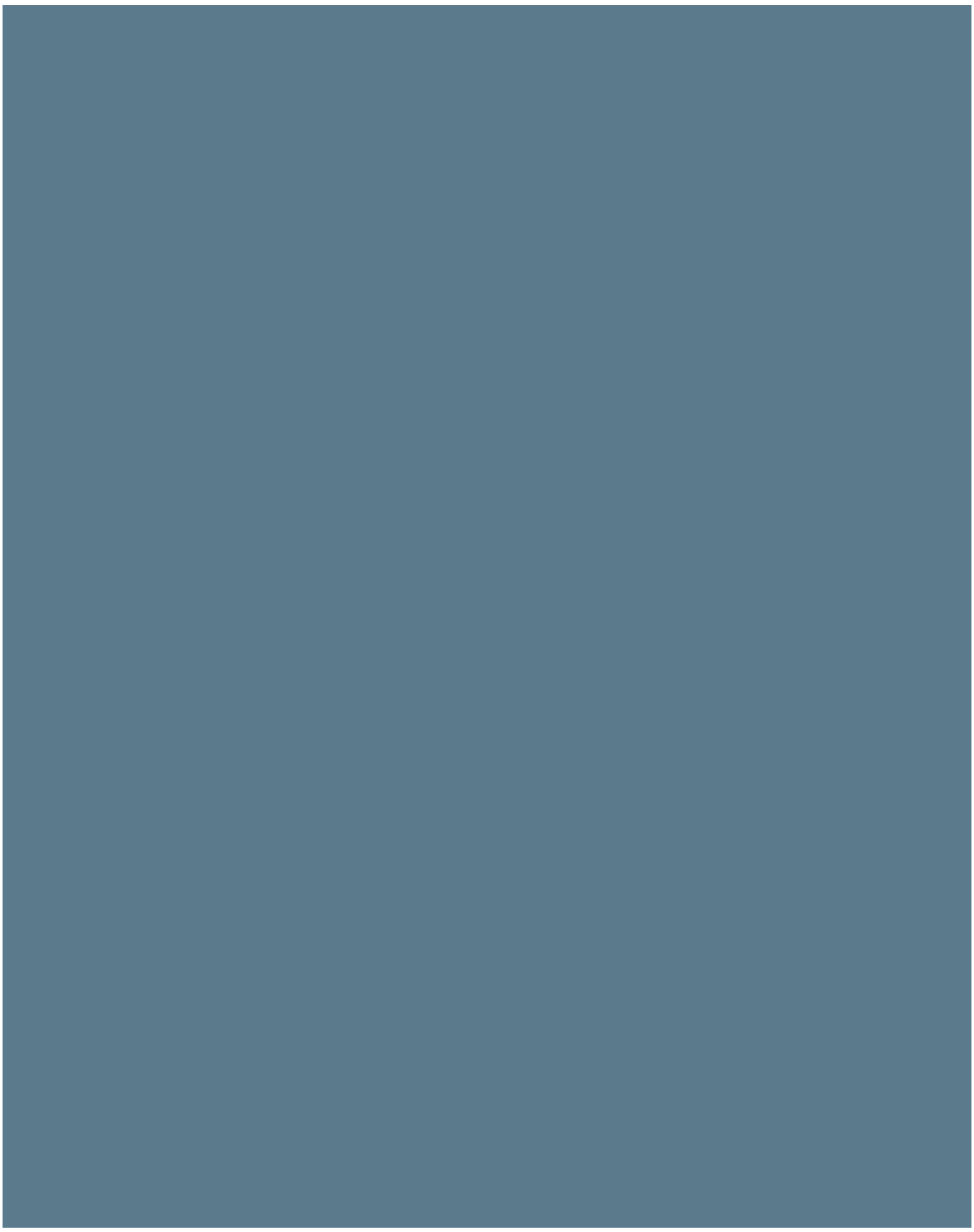
Esame del Disegno di legge 2005 "Misure di prevenzione e contrasto della discriminazione e della violenza per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità". 193

Testo della relazione di Daniela Bianchini, depositata in seguito all'audizione informale in Commissione Giustizia al Senato della Repubblica del 3 giugno 2021. 193

Testo della relazione di Roberto Respinti, depositata in seguito alla richiesta da parte della Commissione Giustizia del Senato della Repubblica 207

Comitato di valutazione 220

Autori 221



ISSN 2611-5476